

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

SÖZLEŞMEYE MÜDAHALEDEN DOĞAN HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU

DOKTORA TEZİ

BEDİA GÜLEŞ

TEZ DANIŞMANI

DOÇ. DR. YILDIZ ABİK

ANKARA 2023

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

SÖZLEŞMEYE MÜDAHALEDEN DOĞAN HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU

DOKTORA TEZİ

BEDİA GÜLEŞ

TEZ DANIŞMANI

DOÇ. DR. YILDIZ ABİK

ANKARA 2023

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

SÖZLEŞMEYE MÜDAHALEDEN DOĞAN HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU

DOKTORA TEZİ

TEZ DANIŞMANI
DOÇ. DR. YILDIZ ABİK

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı

İmzası

1-Doç. Dr. YILDIZ ABİK (Danışman)

2-Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR

3-Doç. Dr. Yasemin EROL DURAK

4-Doç. Dr. Ayşe Dilşad KESKİN

5-Dr. Öğr. Üyesi Vehbi Umut ERKAN

Tez Savunması Tarihi

08/02/2023

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne

Doç. Dr. Yıldız ABİK danışmanlığında hazırladığım “Sözleşmeye Müdahaleden Doğan Haksız Fiil Sorumluluğu (Ankara 2023)” adlı doktora tezindeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

08/02/2023

Bedia GÜLEŞ

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR CETVELİ.....	VI
GİRİŞ.....	1
KONUNUN TAKDİMİ, İNCELEMENİN SINIRLARI VE TERİMLER	1
§ 1. KONUNUN TAKDİMİ	1
§ 2. İNCELEMENİN SINIRLARI.....	3
§ 3. TERİMLERİN TESPİTİ	5

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞMEYE MÜDAHALE KAVRAMI, SÖZLEŞMEYE MÜDAHALEDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN TARİHİ GELİŞİMİ, KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ YERİ VE HAKKINDAKİ GÖRÜŞLER

§ 1. SÖZLEŞMEYE MÜDAHALE KAVRAMI.....	8
§ 2. SORUMLULUĞUN TARİHİ GELİŞİMİ	11
§ 3. SORUMLULUĞUN KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ YERİ	13
A. İNGİLİZ HUKUKU	13
B. AMERİKAN HUKUKU	15
C. FRANSIZ HUKUKU	17
D. ALMAN HUKUKU	19
E. İSVİÇRE HUKUKU	23
F. TÜRK HUKUKU	26
§ 4. SORUMLULUK ALEYHİNDE VE LEHİNDE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER.....	30
A. ALEYHTE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER.....	30
1. Nispi İhlalini İhlal Ettiği Görüşü	30
2. Anayasal Düşünce Açıklama, Çalışma ve Sözleşme Özgürlüğüne Aykırı Olduğu Görüşü.....	32
3. Piyasadaki Rekabeti Sınırladığı Görüşü	36
4. Mutlak ve Nispi Hak Arasında Ara Bir Kategori Oluşturduğu Görüşü	38
5. Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmin Edilmesi Sonucunu Doğurduğu Görüşü.....	40
6. Zararların Zaten Borçlu Tarafından Karşılandığı Gerekçesi ile Sorumluluğa Gerek Olmadığı Görüşü	42
7. Sözleşme İhlallerinin Artacağı Görüşü.....	44
8. Kişileri Karakterinden ve Düşüncelerinden Dolayı Yargılamak Anlamına Geldiği Görüşü.....	45
9. Birlikte Sorumluluk İçin Gerekli Olan Hukuka Aykırı Ana Fiilin Eksik Olduğu Görüşü.....	46
B. LEHTE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER.....	46

1. Sorumluluğun Ahde Vefa İlkesine ve Aynen İfaya Hizmet Ettiği Görüşü	46
2. Müdahale İle Sözleşme Yaptırımlarının Etkisiz Kalmasına Sebep Olunduğu ve Zararın Tam Olarak Karşılanmadığı Görüşü	50
3. Müdahalenin Kamu Düzenine Aykırılık Oluşturduğu Görüşü.....	51
4. Sorumluluğun Dürüst ve Bozulmamış Rekabete Hizmet Ettiği Görüşü	53
5. Müdahalenin Ahlâka Aykırılık Oluşturduğu Görüşü	54
6. Müdahalenin Dürüstlük Kuralına Aykırılık ve Hakkın Kötüye Kullanılması Teşkil Ettiği Görüşü	56

İKİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞMEYE MÜDAHALENİN HAKSIZ FİİL AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

§ 5. HAKSIZ FİİL KAVRAMI VE BİR HAKSIZ FİİL OLARAK SÖZLEŞMEYE MÜDAHALE	63

§ 6. SÖZLEŞMEYE MÜDAHALENİN HAKSIZ FİİL UNSURLARI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ	65

A. GENEL HAKSIZ FİİL ŞARTLARI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME	65

1. Fiil.....	65
a) Borçlunun Kişiliği Üzerindeki Etkiler	67
aa) Fiziksel Etkiler	67
bb) Manevî Etkiler	68
b) Borçlunun Yardımcı Kişileri Üzerinde Yapılan Etkiler.....	73
c) Borcun Konusu Üzerindeki Etkiler	73
d) Alacaklı Üzerindeki Etkiler.....	74
e) Alacaklının Yardımcı Kişileri Üzerindeki Etkiler	75
f) İfaya Yardımcı Araçlar Üzerinde Etki	76
g) Alacağın Ortaya Çıkması İçin Gerekli Koşullar Üzerindeki Etki.....	76
h) Alacaklı Konumunun Gaspı Sebebiyle Etki.....	77
2. Zarar.....	77
a) Genel Olarak Zarar	77
b) Sözleşmeye Müdahale Açısından Zararın Değerlendirilmesi.....	79
3. İliyet Bağı	84
a) Genel Olarak İliyet Bağı	85
b) Sözleşmeye Müdahale Açısından İliyet Bağının Değerlendirilmesi	87
4. Hukuka Aykırılık.....	91
a) Hukuka Aykırılığın Olumlu Unsuru	94
aa) Genel Olarak Hukuka Aykırılığın Olumlu Unsuru.....	94
bb) Alacak Hakkının Haksız Fiil Çerçevesinde Korunması ile İlgili Teoriler.....	99

aaa) Alacak Hakkı Üzerinde Mülkiyet Teorisi	101
bbb) Borçlunun Fiili Üzerinde Mülkiyet Hakkı Teorisi	105
ccc) Hukukî Yetki Alanı Teorisi.....	105
ddd) İç Etki-Dış Etki Ayrımı Teorisi.....	106
eee) Borçlunun İrade Yönünü Borçlar Hukuku Anlamında Belirleme Yetkisi Teorisi.....	109
fff) Ticarî Teşebbüste Bulunmanın Kişilik Hakkı Olarak Korunması Teorisi	109
ggg) Sözleşmeye Müdahalenin Dürüstlük Kuralına Aykırılık Teşkil Ettiği Teorisi	111
hhh) Teorilerin Değerlendirilmesi	112
cc) Olumlu Unsurun Sözleşmeye Müdahale Açısından Değerlendirilmesi.....	114
b) Hukuka Aykırılığın Olumsuz Unsuru	118
aa) Kamu Hukukundan Doğan Yetkinin Kullanılması	120
bb) Zarar Görenin Rızası	123
cc) Haklı Savunma.....	126
dd) Zaruret (Zorunluluk) Hâli.....	128
ee) Kişinin Hakkını Kendi Gücüyle Koruması.....	129
ff) Vekâletsiz İş Görme.....	131
gg) Bazı Özel Durumların Hukuka Aykırılığın Olumsuz Unsuru Açısından Değerlendirilmesi	132
aaa) Sözleşmeye Müdahalenin Anayasal İfade Hürriyeti Olarak Değerlendirilmesi	133
bbb) Sözleşmeye Müdahalenin Rekabet Etme Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi	135
ccc) Reklam Faaliyeti Olarak Sözleşmeye Müdahalenin Değerlendirilmesi	138
c) Normun Koruma Amacı Teorisi Açısından Sözleşmeye Müdahale	143
5. Kusur	149
a) Genel Olarak Kusur ve Türleri.....	150
b) Sözleşmeye Müdahale Açısından Kusurun Değerlendirilmesi.....	154
aa) Kast	155
bb) İhmal.....	163
B. AHLÂKA AYKIRI BİR FİİL İLE BAŞKASINA KASTEN ZARAR VERME AÇISINDAN DEĞERLENDİRME	166
1. TBK 49/II Hükmüne Getirilen Eleştiriler.....	166
2. TBK m. 49/II'nin Uygulanabilmesi İçin Aranan Unsurlar ve Bu Unsurların Sözleşmeye Müdahale Açısından Değerlendirilmesi	171
a) Ahlâka Aykırı Davranış	172
aa) Genel Olarak Ahlâka Aykırılık.....	172

bb) Ahlâk – Hukuk İlişkisi.....	177
cc) Hukukî İşlemlerde Ahlâka Aykırılık Hâlleri	180
dd) Sözleşmeye Müdahalenin Ahlâka Aykırı Fiil Olarak Değerlendirilmesi.....	181
b) Zarar	185
c) İlliyet Bağı.....	187
d) Kast.....	190

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SÖZLEŞMEYE MÜDAHALE ÖRNEKLERİ

§ 7. ÇİFTE SÖZLEŞMELER.....	195
A. ÇİFTE SATIŞ	197
1. Taşınmazların Çifte Satışı	197
a) Genel Olarak Taşınmazların Çifte Satışı ve İlk Sözleşmeye Müdahale İmkânı.....	197
b) Taşınmazların Çifte Satışının Müdahale Sorumluluğu Açısından Değerlendirilmesi	200
2. Taşınırın Çifte Satışı.....	220
a) Genel Olarak Taşınırın Çifte Satışı ve Bu Sözleşmelere Müdahale İmkânı.....	220
b) Taşınırın Çifte Satışının Sözleşmeye Müdahale Sorumluluğu Açısından Değerlendirilmesi.....	223
B. ÇİFTE KİRA	226
1. Genel Olarak Çifte Kira ve İlk Kira Sözleşmesine Müdahale İmkânı	226
2. Çifte Kiranın Sözleşmeye Müdahale Sorumluluğu Açısından Değerlendirilmesi.....	227
§ 8. KİRACIYA YA DA ALT KİRACIYA ZARAR VERMEK İÇİN YAPILAN MÜDAHALELER	232
A. ÇİFTE KİRA DIŞINDA KİRACIYA VEYA ALT KİRACIYA ZARAR VERMEK İÇİN YAPILAN MÜDAHALELER	233
B. ASIL YA DA ALT KİRA SÖZLEŞMESİNE MÜDAHALENİN SORUMLULUK AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ	235
§ 9. ÖNALIM HAKKINA YAPILAN MÜDAHALELER	240
A. GENEL OLARAK ÖNALIM HAKKI	240
B. ÖNALIM HAKKINA MÜDAHALENİN SORUMLULUK AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ	243
§ 10. TEK SATICILIK (DİSTRİBÜTÖRLÜK) SÖZLEŞMESİ	247
A. GENEL OLARAK TEK SATICILIK SÖZLEŞMESİ.....	248

B.TEK SATICILIK SÖZLEŞMESİNE MÜDAHALEDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN DEĞERLENDİRİLMESİ	251
§ 11. YATAY YA DA DİKEY ANLAŞMALAR.....	261
A.GENEL OLARAK YATAY VE DİKEY ANLAŞMALAR.....	261
B.YATAY YA DA DİKEY ANLAŞMALARA YAPILAN MÜDAHALENİN SORUMLULUK AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ	265
SONUÇ	271
KAYNAKÇA	276
ÖZET	294
ABSTRACT	295



KISALTMALAR CETVELİ

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
ABGB	: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Avusturya Medenî Kanunu)
Abs.	: Absatz (Bent)
Art.	: Artikel (Madde)
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (İsviçre Federal Mahkemesi Kararı)
BGH	: Bundesgerichtshof (Alman Federal Mahkemesi)
BK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
Bkz. veya bkz.	: Bakınız
c.	: Cilt
C. Civ	: Code Civil (Fransız Medeni Kanunu)
Çev.	: Çeviren
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İBBGK	: İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu
İHFM	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
İİK	: 2004 sayılı İcra İflas Kanunu
K.	: Karar
m.	: Madde
No.	: Sayı
OR	: Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
p.	: Page (sayfa)
pp.	: Sayfa aralığı
RG	: Reichsgericht (1879'dan 1945'e kadar Alman İmparatorluğunun en yüksek mahkemesi)
R.O.	: İsviçre Federal Mahkemesi

S.	: Sayı
s.	: Sayfa
s.k.	: Sayılı kanun
T.	: Tarih
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
UWG	: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Haksız Rekabet Kanunu)
vd.	: ve devamı
Volume	: Cilt
Y.	: Yıl veya year (yıl)
ZGB	: Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)

GİRİŞ

KONUNUN TAKDİMİ, İNCELEMENİN SINIRLARI VE TERİMLER

§ 1. KONUNUN TAKDİMİ

Sözleşmeler ekonomik hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır. Bir ekonomik faaliyetin başarılı şekilde tamamlanması çoğu zaman birden fazla sözleşmenin yapılmasını gerektirir. Sözleşmelerden birinin ifa edilmemesi ya da başka bir şekilde amacına ulaşamaması, kendisine bağlı olan diğer sözleşme ilişkilerini de etkiler. Bu sebeple sözleşmelerin tam, gereği gibi ve zamanında ifası ekonomik hayatın sürdürülebilirliği için büyük önem arz eder.

Sözleşmenin ifa edilmemesinin ya da devam etmemesinin sebebini, olağan bir süreç içerisinde borçludan kaynaklanan ya da ona atfedilebilen durumlarda aramak gerekir. Zira Türk Hukuku'nda borçlu temerrüdü hâlinde aksi ispat edilmediği müddetçe borçlunun kusurlu olduğu asıldır. Ancak bazen ifa etmeme sebebi, üçüncü kişilerin iradî şekilde bu sürece dâhil olmalarından kaynaklanabilir. Örneğin, ifanın gerçekleşmemesi için borçlunun ya da alacaklının kişiliğine, bunların yardımcı kişilerine ya da ifa konusuna zarar verilmiş olabilir. Bunun gibi borçluya daha iyi bir sözleşme teklifi ile gelinerek mevcut olan sözleşmenin sürdürülmesi etkilenebilir. Bahsi geçen tüm bu durumlar, üçüncü kişilerin sözleşmesel ilişkiye müdahale ederek alacaklıya zarar vermesinin örneğini oluşturur.

Üçüncü kişilerin sözleşmeye müdahale ederek onu etkilemeleri durumunda sorumlu tutulup tutulmadıkları sorunu, karşılaştırmalı hukuku uzun zamandır meşgul etmektedir. Çünkü bir sözleşme ilişkisinde taraflar sözleşmeden doğan haklarını kural olarak yalnız birbirlerine karşı kullanırlar, borcun ifasını yalnız birbirlerinden isterler. Üçüncü kişilerin sözleşme ilişkisini etkiledikleri için ifanın yapılmadığı hâlde ise bu durum şüpheli hâle gelmektedir. Zira bu örnekte ortaya çıkan zarara artık üçüncü kişi de sebep olmaktadır.

İstenmeyen bir durum olsa da ticarî hayat ya da diğer hukukî ilişkiler bu tür müdahalelerin örnekleri ile doludur. Bir başka işverenin işçisini ayartarak kendi işletmesinde istihdam etmek, daha iyi bir bedel teklifi ile zaten satılmış malı satın almak (çifte satış), münhasır tek satıcılık yetkisi verildiği bilinen bir malı satmak için üretici ile ikinci bir sözleşme yapmak, evli bir kimsenin boşanmasına sebep olarak onunla evlenmek ya da evlilik dışı ilişki yaşamak bu örneklerden sadece bir kaçıdır. Söz konusu müdahale durumlarında, üçüncü kişilerin ortaya çıkan zarardan sorumlu olup olmadıkları konusunda ülkelerin tutumları farklı olmuştur. Amerika, İngiltere gibi Anglo-Sakson Hukuk Sistemi'nin (Common Law) hâkim olduğu ülkelerde genel itibariyle üçüncü kişilerin sorumluluğu kabul edilmektedir. Hatta artık bu sorumluluğun daha âdil hâle getirilmesi için farklı yaklaşımlar ortaya atılmaktadır. Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'ni (Civil Law) kabul etmiş Almanya, İsviçre gibi ülkelerde ise üçüncü kişilerin sorumluluğu için daha dar bir çerçeve benimsenmekte, yalnızca özel şartların varlığı hâlinde ve özellikle haksız rekabet hükümleri çerçevesinde üçüncü kişiler sorumlu tutulmaktadır. Türk Hukuku'nda ise İsviçre Hukuku'nun etkisi görülmekte, üçüncü kişilerin bu noktadaki sorumluluğuna ihtiyatlı yaklaşılmaktadır. Bu yaklaşım, genel olarak nispi ilkesi ile gerekçelendirilmektedir.

Üçüncü kişilerin başkalarının sözleşmelerine müdahale etmekten doğan sorumlulukları öğretide çeşitli gerekçelere dayandırılmıştır. Her şeyden önce alacak hakkının genel itibariyle anayasal metinlerde korunan malvarlığı kavramı içinde değerlendirildiği ifade edilir. Bu anlayış çerçevesinde alacak hakkının müdahalelere karşı korunma açısından, diğer malvarlığı haklarından bir farkı olmamalıdır. Yine alacak hakkının nispi bir hak olarak üçüncü kişileri de kayıtlayan mutlak bir etkisinin olduğu da ileri sürülmüştür. Böylece üçüncü kişiler alacak hakkına zarar vermemekle yükümlüdürler. İleri sürülen gerekçelerden birçoğu, alacak hakkının nispiliği ilkesini inkâr etmez. Yalnızca alacak hakkının da diğer malvarlığı unsurları gibi korunmaya değer

bir hukukî konu olduğunu ifade eder. Dolayısıyla mesele esasında nispilik ilkesinin yorumunu ilgilendirir. Alacak hakkına üçüncü kişiler tarafından zarar verilmesi hâlinde bu durumun bir haksız fiil olarak nitelenip nitelenmeyeceği meselesi de sorunun bir başka boyutunu oluşturur.

Çalışma, üçüncü kişilerin sözleşmeye müdahale etmeleri durumunda ortaya çıkan zararların haksız fiil hukuku çerçevesinde tazmin edilip edilemediği sorunu üzerine yapılmıştır. İnceleme, alacak hakkının hukukî niteliği, etkileri ve onun haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde yorumlanması üzerine kurulmuştur. Bu çerçevede sözleşme müdahale yoluyla zarara neden olunması hâlinde haksız fiil sorumluluğu şartlarının sağlanıp sağlanmadığı tahlil edilmiştir. Söz konusu şartlar incelenirken, ilk olarak şartlar hakkında genel bilgiler aktarılmış, sonrasında şartın müdahale fiili açısından incelemesi yapılmıştır. Genel bilgilerin verilmesi sırasında, Türk Hukuku'nda yer alan eserlerin yanı sıra, karşılaştırmalı hukuk kaynaklarından ve özellikle Mehaz Hukuk literatüründen yararlanılmıştır. Çalışmada teorik incelemenin yanında sorumluluğun uygulamadaki karşılıklarının ne şekilde ortaya çıktığına da yer verilmeye gayret edilmiştir.

§ 2. İNCELEMENİN SINIRLARI

İnceleme, üçüncü kişilerin sözleşmeye müdahale etmeleri hâlinde ortaya çıkan zararların, haksız fiil sorumluluğu esasına göre tazmin edilip edilemeyeceği sorunu üzerine yapılmıştır. Bu kapsamda ilk olarak müdahale terimi ile sözleşme ilişkisine müdahalenin karşılaştırmalı hukuktaki yerine değinilmiştir. Sonrasında ise mesele, haksız fiil sorumluluğunun şartları dikkate alınarak tahlil edilmiştir.

Çalışma konusu açısından sözleşmeye müdahale ifadesi yalnızca, borçlar hukuku alanında kurulmuş ve geçerli olan sözleşmeleri kapsamaktadır. Bu sebeple henüz sözleşme görüşmeleri aşamasında kurulmasından vazgeçilmiş ya da herhangi bir sebeple müdahale fiilinden önce sona eren sözleşmeler bu kapsamda değerlendirilmez. Yokluk

ya da kesin hükümsüzlük gibi çeşitli sebeplerle baştan itibaren hüküm ifade etmeyen sözleşmeler de çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır. İrade sakatlığı sebebiyle taraflardan birinin iptal hakkına sahip olduğu sözleşmelere müdahalelere ise çalışmanın ilgili başlığı altında yer verilmektedir. Aile hukukundan doğan nişanlanma, evlenme gibi ilişkiler borçlar hukuku anlamında sözleşme olarak değerlendirilmediğinden çalışma içinde yer almamaktadır.

Geçerli bir sözleşme ilişkisine müdahalenin, kişilik hakları açısından değerlendirilmesi esasında çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır. Ancak sorumluluk için öne sürülen gerekçelerden biri müdahalenin kişilik haklarını ihlâl ettiği'dir. Bu sebeple konuya sadece sorumluluk için sunulan gerekçeler bölümünde ve ilgili kapsamında değinilmiştir.

Türk Hukuku'nda sözleşmeye müdahalenin ön plana çıktığı hâllerden birini de 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabet hükümleri oluşturur. Kanunun m. 55-b hükmünde "*sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yöneltmek*" ifadesi yer almakta ve hükmün devamında bu kapsamda değerlendirilebilen müdahale biçimleri örnekseyici şekilde sayılmaktadır. Ancak çalışmanın konusunu genel haksız fiil hükümleri çerçevesinde sözleşmeye müdahale ve sonuçları oluşturmaktadır. Dolayısıyla ticaret hukuku bağlamındaki müdahale fiilleri konunun kapsamı dışındadır. Bu hükümlere yalnız sözleşmeye müdahale kavramının Türk Hukuku'ndaki yerine değinilirken ilgili olduğu ölçüde yer verilmiştir.

Bir işçiyi eski işinden ayrılarak kendisi ile çalışmaya ikna eden yeni işverenin söz konusu fiili de sözleşmeye müdahale kapsamında değerlendirilir. 4857 sayılı İş Kanunu m. 23'te bu durum açıkça hükme bağlanmış, fesihden doğan zarardan işçi ile birlikte yeni işveren de sorumlu tutulmuştur. Bununla birlikte çalışmayı genişletmemek adına bu

hükme konu ile ilgisi çerçevesinde, müdahale kavramının Türk Hukuku'ndaki yeri konusu ile birlikte değinilmiştir.

§ 3. TERİMLERİN TESPİTİ

Çalışmada üçüncü kişilerin müdahale ettiği konuyu belirtmek için sözleşme kavramı tercih edilmiştir. Genel olarak sözleşme, birden fazla tarafın ortak bir amaca ulaşmak üzere yaptıkları ve karşılıklı iradelerinin uygunluğu ile birlikte ortaya çıkan iki taraflı hukukî işlem şeklinde ifade edilir¹. Yapılan müdahale sonucu, alacaklı tarafın bu sözleşmeden beklediği yarar kısmen ya da tamamen ortadan kalkar. Müdahale en başta, sözleşmeden doğan alacak hakkını etkiler. Fakat müdahale fiili doğrudan dar anlamda edim konusunu hedeflemese de alacak hakkı yine zarara uğrayabilir. Örneğin borçlunun veya alacaklının kişiliğinin etkilenmesi ya da tarafların yardımcı kişilerinin etkilenmeleri sebebiyle de ifa gerçekleşmeyip zarar ortaya çıkabilir. Bu sebeple müdahale kavramının sözleşme ilişkisindeki bütün konuları kapsaması için alacak hakkına müdahale yerine, sözleşmeye müdahale kavramı tercih edilmiştir. Müdahalenin konusunu sözleşmenin çeşitli unsurları, müdahalenin sonucunu ise alacak hakkının zarar görmesi oluşturur.

Sözleşme kavramı ile ifade edilen hukukî işlem türü genel itibariyle teknik anlamda sözleşmedir. Bir sözleşmenin kurulması için (en az) iki tarafın iradesi gerekir. Dolayısıyla çalışmada “sözleşme” terimi ile kastedilen ilk kavram, bu şekilde kurulan hukukî işlemlerdir. Sözleşme olarak nitelenmeyen tek taraflı hukukî işlemler ise ortaya çıkmaları için bir iradenin yeterli olduğu işlemlerdir². Bu işlemler hukukî niteliğine göre yapıldığı

¹ Hatemi, Hüseyin: Medeni Hukuk'a Giriş, 10. Bası, İstanbul 2021, (Hatemi, Giriş), s. 155; Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, Ankara 2022, (Eren, F., Borçlar Genel), s. 211; Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, 7. Basım, İstanbul 2017, s. 95; Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 1-2, 17. (Cilt-1) ve 20. Bası (Cilt-2), İstanbul 2022, Cilt-1, s. 42; Akıncı, Şahin: Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, 12. Baskı, Konya 2021, (Akıncı, Borçlar), s. 101; Tercier, Pierre/Pichonnaz, Pascal/Develioğlu, H. Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, İstanbul 2020, s. 86; Kılıçoğlu, Ahmet Mithat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Bası, Ankara 2022, s. 79; Antalya, Osman Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: V/1,1, Cilt: V/1,2, 2. Baskı, Ankara 2019, Cilt: V/1,1, s. 159.

² Oğuzman/Öz, Cilt-1, s. 36; Kılıçoğlu, s. 70; Akıncı, Borçlar, s. 88; Eren, F., Borçlar Genel, s. 172; Antalya, Cilt: V/1,1, s. 157; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Birinci Cilt, s. 94; Furrer,

anda ya da kendine özgü şartları gerçekleştiği takdirde hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar. Fakat tek taraflı işlemlerin de üçüncü kişinin müdahale fiili sonucu geri alınması mümkündür. Bu durumda tek taraflı işlemin lehtarı zarar görebilir. Dolayısıyla her ne kadar sözleşme olarak nitelenmeseler de çalışmada bahsi geçen “sözleşme” kavramı tek taraflı hukukî işlemleri de kapsayacak şekilde geniş yorumlanmalıdır³. Çok taraflı irade gerektiren hukukî işlemler ise bir görüşe göre⁴ sözleşme niteliğinde iken, diğer görüşe göre⁵ sözleşme olarak değerlendirilemez. Başka bir görüş⁶ ise çok taraflı işlemler arasında ayırım yaparak bir kısmını yalnızca çok taraflı işlem olarak adlandırırken, anonim şirket kurma gibi diğer işlemleri sözleşme olarak yorumlar. Çalışma açısından hangisi kabul edilirse edilsin bu tür hukukî işlemlere müdahale sonucunda da alacaklı taraf zarar görebilir.

Çalışma kapsamında müdahale kavramı en genel mânâda, üçüncü kişinin bir sözleşme ilişkisini etkileyerek alacaklının bu sözleşmedeki yararını engellemeyi amaçlayan fiili ifade eder. Müdahale fiili, teşvik, azmettirme, alacaklının ya da borçlunun veya onların yardımcı kişilerinin kişiliklerine doğrudan zarar verme şeklinde çeşitli görünümelerde ortaya çıkabilir. Sözleşme ilişkisine yapılan her türlü etki fiilini kapsamı adına çalışmada “müdahale” terimi tercih edilmiştir.

Sözleşmeye müdahale ve sonuçlarından bahsedilirken çalışmada, üçüncü kişi, borçlu ve alacaklı olmak üzere üç farklı kişiden söz edilmiştir. Bu bağlamda borçlu, sözleşmede edim borcu olan, ancak üçüncü kişinin etkisi dolayısıyla edimi tam ya da

Andreas/Muller-Chen, Markus/Çetiner, Bilgehan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, İstanbul 2021, s. 30; von Tuhr, Andreas (Çev.: Cevat Edege): Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, Cilt: I, II, Ankara 1983, s. 134.

³ Aynı yönde, Schopf, Adrian: Die Beteiligung an fremdem Vertragsbruch im BGB, München 2013, s. 100.

⁴ Hatemi, Giriş, s. 155; Akıncı, Borçlar, s. 90. Temel olarak sözleşme oldukları, ancak sözleşmelerle ilişkin hükümlerin ancak kıyasen uygulanabileceği hakkında, Oğuzman/Öz, Cilt-1, s. 43; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 86. Çok taraflı işlemlerin sözleşme ve karar olarak ikiye ayrıldığı yönünde, Eren, F., Borçlar Genel, s. 173.

⁵ Kılıçoğlu, s. 73; çok taraflı bir hukukî işlem olan kararın, sözleşme olmadığı ve ayrılan özellikleri hakkında, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Birinci Cilt, s. 113; von Tuhr, s. 134

⁶ Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 32, 33.

gereği gibi yerine getirmeyen kişi yi ifade eder. Alacaklı da bu ilişkide müdahale dolayısıyla edim yararını elde edemeyen kişidir. Üçüncü kişi ise sözleşme ilişkisine taraf olmayan, müdahale fiilini gerçekleştiren kimsedir. Borçlunun ya da alacaklının yardımcı kişileri de aynı fiili gerçekleştirdikleri takdirde üçüncü kişi olarak nitelenebilir.

Çalışma genel plan itibariyle haksız fiil sorumluluğu üzerine kurulduğu için haksız fiil, hukuka aykırılık ve ahlâka aykırılık kavramlarına çalışmanın ilgili başlıklarında değinilmektedir.



BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞMEYE MÜDAHALE KAVRAMI, SÖZLEŞEMEYE MÜDAHALEDEN

DOĞAN SORUMLULUĞUN TARİHİ GELİŞİMİ, KARŞILAŞTIRMALI

HUKUKTAKİ YERİ VE HAKKINDAKİ GÖRÜŞLER

§ 1. SÖZLEŞMEYE MÜDAHALE KAVRAMI

İki taraflı bir hukukî işlem olmalarının gereği olarak sözleşmeler tarafların iradeleri ile kurulur ve sözleşmenin devamının ya da sona ermesinin de bu kimselerin iradesinden kaynaklanması beklenir. Fakat durum her zaman böyle olmayabilir. Çeşitli gerekçelerle sözleşme ilişkisinin dışında yer alan kişiler, bilinçli ya da bilinçsiz şekilde sözleşmeden beklenen yararın gerçekleşmesine engel olabilir. Fiilin kasıtlı, ihmalen ya da tamamen irade dışında icra edilmesi sorumluluğun esasını ilgilendirmekle birlikte, bu durumlar genel anlamda birer müdahale oluşturur.

Sözlük anlamı olarak müdahale “karışma, araya girme” demektir⁷. Böylece müdahale kelimesi, bir nesneye ya da kimseye yapılan olumsuz, istenmeyen etkileri ifade etmek için kullanılır. Sözleşmeye müdahale kavramı ile kastedilen etki de bu şekilde olumsuz bir durumdan oluşur. Ancak çok çeşitli şekillerde gerçekleşmesinin de bir yansıması olarak müdahale kavramı doktrinde farklı isimlerle ifade edilmiştir. İngiliz-Amerikan Hukuku’nda verilen eserlerde konu “interference” ya da “induce” olarak anılmıştır⁸. “Müdahale, burnunu sokma, karışma”⁹ anlamlarına gelen “interference”

⁷ <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim tarihi: 28.07.2021)

⁸ Dowling, Donald C.: “A Contract Theory for a Complex Tort: Limiting Interference with Contract beyond the Unlawful Means Test”, University of Miami Law Review, Vol. 40, No. 2, Januray 1986, p. 487-520; Simester, A. P./Chan, Winnie: “Inducing Breach of Contract: One Tort or Two?”, The Cambridge Law Journal, Vol. 63, No. 1, March 2004, p. 132-165; Simmons, Richard T./Kabacoff, Pres: “Inducing Breach of Contract”, Lousiana Law Review, Vol. 30, No: 4, June 1970, p. 713-727; Dobbs, Dan B.: “Tortious Interference with Contractual Relationships”, Arkansas Law Review, Vol. 34, No: 3, 1980, p. 335-376; Baez III, Beau H.: Tort Law in the USA, The Netherlands 2010, p. 100; Eulau, Peter H.: “Inducing Breach of Contract: A Comparasion of the Laws of the United States, France, the Federal Republic of Germany and Switzerland”, Boston College International and Comparative Law Journal, Vol. 2, No. 1, 1978, p. 41-68 (Eulau, Comparasion).

⁹ <https://dictionary.cambridge.org/tr/translate/> (Erişim Tarihi: 25.08.2021); Garner, Bryan A. (Edited By): Black’s Law Dictionary, Tenth Edition, St. Paul 2014, s. 937. “Başkalarının işlerine zarar verecek

terimi, Türkçe’de müdahale kavramını karşılamaktadır. Buna karşılık “birilerini bir şey yapmaya ikna etme, kandırmak, özel bir duruma sebep olmak¹⁰” anlamına gelen induce, bir şeye ya da konuya etki için aktif bir hareketin varlığını daha fazla vurgulamaktadır. Induce terimini kullanabilmek için kast vazgeçilmezdir; failin bilerek ve isteyerek fiili gerçekleştirmesi gerekir. Interference kelimesi ise temelde istenmeyen etki anlamına gelse de kasten yapılmayan fiiller de bu kelimeyle ifade edilebilir. Bu yüzden anlam olarak induce teriminden daha geniştir.

Alman-İsviçre kaynaklarında ise müdahale terimi “ der Eingriff”, “die Beeinträchtigung”, “Verleiten” ya da “die Abwerbung” gibi isimlerle anılmaktadır¹¹. Die Eingriff, “müdahale, el atma” anlamını taşımaktadır¹². Fiilin sonucunu vurgulayan die Beeinträchtigung ise “halel, ihlal, bozma, tecavüz¹³” mânâsına gelmekte, Der Eingriff kelimesinin anlamını kısmen karşılamaktadır. “İğfal etme, azmettirme, kandırma, baştan çıkarma, tahrik etme¹⁴” anlamına sahip olan Verleiten ise, İngilizce’deki induce fiilini ifade eder. Die Abwerbung da verleiten ile eş anlamlı olarak yorumlanabilir¹⁵.

tarzda müdahale” tanımı için, Ovacık, Mustafa: İngilizce-Türkçe Hukuk Sözlüğü, Ankara 1964, s. 187.

¹⁰ <https://dictionary.cambridge.org/tr/s%C3%B6zl%C3%BCk/ingilizce-t%C3%BCrk%C3%A7e/induce> (Erişim Tarihi: 25.08.2021); Ovacık, s. 181; Garner, s. 894. Sayre

“inducing” ve “causing” terimlerini farklı şekilde değerlendirmektedir, Sayre, Francis Bowes: “Inducing Breach of Contract”, Harward Law Review, Vol. 36, No. 6, Y. 1923, pp. 663-703, s. 678.

¹¹ Zulliger, Felix: Eingriffe Dritter in Forderungsrechte, Zürich 1988; Eulau, Peter H.: Verleitung zum Vertragsbruch und Ausnutzung fremden Vertragsbruchs, Zürich 1976, (Eulau, Verleitung und Ausnutzung); Schleup, Walter R.: “Schuldrechtliche Aspekte der Verleitung zum Vertragsbruch”, Festchrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989; Schopf, s. 88; Koziol, Helmut: Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte, Wien-New York 1967; Müller, Albert, Die Beeinträchtigung fremder Forderungen als Delikt im Sinne von OR 41 Abs. 2, Zürich 1975; Frick Markus: Abwerbung Personal und Kunden, Bern 2000.

¹² Çakar, M. Sait, Hukuk Sözlüğü, Ankara 2007, s. 184.

¹³ Çakar, s. 317. “Olumsuz biçimde etkileme, engelleme” anlamı için, Ülkü, Vural: Almanca-Türkçe Büyük Sözlük, İstanbul 2006, s. 96.

¹⁴ Çakar, s. 522.

¹⁵ “Başkalarının elemanlarını ayartıp transfer etme” anlamı için, Ülkü, s. 17.

Türk Hukuku'nda ise durum yöneltme¹⁶, müdahale¹⁷ veya ayartma¹⁸ gibi fiillerle anlatılmıştır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 55/b'de de “*sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yöneltme*” ifadesi kullanılmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu m. 23/a'da ise bu etkileme, işçinin işi bırakmasına ve kendi işyerinde işe başlamasına yeni işverenin “sebep olma”sı olarak anılmıştır. Böylece genel mânâda müdahale fiilleri için tek bir terim kullanıldığı söylenemez. Kullanılan bütün ifadelerin ortak özelliği, istenmeyen ve hukukî ilişkiyi en azından taraflardan biri için olumsuz etkileyen fiiller olmasıdır. Ancak bazı noktalarda ifadeler anlam itibarıyla ayrılmaktadır. Örneğin, etkide bulunan kimsenin yapılmasını istediği fiilin gerçekleşmesinde yararı varsa ve bunun için kasıtlı, yoğun bir etkide bulunuyorsa genellikle ayartma fiili kullanılır¹⁹. Yöneltme fiilinde kelime anlamı olarak bu ölçüde yoğun bir etkiden bahsedilemez²⁰. Bir karar almaya sevk²¹ ya da mevcut kararın güçlendirilmesi gibi fiiller yöneltme ile anlatılabilir. İş Kanunu'nda kullanılan sebep olma kavramının anlamı konusunda da öğretide görüş birliği yoktur. Bir görüşe²² göre sebep olma ayartmayı da kapsayan bir üst kavramdır. Diğer görüşe²³ göre ise ayartma ile sebep olma kavramları aynı içeriktedir. Sebeplilik kavramı açısından böyle bir ayırım yapmanın, her türlü fiil sorumluluk doğurduğu için pratikte yararı olmadığı da ifade edilmektedir²⁴.

¹⁶ Paksoy, Meliha Sermin: Sözleşmeyi İhlale Yöneltme, 1. Baskı, İstanbul 2018; Sarıkaya, Sinan: Haksız Rekabet Hukukunda Sözleşmeyi İhlale veya Sona Erdirmeye Yöneltme, 1. Baskı, Ankara 2015.

¹⁷ Barlas, Nami: “Başkasının Sözleşme İlişisine Müdahale Sebebiyle Sorumluluk”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt I, 1. Baskı, İstanbul 2010, (Barlas, Müdahale).

¹⁸ Şenocak, Kemal: “İşletme Personelinin Ayartılması Meselesinin Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde (TTK m. 56 vd.) Değerlendirilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S. 2, Haziran 2001, s. 193-246.

¹⁹ Paksoy, s. 9, dn. 14; Şenocak, s. 193.

²⁰ Yöneltme kelimesinin ayartma kelimesine nazaran daha nötr bir ifade olduğuna dair, Paksoy, s. 9, dn. 14.

²¹ Yelbaşı, Cengiz: Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, Ankara 2014, s. 744.

²² Çenberci, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Ankara 1976, s. 382, 383; Tüysüzoğlu, İlkey: Yeni İşverenin Sorumluluğu, Ankara 2015, s. 298, 299;

²³ Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, 31. Baskı, İstanbul 2018, s. 624; Tutucu, Aslı/Odaman, Serkan: “İş Kanunu 15. Madde Uyarınca İşyerini Terkeden İşçiyi Çalıştıran Yeni İşverenin Sorumluluğunun Koşulları ve Hukuki Niteliği”, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, Cilt: 2, İstanbul 2001, s. 1385-1414, s. 1394

²⁴ Uşan, M. Fatih: İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), 1. Baskı, Ankara 2003, s. 309.

Birçok şekilde ifade edilen müdahale kavramı, aynı çeşitlilikle icra da edilebilir. Hiç olmayan bir ihlal fikrinin uyandırılması, mevcut ihlal kararının güçlendirilmesi, borçlunun ayartılması, sözleşme konusunun yok edilmesi veya borçlunun kişiliğine zarar verilmesi gibi birçok durum borç ilişkisini alacaklı açısından olumsuz etkiler. Çalışmada da bu etkilerin hepsi kastedilmektedir. Dolayısıyla bütün fiilleri kapsamı açısından “müdahale” kavramı tercih edilmiştir.

§ 2. SORUMLULUĞUN TARİHİ GELİŞİMİ

Bir başkasının hukukî ilişkisine müdahaleden doğan sorumluluğa ilk olarak Roma Hukuku’nda rastlamak mümkündür. Genel olarak “manus” ve “patria potestas” kurumlarından doğan yetkinin, sorumluluğun temeli olduğu ifade edilmektedir²⁵. Conventio in manum, bir kadının babasının hukukundan çıkıp kocasının hukukuna dâhil olabilme yöntemi²⁶. Böylece kadın kocasından alıkonulduğunda, alıkoyan kişi babası olsa dahî, koca bunun için tazminat talep edebilirdi²⁷. Aynı şey çocuğun üzerinde babanın hukukunun olması dolayısıyla patria potestas’ta da geçerliydi²⁸. Ancak günümüz hukuku anlamında sözleşmeye müdahale kavramına nispeten yakın olan bir dava türü daha vardı ki o da Actio Servi Corrupti idi. Buna göre başkasının kölesini kötü nasihatlerde bulunarak yoldan çıkaran kişi, köledeki ahlâkî bozulmaya karşılık değer azalmasının ve zararın iki katını ödemeye mahkûm edilirdi²⁹.

²⁵ Eulau, Comparasion, s. 43; Sayre, s. 663.

²⁶ Di Marzo, Salvatore (Çev. Ziya Umur): Roma Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1959, s. 160; Kaser, Max/Knütel, Rolf: Römisches Privatrecht, 18. Auflage, München 2005, s. 76; Akıncı, Şahin: Roma Hukuku Dersleri, 16. Baskı, Konya 2021, (Akıncı, Roma), s. 218; Honig, Richard (Çev. Şemseddin Talip): Roma Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1938, s. 165; Umur, Ziya: Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1975, s. 50; Koschaker, Paul/Ayiter, Kudret: Roma Hususî Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1975, s. 304.

²⁷ Umur, s. 92; Eulau, Comparasion, s. 43; Di Marzo, s. 168; Sayre, s. 664; iyi şekilde devam eden evliliğe babanın müdahale ederek kızı almaması için kocaya def’i yetkisi tanındığı yönünde, Akıncı, Roma, s. 220.

²⁸ Di Marzo, s. 168; Eulau, Comparasion, s. 43; Kaser/Knütel, s. 76; Honig, s. 181; Umur, s. 151; Sayre, s. 663; Koschaker/Ayiter, s. 327.

²⁹ Umur, s. 6; Türkoğlu Özdemir, Gökçe: “Roma Haksız Rekabet Hukukuna İlişkin Olarak Actio Servi Corrupti”, AÜHFD, C. 54, S. 4, Y. 2005, s. 213-233, s. 218.

Roma Hukuku'na benzer bir duruma Orta Çağ öncesi Alman Hukuku'nda da rastlanmaktadır. Bir kadının klanı onun evlenmesine onay vermezse, kadın istediği takdirde damat onu kaçırarak evlenebiliyordu; ancak damat kadının klanına bir kefarete ödüyordu³⁰.

Başlarda sadece aile üyelerinin korunması için var olan bu mekanizmalar, 1349'da İngiltere'de işçilerin korunmasına kadar genişlemiştir. O yıllarda büyük vebanın etkisiyle fazlaca işçi ölümleri yaşanıyor ve bu da iş gücünün kaybı demektir. İş gücünün değerlendirilmesiyle birlikte 1349'da İşçi Nizamnamesi yayınlandı. Nizamnamede, efendisinin hizmetinden kaçtığı takdirde işçilerin ve onunla birlikte işçinin hizmetinden yararlanan ya da onu yanında barındıran üçüncü kişilerin cezalandırılması öngörüldü³¹. Benzer düzenlemelere Eski Alman Hukuku'nda da rastlamak mümkündür. Burada da işçiyi ikna eden kişinin fiili suç olarak görülmüş ve İngiliz Hukuku'ndan farklı olarak ikna edene karşı bir tazminat davası açma hakkı tanınmıştı³². Çifte satış durumunda malın ilk alıcısına geri dönmesi ve ikinci alıcının kötü niyetli sözleşmesinin suç sayılması da kabul edilen sorumluluk hâlleri arasındaydı³³. Napolyon Kanunu ile Prusya Medeni Kanunu ise sözleşmeyi ihlâl etme için korunan malvarlığı konusunda herhangi bir sınır getirmeksizin sorumluluk öngörmüştü³⁴.

Müdahale sebebiyle sorumluluk hususunda önemli gelişmelerden biri de 1853'te İngiltere'de Lumley v. Gye davasıyla yaşanmıştır. Dava konusu olayda opera sanatçısı Bayan Johanna Wagner davacı ile daha önce tiyatrosunda performans sergilemek üzere sözleşme yapmış, daha sonra bu durumu bilen davalı, davacıyı zarara uğratmak kastıyla

³⁰ Eulau, Comparasion, s. 44.

³¹ Sayre, s. 665; sorumluluk için sözleşme ile bağlı işçinin kaçmaya ikna edilmesi gerekmiyordu, işçinin başkası tarafından tutulduğunu davalının bilmesi yeterliydi, s. 666; Sarıkaya, s. 30; Dobbs, s. 340.

³² Eulau, Comparasion, s. 45.

³³ Eulau, Comparasion, s. 45.

³⁴ Eulau, Comparasion, s. 45; Verleitung und Ausnutzung, s. 8.

Bayan Wagner'ı sözleşmeyi ifa etmemesi için ikna etmiş, mahkeme de olayda İşçi Nizamnamesi'nin uygulamasını genişleterek davacının talebini kabul etmiştir³⁵.

§ 3. SORUMLULUĞUN KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ YERİ

Sözleşmeye müdahale dolayısıyla sorumluluk konusu, karşılaştırmalı hukuku yüzyıllardır meşgul eden bir meseledir. Sorumluluk için bütün hukuk sistemlerinde aynı çözümün benimsendiği söylenemez. Böyle bir sorumluluğun hangi sınırlar içinde olması gerektiği de hukuk sistemine göre farklılaşan konular arasındadır.

A. İNGİLİZ HUKUKU

Roma Hukuku'ndaki müdahale davaları ve onun Orta Çağ'daki uzantıları olan davalar³⁶ bir kenara bırakıldığında, günümüz hukuku müdahale anlayışı İngiltere'de 1349'da İşçi Nizamnamesi ile başlamıştır³⁷. Nizamnamede bir çalışanın süresinden önce makul bir sebep ya da izin olmadan işinden ayrılarak başka bir kimsenin işinde çalışması hâlinde hapis cezası ile cezalandırılacağı, buna yardım eden veya işçinin hizmetinden yararlanan kişilerin de aynı cezaya mahkûmiyeti öngörülmüştü³⁸. İşçi ayartma konusundaki tutumun diğer sözleşmelere genişletilmesi ise 1853'te verilen Lumley v. Gye kararı ile olmuştur³⁹. Davada hâkimler ikiye bölünmüş, azınlık görüş Johanna Wagner'ın işçi olmaması dolayısıyla Nizamname'nin uygulanamayacağını ileri sürse de

³⁵ Dobbs, s. 342; Garland, David S., et al. Editors: American and English Encyclopaedia of Law, Northport, N.Y., Edward Thompson Co., Vol. 16, s. 1110; Sayre, s. 667; Eulau, Comparasion, s. 45, 46; American Law Institute, Restatement of the Law of Torts, Vol. IV, Divisions 9-13, Washington 1939, s. 51, 52; Armitage, A. L. (General Editor)/Blanco White, T. A./Dias, R. W. M./Ellis Lewis, T./Hall, J.C./Jolowicz J. A./Odgers, F. J./Wedderburn, K. W./Yale, D. E. C.: Clerk & Lindsell on Torts, Twelfth Edition, London 1961, s. 321.

³⁶ Sayre, s. 663 vd.; Grossen, Jacques-Michel: "La Responsabilité du Tiers Complice de La Violation D'un Contrat", Mélanges En L'Honneur de Wilhelm Schöenberger, İsviçre 1968, s. 121-136, s. 122.

³⁷ Bkz. § 2. Bu tarihten daha önce, VII. Henry egemenliği yıllarında, sözleşmeyi bozması için kiracısı teşvik edilen kiralayana da dava hakkı tanındığı, ancak bu ilişkide sözleşmeyi sona erdirmekten dolayı kiracı sorumlu tutulmadığı için, günümüz müdahale davalarına tam uygunluk taşımadığı ve bu sebeple asıl başlangıcın İşçi Nizamnamesi olduğu yönünde, Dowling, s. 495.

³⁸ "If any reaper, mower, or other workman or servant, of what estate or condition that he be, retained in any man's service, do depart from the said service without reasonable cause or licence, before the term agreed, he shall have pain of imprisonment. And that none under the same pain presume to receive or to retain any such in his service.", Sayre, s. 665.

³⁹ Bkz. § 2.

çoğunluk görüş davalının yaptığı fiilden sorumlu olduğunu kabul etmişti⁴⁰. Davada dikkat çeken bir husus da davalının sorumluluğu için geçerli ve bağlayıcı bir sözleşme varlığı ile kötüniyetli olarak çalışanı ikna etmenin aranmasıdır⁴¹. Lumley v. Gye kararını, aynı doğrultuda verilen Bowen v. Hall, Temperton v. Russel kararları takip etti⁴². Böylece iş sözleşmesi olsun ya da olmasın bir sözleşmeye müdahale ederek onun ihlaline teşvik etmek, haksız fiil davası olarak İngiliz Hukuku'nun bir parçası hâline geldi.

Müdahale davalarının ticarî alana yansımalarının daha geç olduğu söylenebilir. 1793'te Tarleton v. M'Gawley kararında davacı Afrika yerlileri ile ticaret yapmak için bir gemi kiralamış, geminin kaptanı ticaret için bir botu kıyıya göndermiş, ancak iki tarafın temsilcileri henüz görüşmelere başlamadan önce, bir başka geminin kaptanı kanoyu ateşleyerek bir grup Afrikalının ölümüne neden olmuş ve ticareti sabote etmeyi başarmıştır⁴³. Mahkeme olayda davalıyı kötüniyetli, davacıyı da haklı bulmuştur. Karar, müdahale davalarının ticarî alana genişletilmesi için olduğu kadar, sözleşme görüşmelerine de uygulanması açısından önemlidir⁴⁴.

İngiliz Hukuku'nda sözleşmelerin nispiliği ilkesi kabul edilir, sözleşme yapmak isteyen kimselerin daha önce bir sözleşmenin var olup olmadığını araştırma yükümlülüğü de yoktur⁴⁵. Ancak sözleşmeye müdahale şartları gerçekleştiği takdirde sorumluluğun

⁴⁰ Carty, Hazel: An Analysis of the Economic Torts, Second Edition, United States of America 2010, s. 30, 31; Tiernon, John L.: The Doctrine of Lumley v. Gye, Doktoral Thesis, Cornell Law School, Historical Theses and Dissertations Collection, Paper 76, 1895, https://scholarship.la.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1066&context=historical_theses (Erişim Tarihi: 01.09.2021), s. 10; Sayre, s. 668; Schofield, William: "The Principle of Lumley v. Gye, and Its Application", Harvard Law Review, Vol. 2, No. 1 (Apr. 15, 1888), pp. 19-27, s. 20; Garland, s. 1110; Grossen, s. 122.

⁴¹ Tiernon, s. 12, 13; Sayre, s. 669; Garland, s. 1110; Carty, s. 31; Grossen, s. 123.

⁴² Sayre, s. 669; American Law Institute, s. 50; ; Armitage/Blanco White/Dias /Ellis Lewis/Hall/Jolowicz/Odgers/Wedderburn/Yale, s. 321. Temperton v. Russel kararında mahkeme "The contract confers certain rights on the person with whom it is made, and not only binds the parties to it by the obligations entered into; but also imposes on all the world the duty to respect the contractual obligation" ifadelerini kullanarak, geçerli bir sözleşmenin yalnız tarafları bağlamadığını, bütün dünyanın saygı göstermesi gereken sözleşmesel bir borç ortaya koyduğuna işaret etmiştir, Tiernon, s. 30.

⁴³ Murphy, John: "Understanding Intimidation", The Modern Law Review, Vol. 77, No. 1 (January 2014), pp. 33-59, s. 33, dn. 1; Dowling, s. 497.

⁴⁴ Dowling, s. 497; Amerikan Law Institute, s. 52.

⁴⁵ Grossen, s. 124.

doğduğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu sorumluluğun doğması için gerekli şartlar şu şekilde ifade edilebilir: İlk olarak taraflar arasında geçerli bir sözleşme olmalı, sonra müdahale eden sözleşmenin varlığını bilerek ve bunun ihlâl edilmesini amaçlayarak hareket etmeli, sözleşme ihlâl edilmeli ve ihlâl sonucunda bir zarar doğmalıdır⁴⁶. Geçerli bir sözleşmenin varlığını bilmek haksız fiil kastı ile doğrudan ilgilidir. Sözleşmenin varlığını bilmeden failin ihlale iknadın sorumlu olması düşünülemez. Bu konuda ihmalin de yeterli olduğu, ancak değerlendirilmesi gereken ihmalin subjektif ihmal olması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁷ Genel olarak müdahale fiilinin doğrudan sözleşmenin ihlalini amaçlaması gerektiği kabul edilmekte, sırf bu konuda tavsiyede bulunmak yeterli sayılmamaktadır⁴⁸. Ancak sorumluluk için ikna etmek, teşvik etmek ya da ihlali sağlayan başkaca bir fiil yeterli olup, ayrıca hukuka aykırı bir araçla bunu yapmak gerekmez⁴⁹. Fiil sonucunda doğan her türlü zarar da tazmin edilebilir; manevi zarar da bu kapsamda değerlendirilmektedir⁵⁰.

B. AMERİKAN HUKUKU

İngiltere’de Lumley v. Gye davasının görülmesinden sonra, sözleşmeye müdahaleden doğan sorumluluk doktrini birçok ülkeye yayılmıştır. Amerika da bu

⁴⁶ Garland, s. 1110 vd.; ; Armitage/Blanco White/Dias /Ellis Lewis/Hall/Jolowicz/Odgers/Wedderburn/Yale, s. 321 vd.; Carty, s. 35; van Dam, Cees: European Tort Law, 2. Edition, Oxford 2013, s. 215, 216; genel olarak mahkemelerin ve bu arada İngiliz Mahkemeleri’nin zarar kastı, bir sözleşmenin var olduğunu bilme, sözleşme ihlalinin gerçekleşmesi, ihlale teşvikin haksız şekilde yapılması, gerçek bir zarar ve bu zararı verme konusunda haklı bir sebebin olmaması şeklinde altı şartı aradıklarına dair, Stevens, Lyn L.: “Interference with Economic Relations: Some Aspects of the Turmoil in the Intentional Torts”, Osgoode Hall Law Journal, Vol. 12, No. 3, December 1974, pp. 595-625, s. 601.

⁴⁷ Carty, s. 40, 41; ihmalin sorumluluk için yeterli olduğuna dair, van Dam, s. 215. Aksi yönde, Deakin, Simon/Randalln, John: “Rethinking the Economic Torts”, The Modern Law Review, Vol. 72, No.4, Y. July 2009, p. 519-553, s. 522; Armitage/Blanco White/Dias /Ellis Lewis/Hall/Jolowicz/Odgers/Wedderburn/Yale, s. 321.

⁴⁸ Carty, s. 36, 37; Armitage/Blanco White/Dias /Ellis Lewis/Hall/Jolowicz/Odgers/Wedderburn/Yale, s. 324; genel kastın yeterli olduğu, özellikle mağdurun hedeflenmemiş olmasının önem arz etmediği ile ilgili, van Dam, s. 216.

⁴⁹ Carty, s. 38; eski tarihli kararlara atfen aksi yönde, van Dam, s. 216; mutlaka ahlâka aykırı entrikaların gerçekleşmesinin aranmadığı, zarar verme kastının ve özellikle sözleşmenin varlığı bilgisinin yeterli görüldüğü yönünde, Grossen, s. 125.

⁵⁰ Carty, s. 45.

sorumluluk türünü kabul eden ülkelerden biridir⁵¹. Amerikan Hukuk Enstitüsü⁵²,nün yayınladığı kurallara göre imtiyazı olmadığı hâlde bir başkasını ikna ederek ya da başka bir şekilde, sözleşmenin ifa edilmemesine veya bir başkası ile sözleşme yapılmasına sebep olan kişi bu yolla verdiği zararlardan sorumludur⁵³. Restatement of the Law of Torts, § 766'nın yorumuna göre bir kimsenin, başkasının mal ve müşteri yararını kendisinininkine tercih etmek zorunda olduğunu gösteren genel bir kural yoktur; ancak bununla ilgili bir sözleşme olmasa bile, şayet bir imtiyaz söz konusu değilse, başkasının üçüncü kişilerle yaptığı ticaret sonucunda umduğu makul yararlar müdahale etmeme konusunda genel bir kural vardır⁵⁴. Bu yorum Amerikan Hukuku'nda sözleşmeye müdahale dolayısıyla sorumluluğun kesin bir şekilde kabul edildiğini ifade etmektedir.

Amerikan Hukuku'nda bir müdahale davasının olumlu sonuçlanabilmesi için davacı şunları ispat etmelidir: Geçerli bir sözleşmeye ya da olası bir ekonomik fırsata müdahale, bu sözleşme veya ekonomik fırsatın davalı tarafından bilinmesi, haksız olan kasıtlı hareket ve maddi bir zarar⁵⁵. Sorumluluk kapsamında geçerli bir sözleşme ya da sözleşme görüşmeleri korunmaktadır. Ancak sözleşme iptal edilebilir olmamalı ya da istenilen zamanda ve sebep göstermeksizin feshedilebilir bir sözleşme ise henüz

⁵¹ Sayre, s. 671; Eulau, Comparasion, s. 47; Baez III, s. 100; Grossen, s. 125; hemen hemen oybirliği ile tüm eyaletlerde sorumluluğun kabul edildiği yönünde, Simmons/Kabacoff, s. 714.

⁵² Amerikan Hukuk Enstitüsü (American Law Institute) 23 Şubat 1923'te kurulmuştur. Organizasyonun toplantılarına Birleşik Devletler Başyargıcı, Yüksek Mahkeme temsilcileri, Amerika Birleşik Devletleri Devre Temyiz Mahkemeleri, Amerikan Hukuk Okulları Birliği ile Barolar Birliği temsilcileri gibi hukuk alanına katkısı olan farklı kesimlerden temsilciler katılmaktadır. Enstitünün resmi ve seçilmiş temsilcileri bulunmaktadır. Enstitünün amacı ekonomik gelişmelerle birlikte artan çok sayıdaki içtihadı birlikte yorumlamak ve uygulamada belirsiz kalan konuların netlik kazanmasına yardımcı olmaktır, American Law Institute, s. x.

⁵³ "Except as stated in Section 698, one who, without a privilege to do so, induces or otherwise purposely causes a third person not to

a) Perform a contract with another, or

b) Enter into or continue a business relation with another

Is liable to the other for the harm caused thereby", Restatement of the Law of Torts, § 766.

⁵⁴ Amerikan Law Institute, s. 50.

⁵⁵ Eulau, Comparasion, s. 47 vd.; Baez III, s. 100; Burnham, William: Introduction to the Law and Legal System of the United States, 6. Edition, St. Paul 2016, s. 517; American Law Institute, s. 53 vd.; Simmons/Kabacoff, s. 714, yazarlar son zamanlarda Louisiana Mahkemeleri'nin hukuka aykırı bir araçla müdahale şartı araması dolayısıyla uygulamanın daraldığını söyleyerek kararları eleştirmektedir, s. 726.

feshedilmemiş olmalıdır⁵⁶. Davalının sözleşmenin varlığını bilmesi ya da bilmesinin gerekmesi de aranan bir başka şarttır; fakat bütün hükümleri ile sözleşmeyi tam olarak bilmesi gerekmez⁵⁷. İhlalin bu fiil sonucunda kesinlikle oluşacağı biliniyorsa müdahalenin kasıtlı olduğu kabul edilmektedir⁵⁸. Genel olarak maddi ve izleyen zararlar tazmin edilmekte, cezalandırıcı tazminatlara⁵⁹ da hükmedilebilmekte, manevî zarar ve itibar kaybından doğan zararlar ise makul görüldüğü takdirde karşılanmaktadır⁶⁰. Davalının hareketi gerçekleştirmesinde haklı bir nedeni varsa, bu durum sorumluluk gerektirmez. Haklı nedeni olmama, ilk davalarda kötünîyet olarak yorumlanırken⁶¹, güncel davalarda bu anlayış terk edilerek haksızlık ya da uygunsuzluk şeklinde kabul edilmiştir⁶². Yeni yaklaşımlarda eskilerinin aksine haksız ya da uygunsuz hareketi davacının ispat etmesi gerektiği belirtilmektedir⁶³.

C. FRANSIZ HUKUKU

Sözleşmeye müdahale dolayısıyla sorumluluğun Fransa’da ortaya çıkışı, diğer Common Law ülkeleri ile ilişkilendirilmez. 1350’de yayınlanan Ordonnance, bir başkasının işçisinin ayarılmasını yasaklamıştır⁶⁴. Devam eden yıllarda da işçi kavramı

⁵⁶ American Law Institute, s. 56; Schopf, s. 100; doktrinin ilk uygulamalarında isteğe bağlı feshedilebilir bir sözleşmenin varlığı hâlinde müdahale davası reddedilmesi ileri sürülmekteydi, Eulau, Comparasion, s. 48; sözleşme ilişkisinin belirsiz, şekil eksikliği ya da zamanaşımı sebebiyle hükümsüz olduğu durumlarda bile sorumluluğa hükmeden kararların olduğu yönünde, Grossen, s. 126.

⁵⁷ Baez III, s. 101; Eulau, Comparasion, s. 50; bazı yazarlarca ihmalin dahi yeterli görüldüğüne dair, Grossen, s. 126.

⁵⁸ American Law Institute, s. 56; Baez III, s. 101.

⁵⁹ Cezalandırıcı tazminatlara davalının genelde pervasız, kasıtlı ve ahlaksız hareket ederek zarara neden olduğu durumlarda hükmedilir. Amaç davalıyı o davranışı yaptığı için cezalandırmak ve bir daha yapmasından caydırmaktır. Telafi edici zarar yokluğunda bile cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesine rağmen, genelde bu zarara ek olarak karar verilir, Burnham, s. 528.

⁶⁰ Baez III, s. 101; tazminat miktarının zararlar sınırlı olmadığı Tennessee eyaletinin iki kat tazminata hükmettiği yönünde, Eulau, Comparasion, s. 48.

⁶¹ Baez III, s. 101.

⁶² American Law Institute, s. 62; Baez III, s. 101; Burnham, s. 517; iyi ya da kötünîyetin müdahale edenin bu fiili konusunda bir imtiyaza sahip olup olmadığının saptanması konusunda önemli olabileceği yönünde, Eulau, Comparasion, s. 50.

⁶³ Baez III, s. 101.

⁶⁴ Palmer, Vernon V.: “A Comparative Study (from a Common Law Perspective) of the French Action for Wrongful Interference with Contract”, The American Journal of Comparative Law, Vol. 40, No. 2, Spring 1992, pp. 297-342, s. 314; Tüysüzöğlü, s. 35.

geniş yorumlanmış ve iş sözleşmesi dışında her türlü sözleşmeye müdahaleyi kapsayacak şekilde olumlu kararlar verilmiştir⁶⁵.

Fransız Hukuku'nda, başkasının sözleşme ilişkisine müdahale eden üçüncü kişinin sorumluluğu, müdahale hareketi haksız fiil hükümleri çerçevesinde yorumlanarak kabul edilmektedir⁶⁶. 15 Mart 1803'ten beri yürürlükte olan Fransız Medeni Kanunu m. 1240'a göre bir başkasına kusuru ile zarar veren kişi bu zararı tazmin etmekle yükümlüdür⁶⁷. 1241. maddeye göre ise bu zararın ihmal ya da tedbirsizlik sonucu verilmesi önemsizdir. Üçüncü kişilerin kurulmuş sözleşme hükümlerine saygı göstermesi gerektiği hükmünü içeren Fransız Medeni Kanunu m. 1200 de bu haksız fiil hükümlerini sözleşmeye müdahale sorumluluğu açısından desteklemektedir⁶⁸. Böylece üçüncü kişinin sözleşmeye müdahale ederek alacaklıya verdiği zarardan sorumlu olduğu konusunda tereddüt yoktur⁶⁹. Fransız Medeni Kanunu m. 1999'da ifade edilen, sözleşmenin yalnız taraflar için geçerli olacağına dair hüküm, bu sorumluluğa engel olarak görülmez⁷⁰.

Code du Travail isimli Fransa İş Kanunu da sözleşmeye müdahaleyi yaptırıma bağlayan düzenlemelerden biridir. Kanunun L.1237-3 hükmüne göre bir işçi usule aykırı

⁶⁵ Palmer, s. 303.

⁶⁶ Eulau, Comparasion, s. 55; Simmons/Kabacoff, s. 724; van Boom, Willem H./Koziol, Helmut/Wittings, Christian A. (Editors): Tort and Insurance Law Vol. 9, Pure Economic Loss, Austria 2004, s. 17; Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Edited by von Bar Christian/Clive, Eric and Schulte-Nölke, Hans/Beale, Hugh/Herre, Johnny/ Huet, Jérôme/ Storme, Matthias/Swann, Stephen/Varul, Paul/ Veneziano, Anna/Zoll, Fryderyk, 2009, (DCFR), s. 3257.

⁶⁷

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000032021486/#LEGISCTA000032021486 (Erişim Tarihi: 08.09.2021). Söz konusu hüküm 10 Şubat 2016 tarih ve 2016-131 sayılı mevzuat hükmü ile değiştirilmiştir. Değişiklik öncesi hükümlerde haksız fiil dolayısıyla sorumluluk hâli 1382. maddede yer almaktaydı.

⁶⁸ “Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer”, https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000032021488?etatTexte=VIGUEUR&etatTexte=VIGUEUR_DIFF&anchor=LEGISCTA000032021488#LEGISCTA000032021488 (Erişim Tarihi: 09.09.2021).

⁶⁹

Grossen, s. 128, 129.

⁷⁰

Fransız Hukuku için böyle bir durum borçlar hukuku meselesi değil, üçüncü kişinin sorumluluğunu ilgilendiren kusur meselesidir; bu yüzden (sorumluluğun kabul edilmesinden) sözleşmenin şahsiliği (nispilik ilkesi) etkilenmez, Simmons/Kabacoff, s. 724, 725. Aynı yönde pek çok görüş için bkz. Grossen, s. 129.

olarak sözleşmesini fesheder ve bunun ardından yeni bir sözleşme yaparsa, sözleşmenin feshedilmesine yeni işveren karıştığı, eski sözleşmenin varlığını bilerek işçiyi işe aldığı ya da var olan sözleşmeyi sonradan öğrense de işçiyi çalıştırmaya devam ettiği takdirde zarardan işçi ile beraber müteselsilen sorumlu olmaktadır⁷¹.

Mahkemeler müdahale dolayısıyla sorumluluğa hükmetmek için bir müdahale fiilinin varlığını, davalının taraflar arasındaki sözleşmeyi bilmesi şeklinde somutlaşmış kusurunu ve durumun davacı için bir zarara neden olmasını aramaktadır⁷². Üçüncü kişinin sözleşme hakkındaki bilgisinin, sözleşmenin farkına varması şeklindeki az bir bilgiyi kapsaması yeterlidir⁷³. Çifte satışın olduğu hâllerde ise hileli işlemlerin varlığı aranmakta, bu şartın varlığı durumunda ikinci satış işlemleri tamamlanarak mülkiyet şeklen geçmiş olsa bile, ikinci alıcı korunmamaktadır⁷⁴.

D. ALMAN HUKUKU

Alman Hukuku'nda Common Law ülkelerinde olduğu gibi sözleşmeye müdahaleyi doğrudan yasaklayan genel bir hüküm bulunmamaktadır. Hukuk sistemi Common Law ülkelerinde olduğu gibi içtihat hukukuna dayanmaz. Mahkemeler açık hüküm olmayan bir konuda olumlu karar vermek için Amerikan ve Avrupa Hukuku Mahkemeleri'ne nazaran daha ihtiyatlı davranmaktadır⁷⁵. Diğer yandan Common Law hukuk sisteminin aksine Almanya'da bağımsız bir haksız rekabet kanunu bulunmaktadır. Bu sebeple diğer hukuk sistemlerini benimsemiş Avrupa Ülkeleri ve Amerika ile karşılaştırıldığında, olumlu sonuçlanan sözleşmeye müdahale davalarının daha az olduğu söylenebilir.

⁷¹ DCFR, s. 3258; Avusturya ve İsviçre Hukuk Sistemlerindeki aynı yönde kabul için bkz. Koziol, s. 127.

⁷² Palmer, s. 321; Eulau, Comparasion, s. 55; DCFR, s. 3258; haksız rekabet sorumluluğu için de aynı şartlar arandığına dair, Tüysüzoğlu, s. 36, 37. Fransız Hukuku'nun haksız fiil konusunda geniş yoruma imkân veren bir yaklaşımı olduğu yönünde, Vito, Roberto: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002, s. 12.

⁷³ Simmons/Kabacoff, s. 726; Eulau, Comparasion, s. 55.

⁷⁴ Eulau, Comparasion, s. 55.

⁷⁵ Hâkimlerin bu şekilde sınırlı bir alanda karar vermeye yönlendirilmelerine karşılık, hemen hemen aynı haksız fiil hükümlerine sahip olan İsviçre Hukuku'na nazaran, sözleşmeye müdahale alanındaki olumlu içtihatların Alman Hukuku'nda daha fazla olduğu söylenebilir, Sarıkaya, s. 36.

Sözleşmeye müdahale davaları ile ilişkilendirilebilecek genel düzenlemeler Alman Medeni Kanunu (Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)) § 823, § 826 ve Haksız Rekabet Kanunu (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)) § 3 ve 4a'dır. Genel haksız fiil hükmü olan BGB § 823/1'e göre bir başkasının hayatına, beden bütünlüğüne, sağlığına, özgürlüğüne, mülkiyetine ya da diğer hakkına kasten ya da ihmalî bir şekilde hukuka aykırı olarak zarar veren kişi, bu zararı tazmin etmekle yükümlüdür⁷⁶. Hükmün ikinci fıkrasına göre ise aynı yükümlülük, başka kanun tarafından korunan bir hakkın varlığı hâlinde de geçerlidir; kusur olmadan sorumluluğun doğduğu hâllerde, tazminat sorumluluğu yalnızca kusurun olduğu durumlarda mümkündür⁷⁷. BGB § 823 değerlendirildiğinde, özellikle “diğer haklar” ibaresinin yer alması dolayısıyla hüküm gereğince korunan haklar konusunda bir sınır olmadığı görülmektedir. Ancak doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen görüşe⁷⁸ göre bir hakkın BGB § 823 kapsamında korunabilmesi için fiilin mutlaka, BGB’de yer verilen bir davranış normuna veya diğer kanunlarda yer alan özen yükümlülüğüne aykırı olması, böylece de korunan hakkın bu maddede ya da diğer kanunlarda sayılan mutlak haklardan biri olması gerekir. Nispi bir

⁷⁶ “Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.”, https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_823.html (Erişim Tarihi: 10.09.2021). Maddedeki bu sınırlayıcı sayımla Alman Hukuku’nun haksız fiil konusunda çok dar bir yaklaşım belirlediğine dair, Vito, s. 12.

⁷⁷ Foster, Nigel/Sule, Satish: German Legal System and Laws, Fourth Edition, Oxford 2010, s. 487; “Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.”, https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_823.html (Erişim Tarihi: 10.09.2021).

⁷⁸ Deutsch, Erwin: Allgemeines Haftungsrecht, 2. Auflage, München 1996, s. 41; Fikentscher, Wolfgang: Schuldrecht, 8. Auflage, Berlin 1992, s. 728; Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm: Lehrbuchs des Schuldrechts, 13. Auflage, München 1994, s. 376; Foster/Sule, s. 486; Fuchs Maximilian/Pauker, Werner/Baumgärtner, Alex: Delikts- und Schadenersatzrecht, 9. Auflage, Berlin Hiedelberg 2017, s. 12 vd.; Palandt, Otto (bearbeitet von Bürdermüller, Gerd/Ellenberger, Jürgen/Götz, Isabel/Gürneberg, Christian/Herrler, Sebastian/Sprau Hartwig/Thorn, Karsten/Weidenkaff, Walter/Weidlich, Dietmar/Wicke, Hartmut): Bürgerliches Gesetzbuch Beck’sche Kurz Kommentar, 76. Auflage, München 2017, (Palandt ve diğerleri), s. 1397; Vito, s. 29; Kanun taslağında bu ibarenin diğer mutlak haklara işaret etmek için kullanıldığına dair, Müller, s. 54. Korunan hukukî değerler açısından sadece kanunda sayılan haklara işaret edildiği, görünürde sadece bu hakların koruma kapsamında olduğu, ancak bu sınırlamanın genel olarak değil sadece bireysel ilişkilerde dikkate alınması gerektiğine dair, Rother, Werner: Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, München und Berlin 1965, s. 20.

hak olan alacak hakkı da mutlak bir hak olmadığından, haksız fiilin konusu olması düşünülemez⁷⁹.

Alman Hukuku'nda bir sözleşme ilişkisine müdahale edilerek alacak hakkına zarar verilmesi hâlinde bu zararın tazmini BGB § 826 kapsamına alınmaya çalışılmıştır⁸⁰. Nitekim “Ahlâka Aykırı Kasıtlı Zarar (Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung)” başlığını taşıyan bu maddeye göre, bir başkasına genel ahlâka aykırı olarak ve kasten zarar veren kişi, bu zararı tazmin etmekle yükümlüdür⁸¹. Üçüncü kişilerin sözleşme ilişkisine kasıtlı olarak zarar vermek, bu hüküm kapsamında haksız fiil olarak değerlendirilebilir. Ancak hem genel ahlâka aykırılığın tespiti hem de davalının kastının ispatı konuları güçlük arz edebileceğinden, hükmün sözleşmeye müdahale için uygulama alanı daralmaktadır. Ayrıca böyle bir müdahalenin ahlâka aykırı nitelenerek tazminat talebine uygun olması için zararın, aldatma, ödemek zorunda olunan tazminat borcunun üstlenilmesi veya rakibe ciddi zarar verme kastının ek unsurların gerçekleşmiş olması aranmaktadır⁸².

Sözleşmeye müdahale ile ilgili diğer kanun olan UWG'de ise ticaret hayatında müdahaleci davranışlara ilişkin genel ve özel hükümler yer almaktadır. § 3'te tüketicilere

⁷⁹ Fikentscher, s. 728; Larenz/Canaris, s. 397; DCFR, s. 3259. Subjektif hakların koruma kapsamında olmadığına dair, Deutsch, s. 43. Alacak hakkının BGB § 823 gereğince korunması yönünde dayanılmaz bir ihtiyaç olmadığına dair, Schopf, s. 74. Alacak hakkının diğer haklar kategorisinde BGB § 823/I gereğince korunması gerektiği yönünde, Larenz/Canaris, s. 397, 398; Fuchs/Pauker/Baumgärtner, s. 35. Malvarlığı haklarının fıkra kapsamında korunmadığına dair, Palandt ve diğerleri, s. 1397.

⁸⁰ Müller, s. 65; Fikentscher, s. 736; Foster/Sule, s. 488; Palandt ve diğerleri, s. 1448; Stark, Emil Wilhelm: Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich 1982, s. 61; Schramm, Carl: Der Vertragsbruch-Ausnutzung und Verleiten, GRUR 1961, s. 328-335, s. 331; Groh, Wilhelm: “Sittenwidrige Erfüllungsverletzung”, Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50 jährigen Bestehen des Reichsgerichts (1. Oktober 1929), 3. Band, Berlin und Leipzig 1929, s. 119-142, s. 128 vd.; DCFR, s. 3260; Gauch, Peter/Schleup, Walter R./Schmid, Jörg/Rey, Heinz/Emmegger, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 9. Auflage, Zürich 2008, s. 134; Baumbach, Adolf/Hefermehl, Wolfgang: Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Band I, 11. Auflage, München 1974, s. 676.

⁸¹ “Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.”, https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_826.html, (Erişim Tarihi: 10.09.2021).

⁸² Fikentscher, s. 736; Grossen, s. 130; Çağlayan Aksoy, Pınar: Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, 1. Baskı, İstanbul 2016, s. 458 vd.; sırf intikam duygusuyla, zarar verme amacıyla hareket ya da kullanılan araçların baz alındığı yolunda, Kaneti, Selim: Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, İstanbul 2007, s. 195.

yönelik olan veya onlara ulaşan rakip davranışlar, ticarî özene uygun değilse ya da tüketicilerin davranışlarını önemli ölçüde etkiliyorsa haksız sayılmıştır⁸³. 2004 yılında yürürlüğe giren yeni Haksız Rekabet Kanunu'ndaki "haksızlık" teriminin aksine, 1909 tarihli Kanun'da "ahlâka aykırılık" kavramı kullanılmaktaydı. Yeni Kanun'daki bu değişikliğin, Avrupa Hukuku'ndaki terminoloji birliğini sağlamak için yapıldığı ifade edilmiştir⁸⁴. 1909 tarihli Kanun yürürlükte olduğu dönemde haksız rekabet alanındaki ahlâka aykırılık kavramı BGB § 826'daki ahlaka aykırılık ile aynı çerçevede yorumlanmıştır⁸⁵. Ancak mahkemelerin müdahaleci davranışın tespitindeki uygulamaları farklı olmuştur. 2. Hukuk Dairesi davaları haksız rekabet alanı ile ilişkilendirirken, 6. Hukuk Dairesi davaları ilk davaları BGB § 826 ile temellendirmiş ve tehdit, aldatma, sürekli ve sistematik baskı, sözleşmeyi ihlale ikna ederek daha yüksek fiyat önerme gibi ek bazı koşulların varlığını aramıştır⁸⁶.

UWG § 4a maddesinde ise tüketiciyi veya piyasa katılımcısını almayacağı bir kararı almaya teşvik edebilecek saldırgan eylemlerde bulunan kişilerin ticarî faaliyeti haksız sayılmıştır⁸⁷. Saldırgan eylem ise tüm koşullar dikkate alındığında tüketici veya piyasa katılımcısının davranışını, taciz, fiziksel güç dâhil her türlü zorlama ve haksız etki yoluyla yönlendiren davranış olarak tarif edilmiştir (§ 4a). Kanunun ikinci bölümünde ise haksız ticarî davranışların yaptırımını belirtilmiştir.

⁸³ UWG § 3/2 "*Geschäftliche Handlungen, die sich an Verbraucher richten oder diese erreichen, sind unlauter, wenn sie nicht der unternehmerischen Sorgfalt entsprechen und dazu geeignet sind, das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers wesentlich zu beeinflussen*", https://www.gesetze-im-internet.de/uwg_2004/3.html (Erişim Tarihi: 12.09.2021).

⁸⁴ Bkz. Göksoy, Yaşar Can: "Yeni Alman Haksız Rekabet Kanunu ve Haksız Rekabet Alanında Getirdiği Yenilikler", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 2, Y. 2007, s. 143-174, s. 150.

⁸⁵ Bkz. Göksoy, s. 150.

⁸⁶ Eulau, Comparasion, s. 57.

⁸⁷ UWG § 4a/1 "*Unlauter handelt, wer eine aggressive geschäftliche Handlung vornimmt, die geeignet ist, den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die dieser andernfalls nicht getroffen hätte.*", https://www.gesetze-im-internet.de/uwg_2004/4a.html (Erişim Tarihi: 12.09.2021).

E. İSVİÇRE HUKUKU

İsviçre Hukuku'nda davacı açısından olumlu sonuçlanan sözleşmeye müdahale davalarına nadiren rastlanmaktadır; çünkü İsviçre Mahkemeleri bu konuda oldukça sınırlayıcı davranmaktadır⁸⁸. Bu durumun başlıca sebebi, haksız fiil hükümlerinin koruduğu hakların -Alman Hukuku'nda olduğu gibi- mutlak haklar olmasına dayandırılmaktadır⁸⁹. Gösterilen diğer gerekçe ise İsviçre Borçlar Hukuku'nda nispi ilkesinin hâkim olmasıdır⁹⁰.

İsviçre Hukuku'nda sözleşmeye müdahale davaları ile ilişkilendirilebilecek temel norm, 30 Mart 1911 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Borçlar Kanunu'nun 41. maddesidir. Hükmün birinci fıkrasına göre bir kimseye kasten ya da ihmalen zarar veren kişi, bu zararı tazmin etmekle yükümlüdür⁹¹. Ancak bir sözleşme ilişkisine müdahale ederek bir başkasının alacak hakkına zarar veren kişi, bu hüküm gereğince sorumlu tutulmaz. Çünkü söz konusu hükmün sadece mutlak haklara koruma getirdiği kabul edilmektedir⁹². Aslında Alman Medeni Kanunu'nun aksine, İsviçre Borçlar Kanunu'nda haksız fiil maddesi kapsamında korunması gereken haklar, sınırlayıcı ya da örnekseyici şekilde sayılmış değildir. Dolayısıyla madde lafzı gereği esasında korunabilecek haklar konusunda herhangi bir sınır yoktur. Bu açıdan bakıldığında sübjektif haklar ve bu arada

⁸⁸ Eulau, Comparasion, s. 60; Sarıkaya, s. 36; Gauch/Schleup/Schmid/Rey/Emmegger, s. 150. Bu yönde bazı kararlar için bkz. Schleup, s.266; Merz, Hans: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Erster Teilband, Sechster Band, Basel 1984, s. 57.

⁸⁹ Schleup, s. 266, 267, 271; Brehm, Roland: Das Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlung Art. 41-61 OR, 4. Auflage, Bern 2013, s. 34, 36. Bir koruma normu varlığının aranması gerektiği hakkında, Stark, s. 55; Vito, s. 14. Mutlak hakların ve bir koruma normunun kapsamında olan hakların korunduğuna dair, Honsell, Heinrich/Isenring, Bernhard/Kessler Martin A.: Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Auflage, Zürich 2013, s. 54, 55; Keller, Max/Gabi-Bolliger, Sonja: Haftpflichtrecht, Band II, Basel 1985, s. 36 vd.

⁹⁰ Oser, Hugo/Schönenberger, Wilhelm (Çev.: Recai Seçkin): Borçlar Hukuku İkinci Kısım (Madde: 41-109), Ankara 1950, s. 358; Brehm, s. 37, Stark, s. 56; Gauch/Schleup/Schmid/Rey/Emmegger, s. 150, 151; Koziol, s. 4.

⁹¹ “*Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet*”, (Art. 41 Abs. 1 OR).

⁹² Brehm, s. 34; Müller, s. 13, 23; Oser/Schönenberger, s. 358; Huguenin, Claire (Aktualisiert und teilweise neu bearbeitet von: Maissen Eva/ Meise, Barbara/ Huber-Purtschert, Tina): Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2019, s. 590. İstisnaen nispi hakların korunduğu hakkında, Becker, Hermann: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183, Bern 1941, s. 213.

alacak hakları da haksız fiil maddesi kapsamında korunabilir. Fakat Kanun'un yapılmasında Alman Hukuku göz önünde bulundurulduğu⁹³ için haksız fiil gereğince korunması gereken haklar hem uygulama hem de doktrin tarafından dar yorumlanmakta, mutlak haklara indirgenmektedir.

Sözleşmeye müdahale davalarının dayandırıldığı⁹⁴ diğer bir hüküm ise OR m. 41/II'dir. Buna göre bir başkasına kasten ve ahlâka aykırı bir fiille zarar veren kimse, bu zararı tazmin etmekle yükümlüdür⁹⁵. Ancak söz konusu hüküm gereği de davacı talebinin olumlu sonuçlanması oldukça güç görünmektedir. Zira mahkemeler bazı kararlarında, ya davalının sırf davacıyı zarara uğratma amacı taşıması (intikam duygusu ile hareket etmesi) gerektiğinin ya da hukuka aykırı bir araç ile fiilin yapılmasının ispatını

⁹³ İsviçre Borçlar Kanunu m. 41/II'nin taslak metnini oluşturan aOR 50 hükmünde BGB § 826'ya işaret edildiğine dair, Müller, s. 58. İsviçre Borçlar Kanunu m. 41/I kapsamında mutlak hakların ya da bir koruma normu kapsamında olan hakların korunduğu, bu ikiliğin ise Alman Hukuku'ndan alındığı konusunda, Honsell/Isenring/Kessler, s. 54.

⁹⁴ Schleup, s. 268; Oser/Schönenberger, s. 359; Brehm, s. 165; Stark, 61; Roberto, s. 19; Eulau, Verleitung und Ausnutzung, s. 147; Honsell/Isenring/Kessler, s. 86; Keller/Gabi-Bolliger, s. 49; Gauch/Schleup/Schmid/Rey/Emmegger, s. 151; Merz, Obligation, s. 57, 59; Huguenin, s. 132, 596. "...Der Anspruch des Käufers auf Vertragserfüllung richtet sich gegen den Verkäufer, und zwar selbst dann, wenn der Verkäufer vor Abgabe der Grundbuchanmeldung zugunsten des Käufers das Grundstück vertragswidrig an einen Dritten verkauft hat und der Dritte gestützt auf diesen Kaufvertrag als Eigentümer im Grundbuch eingetragen worden ist. In diesem Fall geht die Klage des Erstkäufers gegen den Verkäufer auf Leistung von Schadenersatz... Nach der Rechtsprechung wird der Dritte ausnahmsweise dann haftbar, wenn er die vertragliche Bindung der Parteien in einer Art und Weise verletzt, die gegen die guten Sitten im Sinn von Art. 41 Abs. 2 OR verstösst (z.B. durch Verleitung zum Vertragsbruch oder durch Ausbeutung einer Vertragsverletzung). Unter dieser Voraussetzung kann dem Erstkäufer ein Anspruch auf Eigentumsverschaffung gegen den Dritten als Zweitkäufer eingeräumt werden...", BGE 137 III 293, https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?lang=de&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&from_year=1954&to_year=2021&sort=relevance&insertion_date=&from_date_push=&top_subcollection_clir=bge&query_words=Verleitung+zum+Vertragsbruch&part=all&de_fr=&de_it=&fr_de=&fr_it=&it_de=&it_fr=&orig=&translation=&rank=4&highlight_docid=atf%3A%2F%2F137-III-293%3Ade&number_of_ranks=5360&aazacir=clir (Erişim Tarihi: 14.09.2021).

⁹⁵ "Ebenso ist zum Ersatze verpflichtet, wer einem andern in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise absichtlich Schaden zufügt.", Art. 41, Abs. 2 OR. 41. maddenin 1. fıkrasına göre hukuka aykırı olmadığı için tazminat gerekmemesine rağmen, adalet duygusunu inciten, örneğin sözleşmeyi ihlale teşvik gibi bir durumda hükmün ikinci fıkrasını uygulamak gerektiğine dair, BGE 108 II 305, https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?lang=de&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&from_year=1954&to_year=2021&sort=relevance&insertion_date=&from_date_push=&top_subcollection_clir=bge&query_words=%22verleitung+zum+vertragsbruch%22&part=all&de_fr=&de_it=&fr_de=&fr_it=&it_de=&it_fr=&orig=&translation=&rank=6&highlight_docid=atf%3A%2F%2F108-II-305%3Ade&number_of_ranks=6&aazacir=clir (Erişim Tarihi: 15.09.2021).

aramışlardır⁹⁶. Diğer yandan ahlâka aykırılığın hem mahkeme tarafından tespiti hem de davacı tarafından ispatı da belirsiz kalmaktadır⁹⁷.

İsviçre Hukuku'nda sözleşmeye müdahalenin yaptırıma bağlandığı alanlardan birini de haksız rekabet hukuku oluşturmaktadır. 19 Aralık 1986'da yürürlüğe giren İsviçre Haksız Rekabet Kanunu (Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb) m. 4 “Sözleşmeyi İhlale ya da Feshetmeye Teşvik” (Verleitung zu Vertragsverletzung oder -auslösung) başlığını taşımakta, bu maddede sayılan durumların “insbesondere” (özellikle) lafzı gereğince örnekseyici biçimde sayıldığı anlaşılmaktadır. Hükmün a bendine göre müşterileri kendisiyle sözleşme akdetmeleri için kurdukları sözleşmeyi ihlale⁹⁸, c bendine göre çalışanları, acenteleri veya diğer yardımcı kişileri, işverenlerinin veya müşterilerinin üretim veya ticari sırlarına ihanet etmeye veya casusluk yapmaya ve d bendine göre de tüketici kredisi sözleşmesi akdetmiş olan bir tüketicinin kendisi ile böyle bir sözleşme akdetmesi için sözleşmeyi feshetmesine teşvik eden kişinin fiili haksız sayılmıştır⁹⁹. Kaldırılan b bendi yerine ise 4a maddesi getirilmiş, maddenin a bendine

⁹⁶ “...Besondere Umstände, welche die Ausnützung eines fremden Vertragsbruches als unlauter erscheinen lassen, können sich nach der Rechtsprechung insbesondere aus der Art und dem Zweck des Vorgehens ergeben, was z.B. bei Schädigungsabsicht aus blosser Rachsucht oder arglistiger Täuschung des Lieferanten anzunehmen ist...”, BGE 114 II 91, https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?lang=de&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&from_year=1954&to_year=2021&sort=relevance&insertion_date=&from_date_push=&top_subcollection_clir=bge&query_words=Verleitung+zum+Vertragsbruch&part=all&de_fr=&de_it=&fr_de=&fr_it=&it_de=&it_fr=&orig=&translation=&rank=1&highlight_docid=atf%3A%2F%2F114-II-91%3Ade&number_of_ranks=5360&azaclir=clir (Erişim Tarihi: 14.09.2021). Ayrıca bkz. Yung, Walter: “Principes fondamentaux et problèmes actuels de la responsabilité civile en droit suisse” (Grundprinzipien und aktuelle Fragen des schweizerischen Haftpflichtrecht), Colloque franco-germano-suisse sur les fondements et les fonctions de la responsabilité civile (Deutsch-französisch-schweizerisches Colloquium über die Grundlagen und Funktionen des Haftpflichtrechts, (Herausgegeben von Frédéric-Edouard Klein), Basel und Stuttgart 1973, s. 93-149, s. 122; Becker, s. 222; özel ve ağırlaştırıcı şartlar arandığı hakkında, Mercier, Charles-Philippe: Faut-il admettre l’existence du jus ad rem en droit civil suisse?, Dissertation, Laussane, 1929, s. 149.

⁹⁷ Müller, s. 58, 59; hüküm, uygulanması zor ve içi boş olduğu gerekçeleriyle uzun zaman eleştiriye maruz kalmıştır, Barlas, Müdahale, s. 419, 420. Ancak 2020 İsviçre Borçlar Kanunu Taslağı'nda artık bu hükmün karşılığının olmadığı görülmektedir.

⁹⁸ Buradaki müşteri ifadesinin sadece tüketicileri değil, ekonomik rekabetin tüm katılımcılarını da kapsayacak şekilde geniş anlaşılması gerektiğine dair, Troller, Kamen: Grundzüge des schweizerischen Immaterialgüterrecht, 2. Überarbeitet Auflage, Basel-Genf-München 2005, s. 362.

⁹⁹ “Unlauter handelt insbesondere, wer:

a. Abnehmer zum Vertragsbruch verleitet, um selber mit ihnen einen Vertrag abschliessen zu können;
b. (Aufgehoben) ...

göre bir kimsenin kendisi ya da başkası lehine olarak, yükümlülüğüne aykırı davranması için bir çalışana, ortağa, acenteye veya diğer yardımcı kişiye menfaat temin edilmesi ya da vaat etmesi haksız rekabet olarak nitelenmiştir¹⁰⁰. Kanunun 9. maddesinde ise hâkimin haksız rekabet davasında alabileceği kararlar belirtilmiştir.

İsviçre Hukuku'nda sözleşmeye müdahale davaları ile ilgili sınırlı yaklaşımın ticaret hukukuna da yansıdığı söylenebilir. Bununla beraber ilgili konudaki davaların genellikle haksız rekabet hukuku ile ilişkilendirildiği görülür¹⁰¹.

F. TÜRK HUKUKU

Sözleşmeye müdahale fiillerinin haksız fiil olarak değerlendirilmesi konusunda, mehzaz hukuk olan İsviçre Hukuku ile aynı yaklaşım benimsenmektedir. Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 41/I'e göre "*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür*". Bir hakkın bu hüküm kapsamında korunabilmesi için ya mutlak bir hak olması ya da diğer koruma normları aracılığıyla korunan hukukî bir değer olması gerekir¹⁰². Dolayısıyla alacak hakları m. 49/I hükmü kapsamında korunabilecek haklardan değildir¹⁰³. Bununla beraber TBK m. 49/II'deki ahlâka aykırılık

c. Arbeitnehmer, Beauftragte oder andere Hilfspersonen zum Verrat oder zur Auskundschaftung von fabrikations- oder Geschäftsgeheimnissen ihres Arbeitgebers oder Auftraggebers verleitet;
d. einen Konsumenten, der einen Konsumkreditvertrag abgeschlossen hat, veranlasst, den Vertrag zu widerrufen, um selber mit ihm einen solchen Vertrag abzuschliessen.",
https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/223_223_223/de (Erişim Tarihi: 15.09.2021).

¹⁰⁰ "Unlauter handelt, wer:

a. einem Arbeitnehmer, einem Gesellschafter, einem Beauftragten oder einer anderen Hilfsperson eines Dritten im privaten Sektor im Zusammenhang mit dessen dienstlicher oder geschäftlicher Tätigkeit für eine pflichtwidrige oder eine im Ermessen stehende Handlung oder Unterlassung zu dessen Gunsten oder zu Gunsten eines Dritten einen nicht gebührenden Vorteil anbietet, verspricht oder gewährt...", https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/223_223_223/de (Erişim Tarihi: 15.09.2021).

¹⁰¹ BGE 124 III 321, BGE 133 III 431, BGE 86 II 108, https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?lang=de&type=simple_query&query_words=%22verleitung+zum+vertragsbruch%22&lang=de&top_subcollection_clir=bge&from_year=1954&to_year=2021&x=37&y=12 (Erişim Tarihi: 15.09.2021).

¹⁰² von Tuhr, s. 363; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 18 vd.; Kılıçoğlu, s. 367; Eren, F., Borçlar Genel, s. 673 vd.; Antalya, Cilt: V/1,2, s. 93; Tandoğan, Halûk: Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdî Mes'uliyet), Ankara 1961, (Tandoğan, Mes'uliyet), s. 19; Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 5. Bası, İstanbul 2021, s. 122; Akıncı, Borçlar, s. 214; başkasına zarar verme yasağını çiğnemiş olma şeklindeki ifade ile aynı yönde, Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 640.

¹⁰³ Eren, F., Borçlar Genel, s. 680; Barlas, Müdahale, s. 417, 418; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 21, 22; von Tuhr, s. 364; Kaneti, s. 197, 198; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 20, 21. İhlâl edilen hakkın sübjektif bir hak

ve kasıtlı zarar şartları sağlandığı takdirde sözleşmeye müdahale durumlarının bu hükme göre haksız fiil sayılabileceği belirtilmektedir¹⁰⁴. Böylece Türk Borçlar Hukuku'nda sözleşmeye müdahaleden doğan sorumluluk çok dar bir alanda ve sıkı şartlar altında kabul edilmektedir¹⁰⁵.

Müdahale fiilleri ile ilgili olan diğer bir hüküm TBK m. 57'dir. Hükme göre gerçek olmayan haberler ya da ilanlar veya dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlar sonucu müşterisi azalan ya da azalma tehlikesi ile karşılaşan kişi, bu davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı hâlinde zararının tazminini isteyebilir. İkinci fıkrada ise ticarî işler için haksız rekabet hükümleri saklı tutulmuştur. Hükümün uygulamasına aslında hemen hemen hiç rastlanmadığını söylemek mümkündür. Doktrinde¹⁰⁶ TBK m. 57, haksız rekabet hükmünün genel bir kanun içinde yer alması ve Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 56, 57'nin zaten âdi ve ticarî bütün işlemlere uygulanıyor olmasından dolayı eleştirilmektedir. Gerçekten de hükmün uygulama alanı düşünüldüğünde, TBK m. 57'ye gerek yoktur¹⁰⁷.

da olabileceğine dair, Olgaç, Senai: Kazaî ve İlmî İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu ve İlgili Hususî Kanunlar, Cilt-I, İstanbul 1966, s. 265.

¹⁰⁴ Sungurbey, İsmet: Mirasbırakanın Danışıklı İşlemleri, Dürüstlük Kurallarının Uygulama Alanı, Çifte Satış Sözleşmeleri, Ord. Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu'na Armağan, İstanbul 1992, (Sungurbey, Dürüstlük-Çifte Satış), s. 51; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 28; Kılıçoğlu, s. 370; Eren, F., Borçlar Genel, s. 687; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 21, 70; Antalya, Cilt: V/1,2, s. 97; von Tuhr, s. 369; Kapancı, Kadir Berk: Ahlakı Aykırı Bir Fiille Başkasına Verilen Zararların Tazmini (TBK 49 II), İstanbul 2016, s. 86 vd.; Hatemi/Serozan, s. 124; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 371; sözleşmeyi ihlale kışkırtmanın ticarî ahlaka aykırı olduğu yönünde, Öztek, Selçuk: "Haksız Rekabete İlişkin Yeni İsviçre Düzenlemesinin Öngördüğü Bazı Haksız Rekabet Halleri", Prof. Dr. Jale Akipek'e Armağan, Konya 1991, s. 417-429, s. 428; Olgaç, s. 272.

¹⁰⁵ Ancak alacaklıya zarar verme niyeti olduğu takdirde tazminata hükmedilebileceğine dair, Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 70, dn. 173; Paksoy, s. 315 vd.; zarar niyeti ispatının zor olması nedeniyle hükmün uygulama alanının daraldığına dair, Sanlı, Kerem Cem: "Borca Aykırı Davranış Ekonomik Açıdan Etkin Olabilir mi? Türk Hukuku Açısından Bir Değerlendirme", BATİDER, C. XXX, S. 3, Y. 2004, s. 95-173, (Sanlı, Borca Aykırı Davranış), s. 157.

¹⁰⁶ Karayalçın, Yaşar: Ticaret Hukuku I. Giriş-Ticarî İşletme, 3. Baskı, Ankara 1968, s. 452; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 309 vd.; Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 19. Bası, Ankara 2022, s. 366, 367; Bozer, Ali/Göle, Celal: Ticari İşletme Hukuku, 7. Bası, Ankara 2021, s. 225, 226; Şener, Oruç Hami: Ticari İşletme Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2020, s. 589. Mevaz Hukuk'ta Haksız Rekabet Kanunu'nun ticarî olsun ya da olmasın tüm ilişkilere uygulandığı için OR m. 48'in kaldırıldığı, aynı yöntemin hukukumuzda da benimsenmesi gerektiği ve TBK m. 57'nin kaldırılması gerektiği yönünde, Arkan, Sabih: Ticarî İşletme Hukuku, 28. Bası, Ankara 2022, s. 349, 350; 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde m. 48'in kaldırılması gerektiği düşüncesiyle aynı yönde, Ayhan, Rıza: Haksız Rekabet Münasebetiyle Elde Edilen Menfaatlerin İadesi, Konya 1990, s. 12; İmregün, Oğuz: Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak), 13. Bası, İstanbul 2005, s. 79; Domaniç, Hayri: Türk Ticaret Kanunu Şerhi Cilt: I, İstanbul 1988, s. 203.

¹⁰⁷ Hükmün İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki karşılığını oluşturan 48. madde de gereksiz görülerek 1943 sayılı Haksız Rekabet Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Ancak haksız rekabet hükümleri olmasa bile TBK m. 57 yine de gereksizdir. Çünkü genel haksız fiil hükmü olan TBK m. 49, zaten TBK m. 57 ile TTK m. 56, 57’de sayılan fiilleri haksız fiil olarak kapsamaktadır¹⁰⁸.

Türk Hukuku’nda sözleşmeye müdahale hâllerini doğrudan yaptırıma bağlayan hüküm ise rekabet hukukunda yer almaktadır. TTK m. 54/II hükmünde “*Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır*” şeklinde haksız rekabet teşkil eden davranışların genel tanımı verildikten sonra, TTK m. 55’te bu davranışlar örnekseyici¹⁰⁹ bir biçimde sayılmıştır. Hükümün birinci fıkrasının b bendine göre bir başkasının müşterisini kendisi ile sözleşme yapması için daha önce kurmuş olduğu sözleşmeye aykırı davranmaya, üçüncü kişilerin işçilerine, vekillerine ya da diğer yardımcı kişilerine bir yarar sağlayarak ya da sağlamayı vaat ederek yükümlülüklerine aykırı davranmaya, aynı kimseleri üretim ve iş sırlarını ifşa etmeye ve taksitle satış ya da peşin satış sözleşmesindeki alıcı veya tüketici kredisi alanı sözleşmeden cayması veya sözleşmeyi feshetmesine yöneltmek haksız rekabettir.

Ticaret Hukuku’ndaki haksız rekabet fiillerinin temelini esasında Borçlar Hukuku’ndaki haksız fiil normları olduğu belirtilmektedir¹¹⁰. Ancak sözleşmeye müdahale fiillerinin haksız fiil sayılması konusunda uygulama oldukça sınırlayıcı

¹⁰⁸ 6502 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 55/1-b hükmü gerekçesinde sözleşmeyi ihlâl veya sona erdirmeye yöneltme ile ilgili olarak şu ifadeler yer verilmiştir: “*Sözleşme yönünden üçüncü kişinin sözleşmenin tarafını, yani müşteriye kendisiyle sözleşme yapsın diye sözleşmeyi ihlâl veya sona erdirmeye yöneltmesi haksız rekabettir. Bu eylem zaten Borçlar Kanunu’nun 41 inci maddesinin ikinci fıkrası kapsamında haksız fiildir; (1) numaralı alt bent bunun haksız rekabetteki görünümünü düzenleyen bir lex specialis’dir.*”.

¹⁰⁹ Ayhan, Rıza/Çağlar, Hayrettin/Özdamar, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 15. Bası, Ankara 2022, s. 397, 402; Poroy/Yasaman, s. 378; Şener, s. 593; Bozer/Göle, s. 238.

¹¹⁰ Baumbach/Hefermehl, s. 671; Hırş, Ernst: Ticaret Hukuku Dersleri, 3. Bası, İstanbul 1948, s. 165; Domaniç, s. 199; Karayalçın, s. 443; Örs, Halil Fahri: Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet, Doktora Tezi, Ankara 1958, s. 19; haksız rekabetin haksız fiilin özel bir türü olduğu yönünde, Ayhan, s. 18; serbest rekabeti kötüye kullanmanın haksız bir fiil olduğu, TTK’daki boşlukların BK m. 41 (TBK m. 49) ile doldurulacağı yönünde, Arslanlı, Halil: Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumî Hükümler, 3. Bası, İstanbul 1960, s. 227; TTK m. 55/1-b’de düzenlenen sözleşmeye müdahalenin haksız fiildeki görünümünün TBK m. 49/II hükmü olduğu yönünde, Bozer/Göle, s. 252.

davranırken¹¹¹, haksız rekabet alanında haksız fiil teşkil eden fiilin tespiti konusunda geniş yorum yapılmaktadır. Örneğin bir fiilin haksız rekabete yol açan fiil sayılması için fiilin mutlaka bir tâcir tarafından yapılması ya da ticarî bir işi ilgilendirmesi gerekmez¹¹². Çünkü bozulmamış rekabet sadece tâcirleri değil, tüketicileri ve diğer katılanları da ilgilendiren bir hukukî yarardır¹¹³. Bunun gibi bir fiilin haksız rekabet olarak nitelenebilmesi için bu fiilin kusurla işlenmesi ya da zarara neden olması da gerekmez¹¹⁴. İhlale yöneltme fiilinden sorumlu tutulmak için de yöneltilenin gerçekten sözleşmeyi ihlal etmiş olmasının aranmaması gerekir.

Sözleşmeye müdahale fiilleri ile ilgili diğer doğrudan düzenleme de 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer almaktadır. “Yeni İşverenin Sorumluluğu” başlığını taşıyan 23. maddeye göre, süresi belirli olan ya da olmayan bir iş sözleşmesi ile çalışmakta olan işçi, süresi dolmadan ya da bildirim sürelerine uymaksızın başka bir işveren ile çalışmaya başlarsa ve bu duruma yeni işveren sebep olmuşsa veya sebep olmasa da yeni işveren bu durumu bilerek işçiyi işe almışsa ya da işe girdikten sonra öğrenmesine rağmen yeni işveren hâlâ onu çalıştırmaya devam ediyorsa, sözleşmenin feshinden işçi ile birlikte yeni işveren de sorumlu olur. Hükmün a bendi doğrudan sözleşmeye müdahale hâlini ilgilendirirken, diğer durumlar ihlâl edilen sözleşmeden yeni işverenin yararlanıyor olmasını düzenler. Yeni işverenin sorumluluğunun, eski işverenin feshe hazırlıksız yakalanmasını ve böylece zarar etmesini önlemek¹¹⁵, zarar ettiği durumda bunun tazminini

¹¹¹ Aynı fiil söz konusu olmasına rağmen TBK m. 49/II'de TTK m. 55/1-b'ye göre daha ağır şartlar arandığı yönünde, Poroy/Yasaman, s. 426.

¹¹² Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kaya, Arslan/Nomer Ertan, N. Fusun: Ticari İşletme Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2022, s. 344; Bozer/Göle, s. 225; Domaniç, s. 203; tarafların rakip olma zorunluluğunun olmadığı ifadesi ile aynı yönde, Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 398; Şenocak, s. 208, 209; İmregün, s. 79; Şener, s. 592. Aksi yönde, Hirş, s. 167.

¹¹³ Karayalçın, s. 448, 449; Örs, s. 14; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 344; Şener, s. 589; Bozer/Göle, s. 225; Çelik, Aytekin: Ticaret Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2022, s. 64; Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 398; Arkan, s. 352; Poroy/Yasaman, s. 371; Şenocak, s. 210; Ayhan, s. 12 vd.

¹¹⁴ Karayalçın, s. 453; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 350, 351; Çelik, s. 64; Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 400; Arkan, s. 353; Şener, s. 620, 638; Domaniç, s. 201.

¹¹⁵ Paksoy, s. 247.

kolaylaştırmak¹¹⁶ ve bu tür davranışlarda bulunmasını engellemek¹¹⁷ amaçlarıyla ihdas edildiği belirtilmektedir. 1475 sayılı İş Kanunu m. 15'in aksine yeni işverenin sorumluluğu için eski işverenin zarara uğramış olması aranmamıştır¹¹⁸. Kanunda sadece belirli ya da belirsiz süreli sözleşmeler ifade edildiği için süreksiz sözleşmelere müdahalede TBK'nın uygulanacağı ve burada da zarar verme kastının aranacağı belirtilmektedir¹¹⁹. Yeni işverenin sorumluluk kaynağının haksız fiil olduğu da ifade edilir¹²⁰.

§ 4. SORUMLULUK ALEYHİNDE VE LEHİNDE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER

Sözleşmeye müdahaleden doğan bir sorumluluğa gerek olup olmadığı konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerin gerekçeleri sadece borçlar hukuku ilkelerine değil, farklı alanlara da dayandırılmaktadır.

A. SORUMLULUK ALEYHİNDE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER

1. Nispilik İlkesini İhlâl Ettiği Görüşü

Sözleşmeye müdahale eden sorumlulu tutma fikrine karşı ileri sürülen en temel eleştiri, borç ilişkileri hakkında nispilik ilkesinin geçerli olduğudur. Bilindiği üzere nispilik ilkesine göre sözleşmeler yalnız taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurur; böylece borçlara riayet edilmesi yalnız sözleşen taraflardan beklenebilir, üçüncü kişilerden bu borçların ifası talep edilemez ve sözleşmeden doğan haklar kural olarak

¹¹⁶ Oğuzman, M. Kemal: Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına göre Hizmet “İş” Akdinin Feshi, Doktora Tezi, İstanbul 1955, s. 280; Saymen, Ferit H.: Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, (Saymen, İş), s. 466, 467.

¹¹⁷ Oğuzman, s. 280; Uşan, s. 289; hakkın kötüye kullanılmasını önleme, başkasına zarar vermeme, dürüstlük kuralı gibi genel davranış kurallarına aykırı davranılmasını engelleme amacının olduğuna dair, Tüysüzoğlu, s. 7.

¹¹⁸ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 624, 625; Gökteş, Seracettin: Türk İş Hukukunda Haksız Fesih, Ankara 2020, s. 323, dn. 308; Oğuzman, s. 279; Uşan, s. 289; Tüysüzoğlu, s. 25.

¹¹⁹ Gökteş, s. 323.

¹²⁰ Uşan, s. 292, 315; Gökteş, s. 328; Çenberci, s. 386; haksız fiilden değil kanundan doğan bir sorumluluk olduğu yönünde, Oğuzman, s. 292, dn. 200.

üçüncü kişilere karşı kullanılamaz¹²¹. Dolayısıyla sözleşmeden doğan bir borcun ifa edilmemesi için üçüncü kişi kasıtlı olarak borçlu iradesi üzerinde bir etkide bulunsa bile, onu bu durumdan sorumlu tutmak mümkün değildir.

İlkenin kabul edilmesi ile üçüncü kişilerin iradesi hilafına borç oluşturulmamasının amaçlandığı belirtilmektedir. Sorumluluğun kabul edilmemesi gerektiğini ileri süren görüşe göre böyle bir sorumluluk kabul edilirse, nispilik ilkesi zedelenir¹²². Bu durum da borçlar hukuku ve ekonomik hayat açısından istenmeyen bir durum teşkil eder.

Sözleşmeye müdahaleden doğan sorumluluğa nispilik ilkesini gerekçe göstererek karşı çıkmak kendi içinde tutarsızlıklara neden olur¹²³. Türk Borçlar Hukuku'nda üçüncü sözleşmeye müdahaleden sorumluluğuna dayanak gösterilen temel norm haksız fiil normlarıdır, sözleşmesel borç değildir¹²⁴. Hâlbuki nispilik ilkesi sözleşmesel ilişki ile ilgilidir. Sözleşmeye müdahale ederek haksız davrandığı iddia edilen kişinin bir sözleşmeyi ihlâl ettiği ileri sürülmemektedir. Zaten bu, sözleşme ilişkisinin yapısı gereği de mümkün değildir. Burada üçüncü kişinin bilerek ve isteyerek bir başkasının hakkına zarar vermesi bahis konusudur. Diğer yandan nispilik ilkesi ancak, kurulan bir sözleşme ilişkisinde üçüncü kişiden borcun ifasının beklendiği takdirde ihlâl edilmiş olur. Hâlbuki sözleşmeye müdahalede böyle bir beklenti olmayıp, sadece kurulmuş ve geçerliliği devam eden bir sözleşme ilişkisine üçüncü kişinin saygı duyması istenmektedir¹²⁵.

¹²¹ Akıncı, Borçlar, s. 21; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 19; Oğuzman/Öz, Cilt-1, s. 28; Dobbs, s. 350; Fikentscher, s. 53, 54; Becker, s. 222; Hatemi, Giriş, s. 125; Eren, F., Borçlar Genel, s. 53 vd.; Serozan, Rona/Engin, B. İlkay/Atamer, Yeşim M.: Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 2022, s. 237.

¹²² Dobbs, s. 350; Sanlı, Borca Aykırı Davranış, s. 163.

¹²³ Alacak hakkının nispiliğini ve dolayısıyla üçüncü kişi tarafından ihlâl edilemeyeceğini ileri süren görüşün, aynı gerekçe ile ahlâka aykırı ihlali de kabul etmemesi gerektiği, aksi halde kendi içinde tutarsız olduğu yönünde, Koziol, s. 7.

¹²⁴ Paksoy, s. 57. Fransız Hukuku'nda da sözleşmesel borçlarda nispilik ilkesi kabul edilmesine rağmen, bu durum sözleşmeye müdahaleden doğan sorumluluğun kabul edilmesine bir engel olarak görülmez, bkz. § 3, C.

¹²⁵ Koziol, s. 137; nispi hakkın, kavram olarak, alacak hakkı yükümlülerinin sadece belirli kişiler olduğunu ifade ettiği, üçüncü kişilerin alacak hakkına saygı göstermeyeceği demek olmadığı yönünde, Müller, s. 75.

Dolayısıyla sözleşmeye müdahaleden doğan sorumluluğa nispile ilkesini gerekçe göstererek karşı çıkmak, sözleşmesel bağın yapısı itibarıyla mümkün görünmemektedir.

Bir hukuk sisteminde bir yandan sözleşmelerin nispile ilkesini diğer yandan sözleşmeye müdahale edenlerin sorumlu olduğunu kabul etmek mümkündür. Bugün birçok hukuk sisteminde nispile ilkesi kabul edilmiştir; ancak bu durum söz konusu sorumluluğa yer vermeye engel olmaz. Örneğin Fransız Medeni Kanunu m. 1199’da sözleşmenin yalnızca taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurduğu açıkça ifade edilir. Ancak aynı Kanun’un 1200. maddesinde üçüncü kişiler de bu ilişkilere saygı göstermekle yükümlü tutulur. Sözleşmeye müdahale dolayısıyla sorumluluk da haksız fiil olarak yorumlanır¹²⁶.

2. Anayasal Düşünce Açıklama, Çalışma ve Sözleşme Özgürlüğüne Aykırı Olduğu Görüşü

Türk Borçlar Hukuku alanında irade özerkliği ilkesi hâkimdir. Bu ilkenin bir görünümünü de sözleşme serbestisi ilkesi oluşturur. İlkeye göre taraflar sözleşme yapıp yapmamakta, yaptıkları sözleşmenin karşı tarafını, tipini ve şeklini seçmede, içeriğini belirlemede, içeriğini değiştirmekte ve kurulmuş sözleşmeyi ortadan kaldırmakta kural olarak serbesttirler¹²⁷. İlke dayanağını Anayasa m. 48 hükmünden almaktadır. Hükme göre “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir...”.

Sözleşmeye müdahaleden dolayı üçüncü kişilerin sorumlu tutulmasına karşı çıkan bir görüşe¹²⁸ göre, bu sorumluluk Anayasa m. 48’e ve sözleşme serbestisi ilkesine aykırıdır. Çünkü sözleşen tarafların bu sözleşme ilişkisini devam ettirmeye zorlanması, sözleşmenin iradî olarak sona erdirilmesi kuralına zıttır¹²⁹. Aynı şekilde kişinin bir

¹²⁶ Bkz. § 3, C.

¹²⁷ Akıncı, Borçlar, s. 13 vd.; Oğuzman/Öz, Cilt-1, s. 24; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 13 vd. von Tuhr, s. 242; Eren, F., Borçlar Genel, s. 17.

¹²⁸ Dobbs, s. 362.

¹²⁹ Borçlunun ifa iradesi üzerinde alacaklının bir hakkının olmasına rağmen, bunun borçluyu tamamen hâkimiyet altına alma imkânı veren bir hak olmadığı yönünde, Koziol, s. 154. Bankalar arasında

başkası ile yeni bir sözleşme ilişkisine girmesinin engellenmesi de söz konusu ilkeye aykırılık oluşturur¹³⁰.

Sorumluluğun kabulüne söz konusu gerekçelerle karşı çıkmak, gerekçe gösterilen hürriyetlerin özüyle bağdaşmaz. Öncelikle Anayasa'nın 12. maddesinin ikinci fıkrasına göre temel hak ve hürriyetler kişinin kendisine, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da içerir. Bu sebeple temel hak ve hürriyetler, bu ödev ve sorumluluklar göz ardı ederek sınırsız bir şekilde kullanılamaz¹³¹. İkinci olarak temel hak ve hürriyetlerin kullanılması, diğer bireylerin temel hak ve hürriyetleri ile sınırlıdır¹³². Özgürlükler, başkalarının özgürlüklerini yok edecek veya hiçe sayacak şekilde kullanılamaz. Diğer yandan gerekçe gösterildiği şekilde sınırsız bir hürriyetle istenildiği zaman sözleşmenin sona erdirilmesi veya yeni bir sözleşme kurulması, toplumda ve ekonomik hayatta güvensiz bir ortama yol açar. Bu da kamu düzenini olumsuz etkiler. Sözleşme yapma hürriyeti elbette var olmalıdır. Ancak bu hürriyet diğer kimseleri yaptıkları sözleşmenin her an bozulabileceği endişesine maruz bırakmamalıdır.

Çalışma ve sözleşme hürriyeti ile bağlantılı olarak ileri sürülen eleştirilerden biri de Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve hürriyetlerin ancak Anayasa'nın ilgili maddelerinde yer alan sebeplerle ve kanunla sınırlandırılabilmesidir. Söz konusu

yapılan centilmenlik anlaşmasının ve bu anlaşma gereği müşterilerine daha yüksek promosyon önerememelerinin, kişilerin sözleşme serbestisini engellediği, bu durumun da haksız rekabete aykırı olduğu yönünde, Rekabet Kurulu Kararı, 7.3.2011, K. 11-13/243-78 <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=7a4408a1-99b9-4f4b-a73d-827a06a34fb3> (Erişim Tarihi: 22.09.2021).

¹³⁰ Dobbs, s. 362.

¹³¹ Mutlak özgürlük kendi içinde bir çelişkidir, Müller, s. 72.

¹³² Rekabet hürriyeti bağlamında aynı görüşte, Örs, s. 7. Anayasa m. 12/2'nin genel gerekçesinde bu durum şöyle ifade edilmiştir: "...Temel hak ve hürriyetlerin, kişiye tanınmış sınırsız bir serbesti olmadığı; bunların kişi için bazı ödev ve sorumlulukları da beraberinde getirdiği ve sınırlı bir serbesti demek olduğu ifade edilmiştir. Hak ve hürriyetlerin ilk sınırı, bunların kendi bünyesi ve cevherinde yer almaktadır. Kişinin kendi serbesti alanından taşarak, başkalarının hak ve hürriyet alanına girmesinin mümkün olmayacağı gibi.", https://www.anayasa.gov.tr/media/7465/gerekceli_anayasa_2021.pdf (Erişim Tarihi: 23.09.2021). Temel hak ve özgürlüklerin temel sınırının başkalarının hak ve özgürlüklerine saygı olduğu yönünde, Eren, Abdurrahman: Anayasa Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Ankara 2020, (Eren, A.), s. 555; "hürriyeti kaldırma hürriyeti yoktur" ifadesi ile aynı yönde, Kalabalık, Halil: İnsan Hakları Hukukuna Giriş, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 39, ayrıca s. 92.

görüŖüŖe¹³³ göre sözleşmeye müdahale dolayısıyla kişileri sorumlu tutmak, Anayasa m. 13'e de aykırılık teşkil eder; zira 48. maddede çalışma ve sözleşme hürriyetini sınırlama sebepleri yoktur, ifade hürriyetindeki sınırlama sebepleri ise sözleşmeye müdahaleyi yaptırıma bağlayacak kadar geniş yorumlanmamalıdır.

Anayasa m. 48'de olduğu gibi sınırlama sebebi öngörülmemiş maddelerin varlığı, sorunlu görölmektedir¹³⁴. Fikre göre böylesi sınırsız bir özgürlük, çalışma ya da sözleşmenin konusu hukuka aykırı olan işlemlere de imkân tanır¹³⁵. Diğer yandan Anayasa'da hiçbir sınırlama sebebi olmadığı için sözleşme özgürlüğüne sınır getiren (TBK gibi) kanunlar Anayasa'ya aykırı hâle gelir¹³⁶. Çalışma ve sözleşme hürriyetinde bu şekilde sınırsız bir hürriyet anlayışı elbette kabul edilemez. Sorun hakları sınırlamaktan ziyade, geçerlilik ve muhtevalarının nereye kadar uzandığının belirlenmesidir¹³⁷. Örneğin ifade hürriyeti kişilere hakaret edecek şekilde kullanılamaz ve bunun için kanunda açıkça bir sınır öngörülmesine gerek yoktur. Dolayısıyla bu şekilde Anayasa'da sınırlama sebebi öngörülmemiş hakların, doğası gereği objektif sınırları olduğu kabul edilmelidir¹³⁸. Aynı şey çalışma ve sözleşme özgürlüğü için de geçerlidir. Başkası ile sözleşme yapmak, yapmamak ya da sona erdirmek temel olarak korunmalı, ancak bu özgürlük başkalarının hukukî ilişkilerini zedeleyecek, onların maddî veya manevî varlıklarına zarar verecek şekilde kullanılmamalıdır. Anayasa Mahkemesi

¹³³ Paksoy, s. 64.

¹³⁴ Gözler, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Bursa 2019, (Gözler, Anayasa) s. 318, 319; Bozkurt, Tamer: “ ‘Haklarında Özel Bir Sınırlama Nedeni Öngörülmemiş’ Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Sorunsalı: Özellikle ‘Sözleşme Hürriyeti’ Açısından Durum”, Ankara Barosu Dergisi, S. 1, Y. 2008, s. 144-153, s. 151.

¹³⁵ Gözler, Anayasa, s. 318, 319.

¹³⁶ Bozkurt, s. 151; Gözler, Anayasa, s. 319.

¹³⁷ Sağlam, Fazıl: Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara 1982, <https://dspace.ankara.edu.tr> (Erişim Tarihi: 23.09.2021), s. 49.

¹³⁸ Özbudun, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 19. Basım, Ankara 2019, s. 113; Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi: 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, 17. Bası, İstanbul 2018, s. 144, 145; Atar, Yavuz: Türk Anayasa Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2018, s. 135; Eren, A., s. 555; Kalabalık, s. 92; İnceoğlu, Sibel/Boyar, Oya/Karan, Ulaş/Akbulut, Olgun/Arslan Öncü, Gülay/Tokuzlu, Lami Bertan: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, 2. Baskı, İstanbul 2013, s. 24; Ulusoy, Sümeyye: İfade Hürriyetinin Genel Ahlakın Korunması Sebebiyle Sınırlandırılması, Ankara 2021, s. 130. Sözleşme serbestisi bağlamında aynı yönde, Müller, s. 72.

de aynı yönde kararlar vermekte, sözleşmenin içerik değişikliğine kanunla karar verildiği takdirde bile bu durumun hukuk güvenliğine ve Anayasa'ya aykırılığına hükmetmektedir¹³⁹.

Anayasal temel hak ve özgürlükler bağlamında sorumluluğa karşı çıkan bir diğer görüş de bir başkasına yönelen irade beyanlarının ifade hürriyeti kapsamında olduğunu, sorumluluğun kabul edilmesiyle birlikte bu hürriyetin kısıtlandığını belirtmektedir¹⁴⁰. Bahsi geçen hürriyet, Anayasa'nın 26. maddesinde herkesin düşünce ve kanaatlerini, söz, yazı, resim veya başka bir yolla açıklayabilme ve yayabilme, resmi makamların izni olmadan fikir alma ve hürriyetinin olduğu şeklinde ifade edilmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında ise bu hürriyetin sınırlama sebepleri sayılmıştır. Bu sebepler arasında kamu düzeni de bulunmaktadır. Diğer yandan her temel hak ve hürriyet gibi ifade hürriyeti de Anayasa m. 12 gereğince kişinin ailesine, topluma ve diğer kimselere karşı olan ödev ve sorumlulukları ile sınırlıdır. Geçerli bir sözleşmenin ifa edilmemesi ya da feshedilmesi için üçüncü kişilerin açıkladığı ifade, başkasının iş ilişkilerine, maddî çıkarlarına, malvarlığına ve toplumdaki ekonomik düzenin güvenli şekilde işleyişine zarar verir. Herkesin istediği zaman sözleşme yapıp hiçbir kurala tâbi olmaksızın istediği zaman sona erdirmesi, güvenli bir ticarî hayatla ve kamu düzeni ile bağdaşmaz. Böyle bir durumun kabulü hâlinde hiç kimse sözleşmesel bir ilişkiye girmek istemez; sözleşme yapan herkes de sınırsız özgürlükle sözleşmesel yükümlülüklerini yerine getirmez. Dolayısıyla toplumda kaos oluşur. Söz konusu hâl ne ticarî ne de toplumsal hayatta arzulanır. Bu sebeple ifade hürriyeti başkalarının sözleşme ilişkilerini doğrudan hedef alır şekilde kullanılmamalıdır. Örneğin bir kalem üreticisinin, kalemlerinin dayanıklı olduğu,

¹³⁹ Anayasa Mahkemesi, T. 13.02.2002, E. 2001/293, K. 2002/28, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2002/04/20020418.htm#10> (Erişim Tarihi: 23.09.2021). Sözleşmenin devamı sırasında kamu otoritelerince sözleşmeye müdahale edilmesinin de hukuk güvenliği ile bağdaşmadığına dair, Tan, Turgut: "Sözleşme Özgürlüğüne Kamunun Müdahalesi", Yıldırım Uler'e Armağan, 1. Baskı, Lefkoşa 2014, s. 513-524, s. 524.

¹⁴⁰ Dobbs, s. 361.

mürekkebinin kaliteli olduğu, belirli bir müddet garantili olduğu şeklinde reklam yapması ifade hürriyetine uygundur. Ancak aynı üreticinin, başka marka kalem alan bir tüketiciye, aldığı kalemin kötü olduğunu, onu geri verip kendisinin kalemlerinden almasını söylemesi ifade hürriyeti kapsamında değerlendirilmemelidir. Bu durum aynı zamanda TTK m. 55'e göre haksız rekabet olarak da değerlendirilir.

Bir kimsenin başkasının sözleşme ilişkisine müdahale ettiği durumda uyuşmazlığın çözümü aslında hak çatışmasının çözülmesine bağlıdır¹⁴¹. Böylesi bir durumda bir yanda kişinin ifade ve sözleşme hürriyeti varken, diğer yanda maddî çıkarlar, kamu düzeni ve haklı rekabeti tesis amacı bulunmaktadır. Bireysel uyuşmazlıklarda hangi hakkın hangi ölçüde sınırlanacağı değişiklik göstermekle birlikte, genel olarak kamu yararı¹⁴² ve güvenli ticarî hayat yararı, bireysel yararlardan üstündür¹⁴³.

3. Piyasadaki Rekabeti Sınırladığı Görüşü

Sorumluluğun kabulüne yöneltilen eleştirilerden biri de bu durumun serbest rekabeti sınırlayacağı görüşüdür¹⁴⁴. Buna göre sözleşme süresi boyunca sözleşen taraflara sözleşmeyi ihlale teşvik edici nitelikte teklifler götürülememesi, rekabetten elde edilecek faydayı engeller¹⁴⁵. Üçüncü kişilere yalnızca borçlunun teklif götürebilmesi yolunun açık bırakılması, rekabetin gelişimi için yeterli değildir¹⁴⁶.

Ticarî hayatın işleyişi açısından bakıldığında, kişilerin birbirlerine serbestçe sözleşme teklifi götürebilmeleri bu işleyişin vazgeçilmez unsurudur. Ancak bu teklifin

¹⁴¹ Bu durumda hukuk düzeninin alacaklının çıkarlarına daha fazla önem verdiği yönünde, Koziol, s. 137.

¹⁴² Kamu yararını ilgilendiren ticarî ifadelerde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yüksek denetim uyguladığı yönünde, İnceoğlu/Boyar/Karan/Akbulut/Arslan Öncü/Tokuzlu, s. 362; Bozkurt, s. 151.

¹⁴³ Hak çatışmasında uyuşmazlık çözüm yöntemleri hakkında bkz., Gözler, Kemal: İnsan Hakları Hukukuna Giriş, 1. Baskı, Bursa 2017, (Gözler, İnsan Hakları), s. 186 vd. Bu noktada amacın haklardan birini ortadan kaldırmak değil, ikisinin birlikte yaşamasını sağlamak olduğu yönünde, Sunay, Reyhan: İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, Ankara 2001, s. 73.

¹⁴⁴ Dobbs, s. 344; Paksoy, s. 64 vd.; Sanlı, Borca Aykırı Davranış, s. 162; sözleşme teklifi götürme şeklindeki bazı davranışların serbest bırakılmasının genel menfaate daha uygun olduğuna dair, Atasoy, Kemal: Sözleşme Özgürlüğünün Kamu Düzenine Aykırılık Sınırı, 1. Baskı, İstanbul 2020, s. 163.

¹⁴⁵ Sanlı, Borca Aykırı Davranış, s. 162; Paksoy, s. 65; Atasoy, s. 163.

¹⁴⁶ Paksoy, s. 65.

saldırgan davranışlarla, iş ilişkilerini baltalayacak ya da sırf alacaklının zarara uğraması gözetilecek şekilde yapılması kabul görmemelidir¹⁴⁷. Nitekim 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) m. 61’de ticarî reklamların kişilik haklarına uygun, doğru ve dürüst olmasına değinilmiştir. Tüketicinin bir başkası ile yaptığı sözleşmeye aykırı davranması için yapılan telkinler, şüphesiz kişilik haklarına uygun, doğru ve dürüst bir davranış değildir. Hükmün dördüncü fıkrasında örtülü reklamların bile yasaklandığı bir hukukî düzende, açıkça yapılan saldırgan ticarî davranışların hoş görülebilir olduğundan bahsedilemez. Keza Kanun’un 62. maddesinde haksız ticarî uygulamaların yasaklanmış olması da kanunkoyucunun bu konudaki açık tutumunun göstergesidir. Hükmün birinci fıkrasına göre meslekî özenin gereklerine uymayan, ulaştığı ortalama tüketicinin ya da ortalama grup üyesinin ekonomik davranışını önemli ölçüde bozan veya bozma ihtimali olan davranışlar haksızdır ve yasaktır. Oysa sözleşme ilişkisine müdahale davranışının yüksek ihtimalle tüketicinin davranışını bozacağı açıktır. Bu durum ise Kanun’a aykırıdır.

Türk Ticaret Kanunu’nun haksız rekabet hakkında içerdiği hükümler serbest rekabetin sınırını çizer. Kanun’un m. 55/1-b hükmünde bir başkasını sözleşmeyi ihlâl ya da sona erdirmeye yöneltmek açıkça yasaklanmış, haksız rekabet sayılmıştır. Dolayısıyla sözleşmeye müdahale fiili tâcirler arasında da uygun bir davranış olarak görülemez. Hem TKHK’da hem TTK’da sözleşmeye müdahale davranışları hukuka uygun görülmediği hâlde, TBK m. 49’a göre sözleşmeye müdahalenin hukuka uygun olduğunu düşünmek de akla uygun olmasa gerektir. Kaldı ki TTK’ndaki haksız rekabet hükümlerinin dayanağı TBK’daki haksız fiil hükümleri olarak gösterilmektedir¹⁴⁸. Özel hükme göre hukuka

¹⁴⁷ “Haksız rekabet, iktisadi rekabetin kötüye kullanılması, kanuna ve objektif iyiniyet kurallarına aykırı hareket edilmesi demektir. Rekabet bir haktır; ancak bunun, kanuna uygun ve haklı olması için, başkalarının haklarını veya menfaatlerini ihlâl etmemesi gerekir...”, Ayhan, s. 12; hüsnüniyet, hüsnüahlâk ya da kanuna aykırı olan rekabetin haksız rekabet olduğu yönünde, Örs, s. 14; haksız rekabette amacın rakibi egale etmek olduğu, ancak bu amacın her aracı kutsallaştırmayacağı ile ilgili, Müller, s. 45.

¹⁴⁸ Bkz. § 3, F.

aykırı olan bir durumun, kendisinden türetilen genel hükme göre nasıl hukuka uygun olabileceği dikkate değer bir konudur.

Rekabet beklenen bir ekonomik düzende, rakiplerin ticarethanelerinde oturarak müşteri gelmesini beklemeleri elbette düşünülemez. Mallarının ya da sundukları hizmetlerin tercih edilmesi için şüphesiz birtakım davranışlarda bulunmaları, bunların tanıtımını yapmaları gerekir. Piyasaya sunulan mal ve hizmetin tüketiciye cazip gösterilmesi, avantajlarının belirtilmesi, satış ya da sunum sonrası hizmet farkındalığının sağlanması, hatta TKHK'ya göre karşılaştırmalı reklam yapılması gibi eylemlerle bu tanıtım gerçekleştirilebilir. Şüphesiz bunlar da birer sözleşme teklifidir ve haksız rekabet teşkil etmez. Kişiler bu noktada sunulan teklifleri değerlendirerek serbest iradesi ile istediği mal ya da hizmeti seçerek kurduğu sözleşmeyi devam ettirebilir ya da feshederek başka bir sözleşme yapabilir. Ancak bir başkası ile kurulmuş ve devam etmekte olan bir sözleşmenin ihlâl ya da feshi için bu düzeyi aşan etki haklı görülemez¹⁴⁹. Örneğin mal veya hizmetini kötüleyerek ya da aşağılayarak kişileri kurdukları sözleşmeden vazgeçirmeye çalışmak, mal ya da hizmeti tedarik fiyatının altında satışa sunmak haklı ticarî uygulamalar değildir.

4. Mutlak ve Nispi Hak Arasında Ara Bir Kategori Oluştugu Görüşü

Sözleşmeye müdahale sorumluluğu aleyhinde yapılan bir başka eleştiri, bu sorumluluğu kabul etmenin yeni bir hak kategorisi ortaya koyacağı yönündedir¹⁵⁰. Eleştiriye göre sorumluluk, hukuk sisteminde hâkim olan mutlak ve nispi hak ayırımına aykırı olan yeni bir hak türü oluşturur; çünkü bu sorumluluk vasıtasıyla alacak haklarına üçüncü kişiler nezdinde geçerli olan bir etki tanınmaktadır¹⁵¹.

¹⁴⁹ “Toplumsal kendi içinde hukuka aykırı olmayan yollarla serbest ve açık rekabeti teşvik etmedeki çıkarı ne olursa olsun, sözleşmeye dayalı istikrarın genellikle rekabet özgürlüğünden daha önemli olduğu kabul edilir”, Boyson v. Thorn kararı, Simmons/Kabacoff, s. 717.

¹⁵⁰ Sanlı, Borca Aykırı Davranış, s. 164, dn. 209; Merz, Obligation, s. 58; alacak hakkını aynı hak statüsü kazandırılmaya çalışıldığı yönünde, Dobbs, s. 351.

¹⁵¹ Aynı hak ile alacak hakkı arasındaki ayrımı ortadan kaldıracığı yönünde, Merz, Obligation, s. 58.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki Türk Hukuk Sistemi'nde nispi hakların kuvvetlendirilmesi gibi alacak haklarının üçüncü kişilere karşı etkili olduğu bir durum zaten bulunmaktadır¹⁵². Ancak böyle bir hâlde nispi hak aynî hakka dönüşmez; sadece üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilen aynî bir etki kazanır¹⁵³. Haklar etkili oldukları kişiler bakımından ya mutlak ya da nispi hak olarak nitelenebilir; ara bir kategori yoktur¹⁵⁴. Dolayısıyla sorumluluğun ara bir kategori oluşturduğu düşünülemez. Kaldı ki ileri sürülen sorumlulukta amaç hakka aynî etki kazandırmak değil, varlığı önceden fail tarafından bilinen nispi hakkın zarar görmesini önlemektir¹⁵⁵. Bir hakkın nispi hak karakterinde olmasının sonucu, bu hakkın içeriği olarak, sadece belli kimseleri yükümlü kılmasıdır¹⁵⁶; ancak bu tanım, üçüncü kişilerin başkalarının alacak haklarına saygı gösterme yükümlülüklerinin olmadığı sonucunu ortaya koymaz¹⁵⁷.

Sorumluluk hakkında ileri sürülmüş bu eleştiri açısından, sorumluluk dolayısıyla doğan alacağın hangi hukukî sebepten kaynaklandığı da önem arz eder. Sözleşmeye aykırı davranması için bir borçlunun teşvik edildiği durumlarda, teşvik eden kişiden istenilen bedel sözleşmesel alacağın karşılığı değildir. Aynî bir hak olduğundan da evleviyetle bahsedilemez. Buradaki sorumluluk genel olarak haksız fiile dayandırılmaktadır. Haksız fiilden doğan alacakların ise hukuk sistemimizde diğer alacak haklarından farkı yoktur. Dolayısıyla sorumluluk kabul edildiği takdirde ortaya çıkan hak olağan bir nispi haktır.

¹⁵² Paksoy, s. 72; Koziol, s. 204. Hangi hallerin alacak haklarını kuvvetlendirdiği ile ilgili, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Birinci Cilt, s. 25.

¹⁵³ Kişisel hakların şerh etkisinin Türk-İsviçre Hukuku'nda bu anlamda kabul edildiği yönünde, Sungurbey, İsmet: Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İstanbul 1963, (Sungurbey, Şerh), s. 102, 103.

¹⁵⁴ Schluep, s. 276, 277.

¹⁵⁵ Herkesin, başkalarının algılabılır haklarına saygı duymakla yükümlü olduğu ve bir şeyin hak olmasından çok, o menfaatin herkesçe bilinebilir olup olmadığının önemli olduğu yönünde, Müller, s. 91.

¹⁵⁶ Müller, s. 74; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 22.

¹⁵⁷ Koziol, s. 137; Müller, s. 75.

Alacak hakkına aynî bir etki tanınması eleştirisini de haklı bulmak zordur. Çünkü burada kişilerden sözleşmesel hakları bilmeleri ya da araştırmaları gerekliliğinden bahsedilmemektedir. Aslında bahsedilen sorumlulukta buna gerek de yoktur. Zira bir kimsenin alacağın varlığını bilmeksizin ona müdahale etmesinden bahsedilemez. Failin fiil iradesi, “alacak” olan konuyu zaten bilmesini gerektirir. Bilmediği durumda da bu haksız fiili işleyemez. Örneğin A isimli kişi, B’nin borçlu olduğu bir sözleşmesel ilişkide kendisi ile sözleşme yapması için B’yi sözleşmeyi feshetmeye ikna etsin. Böyle bir durumda A’nın sözleşmesel bağı bilmeden ikna fiilini işlemesi düşünülemez. Fiil iradesi bu bilinci gerektirir. A’ya bu sözleşmesel bağı varlığı önceden tescil, ilân, A’nın araştırması ya da başka bir yolla bildirilmiş de değildir. A bu hakkın varlığını bir şekilde öğrenmiş ve buna zarar vereceğini bildikten sonra harekete geçmiştir. Dolayısıyla burada belirtmek istenen, alacak haklarının herkese karşı etkili hâle getirilerek korunması değil, alacağın varlığından haberdar olanların ona kasıtlı zarar vermesini önlemektir.

5. Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmin Edilmesi Sonucunu Doğurduğu Görüşü

Türk Hukuk Sistemi’ndeki genel kabul, salt malvarlığı zararlarının ancak istisnâî durumlarda tazmin edilmesi gerektiği yönündedir¹⁵⁸. Çünkü salt malvarlığı

¹⁵⁸ Sanlı, Kerem Cem: Haksız Fiil Hukuku’nun Ekonomik Analizi: Hukuk ve Ekonomi Öğretisi, İstanbul 2007, (Sanlı, Ekonomik Analiz), s. 335; özel koruma normunun varlığı hâlinde tazmin olabildiğine dair, Başalp Yıldırım, Nilgün: “Haksız Fiil Sorumluluğunda Hukuka Aykırılık Unsuruna İlişkin İleri Sürülen Klasik Teoriler Hakkında Bazı Düşünce ve Eleştiriler”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2019, C. 1, S. 1, s. 293-332, (Başalp Yıldırım, Klasik Teoriler), s. 305; Türk Hukuku’nda salt malvarlığı zararlarının tazmini için ya özel bir koruma normunun olması ya da TBK m. 49/2’nin ağır şartlarının oluşması gerektiği yönünde, Çağlayan Aksoy, s. 287, ancak yazar dürüstlük kuralı ihlali olduğu gerekçesiyle sözleşmeye müdahaleden doğan zararların TBK m. 49/I’e göre tazmin edilmesi gerektiğini fkrindedir, s. 475 vd.; aynı yönde Müller, s. 66, 69; Schönerberger, Beat: “Die dritte Wiederrechtlichkeitstheorie”, in: HAVE/ REAS, Y. 2004, S. 1, s. 3-12, s. 5; Alman Hukuku’nda salt malvarlığı zararlarının BGB § 823/I kapsamında olmasa da BGB § 823/II çerçevesinde tazmin edildiği yönünde, Foster/Sule, s. 486, 487; Deutsch, s. 546; Özden, Selin: “Karşılaştırmalı Hukukta Salt Malvarlığı Zararları”, BATİDER, Y. 2010, C. XXVI, S. 3, s. 89-125, s. 98; alacak haklarının ihlallerinde BGB § 826’nın uygulama alanı bulduğuna dair, Davran, s. 285. Salt malvarlığı zararlarının bir koruma normunu ihlal ettikleri takdirde TBK m. 49/I kapsamında tazmin edilebileceği yönünde, Kılıçoğlu, s. 369. TBK m. 49’un hangi fıkrasına başvurulabileceği konusunda bir sınırlama yapmadan, salt malvarlığı zararlarının ancak bir koruma normu ihlal edildiği zaman tazmin edilebileceği yönünde, Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 639.

menfaatlerindeki belirsizlik, beklenmedik ve öngörülmez şekilde kişilerin sorumluluğunu genişletir¹⁵⁹. Sözleşmeye müdahaleden doğan zararlar da bir tür salt malvarlığı zararı olarak değerlendirilirse¹⁶⁰, bu zararların tazmin edilmemesi gerekir.

Görüşün haklılığının değerlendirilebilmesi için öncelikle salt malvarlığı zararlarının tanımlanması gerekir. Salt malvarlığı zararı, kişinin yaşam, vücut bütünlüğü, mülkiyet gibi mutlak olarak korunan değerlerine gelen zararın dışında, doğrudan ve yalnızca malvarlığını etkileyen zararlar olarak ifade edilir¹⁶¹. Salt malvarlığı menfaatlerinin, belirlilik ve alenilik unsurlarının olmaması¹⁶² sebebiyle, malvarlığı hakları, kişilik hakları ve sözleşmesel haklardan sonra korunması gereken hukukî değerler olarak haklar hiyerarşisinde en alt basamakta yer aldıkları belirtilir¹⁶³. Dolayısıyla ilk olarak yapılması gereken, sözleşmeye müdahaleden doğan zararın bir salt malvarlığı zararı olup olmadığına karar vermektir. Salt malvarlığı zararlarında bir haksız fiil sonucu zararın konusu dışında başka bir kimseye ait menfaat de zarar görür. Örneğin bir işçinin yaralanması olayında, işçi bedensel zarar görür; fakat onun işvereni de işçinin çalışmaması dolayısıyla ekonomik kayba uğrar. Olayda salt malvarlığı zararı olarak adlandırılan zarar, işverenin uğradığı bu kayıptır. Türk Hukuku'nda söz konusu durum yansıma zarar olarak ifade edilmektedir¹⁶⁴. Buna karşılık sözleşmeye müdahale sorumluluğu ile anlatılmak istenen tür, bir kimsenin başka bir haksız fiil sonucu dolaylı olarak zarar gördüğü hâller değildir¹⁶⁵. Burada zarar gören alacaklı ya doğrudan hedef

¹⁵⁹ Sanlı, Ekonomik Analiz, s. 347; Kırca, Çiğdem: Bilgi Vermeden Dolaylı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004, s. 19

¹⁶⁰ Söz konusu niteleme için, Çağlayan Aksoy, s. 427 vd.; aynı yönde Deutsch, s. 553, Vito, s. 40; alacak hakkına yapılan müdahaleden doğan zararın salt malvarlığı zararı olduğu, bu sebeple BGB § 823 gereğince tazmin edilemeyeceği, fakat BGB § 826'da korunan haklar açısından bir sınırlamaya gidilmediği için bu hüküm kapsamında korunabileceği yönünde, Schopf, s. 84, 87.

¹⁶¹ Çağlayan Aksoy, s. 13; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 317, 350; Keller, Alfred: Haftpflicht im Privatrecht, Band I, sechste Auflage, Bern 2002, s. 66, 67; Vito, s. 39, 40; ayrıca bkz. Özden, s. 90. Tanım konusundaki çeşitli yaklaşımlar için, van Boom/Koziol/Wittings, s. 3.

¹⁶² Çağlayan Aksoy, s. 16.

¹⁶³ Çağlayan Aksoy, s. 8 vd.

¹⁶⁴ Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 318; Kapancı, s. 37; Özden, s. 91; Hatemi/Serozan, s. 123, 139; İsviçre Hukuku'nda aynı ifade için, Stark, s. 38, Keller, s. 73, 74. Ancak hukuka aykırılık bağı kurulduğu takdirde zararın karşılanabileceğine dair, Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 19.

¹⁶⁵ Aynı yönde, Koziol, s. 129.

alınmakta ya da fiil sonucunda onun zarar göreceği ikna eden tarafından öngörülmekte ve sonuç kabul edilmektedir. Örneğin kendisi ile sözleşme yapması için borçlunun ikna edilmesinde ikna eden, borçlunun daha önce bir sözleşme kurmuş olduğunu da onun bu ihlâli sonucu zarar göreceğini de bilir, idrak eder ve davranışını bu kabule göre yönlendirir. Dolayısıyla alacaklının çoğu zaman kastı doğrudan alacaklıya yöneliktir. Hâlbuki salt malvarlığı zararlarında haksız fiil kastı ilk zarar görene yöneliktir; fakat fiilin bir sonucu olarak başka bir kimse için de zarar oluşur. Hâl böyleyken sözleşmesel hakkın haksız fiil sonucu zarar görmesi ile salt malvarlığı zararı eşit olarak değerlendirilemez. Dolayısıyla söz konusu sorumluluğun salt malvarlığı zararlarının karşılanmasına yol açtığı fikrine hak vermek zordur.

Diğer yandan salt malvarlığı zararlarının karşılanmaması karşılaştırmalı hukukta görüş birliği ile kabul edilen bir uygulama değildir¹⁶⁶. Özellikle kasten verilen zararlar türüne bakılmaksızın her hukuk sisteminde karşılanır. Hatta Türk Hukuk Sistemi'nde de destekten yoksun kalma tazminatı gibi salt ekonomik zararların karşılanmasına işaret eden hükümler mevcuttur. Bu sebeple tazmini hususu kendi içinde bile yeknesak uygulamaya kavuşmamış bir zarar tipini gerekçe göstererek sorumluluğu kabul etmemek uygun görünmemektedir.

6. Zararların Zaten Borçlu Tarafından Karşılandığı Gerekçesi ile Sorumluluğa Gerek Olmadığı Görüşü

Doktrinde bir görüşe¹⁶⁷ göre sözleşmesel hakların zarara uğramasından doğan talepler zaten borçlu tarafından karşılanmaktadır; ayrıca üçüncü kişi için bir sorumluluk

¹⁶⁶ Çeşitli hukuk sistemlerinin zarar karşısındaki tutumu hakkında, van Boom/Koziol/Wittings, s. 4 vd.; Özden, s. 93 vd.; Fransız Hukuku'nda diğer zararlarla saf ekonomik zararlar arasında fark olmadığı, davacının zararı ile davalının hatalı davranışı arasında sebepsel bağlantı kurulduğu takdirde söz konusu zararların da tazmin edildiği hakkında, Steiner, Eva: French Law: A Comparative Approach, 1. Baskı, New York 2010, s. 352, 353; salt malvarlığı zararlarının karşılanmaması şeklinde bir çözüm benimsemenin şüpheli olduğu yönünde, Keller, s. 67.

¹⁶⁷ Güvenilmez ve iflas etmiş borçluyu seçmenin alacaklıya ait bir risk olduğu yönünde, Merz, Obligation, s. 59.

ihdasına gerek yoktur. Görüşe¹⁶⁸ göre bu taleplerin borçlu tarafından karşılanması daha uygundur; zira alacaklı ile borçlunun müteselsil sorumlu olması, alacaklının durumunu iyileştirir.

Üçüncü kişiler tarafından müdahale edilmemiş bir sözleşme ilişkisinde, borçlunun sorumlu olduğu zararları elbette kendisinin karşılaması gerekir. Çünkü sözleşme yaparken borçlu kendisini bağladığını ve borç altına soktuğunu bilmekte ve kabul etmektedir. Ancak üçüncü kişinin sözleşmeye müdahale ederek alacaklının zararına sebep olduğu bir durumda, zararın sebebi sadece borçlunun iradesinden ve fiilinden kaynaklanmamaktadır. Dolayısıyla alacaklının ve müdahalede bulunan üçüncü kişinin zarara birlikte katlanması gerekir.

Sözleşmeden doğan her zarara borçlunun katlanması gerektiği gerekçesi ile sorumluluğun reddedilmesi, müteselsil sorumluluk müessesesinin özüne de aykırıdır¹⁶⁹. Zira söz konusu kabulden yola çıkılsa idi, sözleşmesel sorumluluğun olduğu borç ilişkilerinin hiçbirinde müteselsil sorumluluğun kabul edilmemesi gerekirdi. Diğer sorumlu kişiler de nasılsa zararın diğer sorumlular tarafından giderildiği gerekçesiyle tazminattan kaçınılabirdi¹⁷⁰. Bu da hakkaniyete aykırı olurdu.

Müteselsil sorumlulukta alacaklıya zararını birden fazla kişiden talep edebilme yetkisinin verilme sebebi, bir zarara birden fazla kişinin sebep olması ya da birden fazla kişiden en az birinin önceden zararı gidermeyi üstlenmesidir. Zarara birden fazla kişinin sebep olduğu durumlarda, sebebin çoğalmasıyla tehlike şiddeti arttığından, alacaklının bu zararı engellemesi zorlaşmaktadır. Böyle bir durumda alacaklının zarara sebep olan birden fazla kişiden tazmin istemesi doğal karşılanmalıdır. Dolayısıyla müteselsil

¹⁶⁸ İfa etmemeden doğan maliyetin içselleştirilmesinde en uygun konumda olanın üçüncü kişi değil, borçlu olduğuna dair, Sanlı, Borca Aykırı Davranış, s. 162; Paksoy, s. 43. Davacı, borçlu ve üçüncü kişiye karşı ayrı ayrı alacak hakkı kazansa bile, bunun haklı olduğu, çünkü iş ilişkilerine müdahale hâllerinde alacaklının iki ayrı haksızlığın kurbanı olduğu yönündeki karşı görüş için, Dowling, s. 513.

¹⁶⁹ Aynı yönde, Müller, s. 112.

¹⁷⁰ Müller, s. 112; aynı yönde, Koziol, s. 190.

sorumluluk sebebiyle alacaklının durumunun iyileşmesi sebepsiz değildir ve hakkaniyete uygundur.

7. Sözleşme İhlallerinin Artacağı Görüşü

Sözleşmeye müdahaleden sorumluluk aleyhinde ileri sürülen bir başka fikir de sorumluluğu kabul etmenin sözleşme ihlallerini arttıracakı fikridir. Bu fikre¹⁷¹ göre üçüncü kişinin sorumlu olduğunu bilen borçlu, nasılsa zarara üçüncü kişinin de katlanacakı ve dolayısıyla yükünün azalacakı düşüncesiyle sözleşmeyi ihlal etmeye daha meyilli olur.

Söz konusu fikir, durum tersinden tahlil edilerek incelenebilir. Sorumluluğun kabul edilmediği, üçüncü kişinin borçluyu ihlal için ikna ettiği ve alacaklının zarar gördüğü bir durum düşünölsün. Burada borçlu daha kârlı bir hukukî ilişkiyi kuracakı gerekçesiyle üçüncü kişinin teklifini kabul etmektedir. Diğer yandan da alacaklıya verdiği zararı tazminle yükümlü olmaktadır. Dolayısıyla borçlu aslında kısmen kâr etmekte, bütünüyle lehine olan bir adım atmamaktadır. Alacaklı da kendisinin dışında gelişen ve belki de alacaklıdan tazmin etmesini isteyemeyeceği miktarda zarar etmektedir. Bu durumun ortaya çıkmasında etkin rolü olan üçüncü kişi ise hem alacaklıya hem borçluya zarar vermiş olmakta, buna karşılık söz konusu hareketi ile kâr elde etmektedir. Böylesi bir tabloda üçüncü kişinin neden sorumlu olmaması gerektiği sorusu, üzerinde düşünölməsi gereken bir konudur. Oysa sorumluluk kabul edildiği takdirde üçüncü kişiler bu fiillerinin bir bedeli olacağını düşüneceklerinden, böylesi bir ikna çabasına girişmezler. Borçlu da tek başına sözleşme yapamayacağından, sözleşme ihlallerinin artacakı fikri mesnetsiz kalmaktadır.

¹⁷¹ Dowling, s. 508; dava yükünün artacakı hakkında, Dobbs, s. 357.

8. Kişileri Karakterinden ve Düşüncelerinden Dolayı Yargılamak Anlamına Geldiği Görüşü

Doktrinde bir görüşe¹⁷² göre sözleşmeye müdahale ettikleri gerekçesi ile üçüncü kişilerin sorumlu olduklarını kabul etmek, onların karakterlerinden dolayı yargılanması ve düşüncelerini açıklamalarından dolayı sorumlu tutulmaları anlamına gelir. Hukuk, kötü fiilleri arayıp bularak yok etmek değildir; failin fiilini değil, karakterini yargılamak, özgür toplum anlayışına uygun olmaz¹⁷³.

Her şeyden önce hukuka aykırı herhangi bir fiil, failin tasvip edilmeyen bir düşüncesinin eyleme geçmesi sonucu ortaya çıkmaktadır. Fail herhangi bir suç işlerken, borcunu ifa etmezken ya da bir başkasının malvarlığına zarar verirken, karakterinin de bir yansıması olarak düşüncesini hayata geçirmekte ve hukuken uygun görülmeyen bir fiil icra etmektedir. Dolayısıyla hukuken müeyyideye bağlanan her davranış, zaten failin karakteri olarak dış dünyada somutlaşır. Bir davranış, failin karakterinin sorgulanması olarak nitelenerek hukuken cezalandırılmayacak olsa idi, bütün zararların tazmin edilmeden bırakılması ya da bütün suçların cezasız kalması gerekirdi. Bu sebeple failin karakterinin sorgulandığı gerekçesi ile müdahale fiillerinin karşılıksız bırakılmasını kabul etmek uygun görünmemektedir. Bireylere sınırsız bir özgürlük verme anlayışı, aslında gerçek özgürlük anlamına gelmez. Diğer yandan sözleşmeye müdahale durumunda zarar gören, sebepsiz yere üçüncü kişilerin fiillerini sorgulamamakta, tersine, zarar veren bir fiil sonucu malvarlığının eksildiğini iddia etmektedir. Bu durum onun, zararlı bir etkiden dolayı verdiği hukukî tepkidir. Kimseden malvarlığını açık tehlikelere hedef etmesi, her durumda pasif kalması istenemez. Dolayısıyla hukuk, karakter avcısı gezici bir komisyon değil, hukuken tasvip edilmeyen davranışları müeyyideye bağlayan kuralları bütünüdür.

¹⁷² Dobbs, s. 347, 348.

¹⁷³ Dobbs, s. 348.

9. Birlikte Sorumluluk İçin Gerekli Olan Hukuka Aykırı Ana Fiilin Eksik Olduğu Görüşü

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 52 II 376 sayılı kararına göre, borcun ihlaline azmettiren kişinin azmettiren olarak OR m. 50/I'e göre sorumlu olması, borçlunun sözleşmeyi ihlal fiili hukuka aykırı olmadığı için mümkün değildir¹⁷⁴. Bu doğrultuda azmettirenin sorumlu olması, ancak borçlunun fiilinin başlı başına hukuka aykırı bir fiil teşkil ettiği takdirde, örneğin UWG'ye göre haksız rekabet teşkil ettiği takdirde mümkündür¹⁷⁵.

Görüş aslında borçlunun borcunu ifa etmemesinin hukuka aykırı olmadığını söyleyerek kendisini çürütmektedir. Şayet kişilerin sözleşmeyi ihlal etmeleri hukuka uygun bir davranış olarak görülseydi, tüm hukuk sistemlerindeki sözleşmeler hukuku hükümlerine gerek olmazdı. İfayı temin için emredici hükümler konulmaz, ifa edilmediği zaman bundan doğan zararın tazmini için gerekli mekanizmalar ihdas edilmezdi. Bu sebeple elbette bir borcu ifa etmemek hukuken onaylanması gereken bir davranış değildir. Diğer yandan birlikte sorumluluğu gerektiren haller, yalnızca azmettirme ve yardım etmeden ibaret değildir; borçlu ve üçüncü kişi ihlali birlikte planladıkları için şerik de olabilirler¹⁷⁶. Bu sebeplerle söz konusu ihlale borçluyla birlikte kasten katılan kimseler de bu fiillerinin sonuçlarına katlanmalıdırlar.

B. LEHTE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER

1. Sorumluluğun Ahde Vefa İlkesine ve Aynen İfaya Hizmet Ettiği Görüşü

Müdahale fiilleri dolayısıyla üçüncü kişilerin sorumluluğunu kabul etmek bir görüşe¹⁷⁷ göre ahde vefa (pacta sunt servanda) ilkesini güçlendirir ve aynen ifaya hizmet

¹⁷⁴ Zulliger, s. 57; aynı gerekçeyle BGB § 823 kapsamında sorumluluğun reddi, fakat BGB § 826 kapsamında üçüncü kişinin sorumluluğuna başvurulabileceği yönünde, Schopf, s. 106.

¹⁷⁵ Bkz. Zulliger, s. 57.

¹⁷⁶ Zulliger, s. 21; Şenocak, s. 228.

¹⁷⁷ van Boom/Koziol/Wittings, s. 15; Sarıkaya, s. 23; Koziol, s. 159, 160.

eder. Hukuk sistemi aynen ifanın gerçekleşmesini temin için cebri icra gibi birtakım yöntemlerle önlem almıştır; oysa üçüncü kişinin ifaya müdahale etmesine izin verilmesi, alınan tüm önlemlerin boşa çıkmasına zemin oluşturur¹⁷⁸.

Ahde vefa ilkesi, tarafların yaptıkları sözleşmedeki borçlarına sadık kalmaları ve sözleşmede yüklendikleri borçlara uygun davranmaları gerekliliğini ifade eder¹⁷⁹. İlkeye göre taraflar istisnâ haller dışında değişen şartlar ne olursa olsun, sözleşmedeki yükümlülüklerini yerine getirmek zorundadırlar. Ahde vefa ilkesinin önemi Fransız Medeni Kanunu m. 1103'te, hukuken geçerli olarak kurulmuş sözleşmelerin, sözleşme tarafları için kanun niteliğinde olduğu şeklinde çok veciz bir ifade ile yer bulmuştur. Türk Borçlar Kanunu'nun düzeni de genel olarak borcun ifası üzerine kurulmuş; bir borcun ortadan kalkacağı ya da hafifleyeceği durumlar sıkı şartlar altında istisnâ durumlar olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla taraflar bir defa sözleşme ilişkisine girdikten sonra, uyarlama gibi bazı istisnalar dışında, şartların değişmesi sebebiyle tek taraflı olarak yükümlülüklerinden kurtulamazlar¹⁸⁰. Söz konusu sebep özellikle yaptıkları işin yeterince kârlı olmaması şeklinde olamaz; taraflar değişen koşullara kural olarak katlanmalıdırlar¹⁸¹. Çünkü geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmede yükümlülüklerin yerine getirilmesi hem tarafların hem toplumun yararını etkiler¹⁸². Tüm bu gerekçeler karşısında kural, tarafların sonradan sözleşmenin kendileri için daha az kârlı olacağını anlasalar ya da daha cazip bir sözleşme teklifi alsalar bile, sözleşmenin gereğini ifa ile

¹⁷⁸ Koziol, s. 159.

¹⁷⁹ Eren, F., Borçlar Genel, s. 1451; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 332; Akıncı, Borçlar, s. 28; Kılıçoğlu, s. 340; Burcuoğlu, Halûk: Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarlama, İstanbul 1995, s. 4, 5; Gürsoy, Kemal Tahir: Hususi Hukukda Clasula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Nazariyesi), Ankara 1950, s. 7 vd.; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Üçüncü Cilt, s. 270; Baysal, Başak: Sözleşmenin Uyarlanması. BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü, 4. Baskı, İstanbul 2020, s. 9. Felsefik bir sözleşme ilke şu şekilde de ifade edilebilir: “*Birisi durum gereği kendi başına düşmana bir söz vermişse, o sözün bile yerine getirilmesi gerekir*”, Cicero, M. Tullius: (Çev. Sarıgöllü, Ayşe/Kulaoglu, Meliha/Öktem, Filiz/Şentuna, Candan), Ödevler I. Kitap, Ankara 1980, s. 12.

¹⁸⁰ Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 128; Akıncı, Borçlar, s. 28; Gürsoy, s. 7; Baysal, s. 9, 10; ahde vefa ilkesinin delinebilmesi ve değişen koşulların dikkate alınabilmesi için çok ciddi adaletsizliklerin ortaya çıkması gerektiği yönünde, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Üçüncü Cilt, s. 270.

¹⁸¹ Gürsoy, s. 7; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 128.

¹⁸² Işıktaç, s. 223; Gürsoy, s. 7.

yükümlü olmalarıdır. Aksi hâlde, hiç kimse sözleşmesini ifa etmek istemez; sürekli kendilerine daha cazip bir sözleşme teklifinin geldiğini ileri sürerek ifadan imtina ederler. Sözleşmeler hukukunda kural, sözleşmenin ifası yerine, ifa edilmemesine dönüşür. Taraflar sürekli olarak sözleşmelerinin sona ereceği korkusunu yaşar ve bu sebeple hiç kimse sözleşme yapmak, bir teşebbüs kurmak veya bir yatırımda bulunmak istemez. Böyle bir durum, serbest rekabeti tesis bir yana, olağan ticarî hayatın işleyişine dahî engel olur. Dolayısıyla taraf menfaatlerinin ve bunun yanında serbest rekabetin korunması için tarafların sözleşmedeki yükümlülüklerine riayet etmeleri gerekir. Gündelik hayatta özellikle ticarî işlemlerin yoğunluğu da göz önünde bulundurulduğunda kişiler “basiretli tâcir” olarak, sözleşme avantaj ya da dezavantajlarını sözleşme öncesinde değerlendirmelidirler. Sözleşmede yüklenilen edimlerin hafifletilmesi ya da ortadan kaldırılması ancak uyarılama gibi nadir durum şartlarına bırakılmalıdır.

Borçlunun ahde vefa göstermesi, aynen ifa kuralına da hizmet eder. Aynen ifa, bir borcun taraflarca kararlaştırılan şekliyle yerine getirilmesini anlatır¹⁸³. Sorumluluk hukukunda da asıl olan aynen tazmindir¹⁸⁴. Dolayısıyla esas amaç, malvarlığında meydana gelen değişikliklerin kişilerin iradesi doğrultusunda olmasını ve malvarlığının zarar gördüğü durumlarda eski hâlin aynen iadesini sağlamaktır. Kişinin iradesi dışında malvarlığında değişiklik olması arzu edilmez. Hâlbuki sözleşmeye müdahale serbest bırakıldığında, kişinin malvarlığı içinde yer alan alacak hakkı, bu hakka bağlı olan diğer hak ile borçları ve alacağın ifa edilmemesinden etkilenen diğer yatırımları zarar görmektedir¹⁸⁵. Alacak konusu şeyin yerine tazminat ya da cezaî şart gibi ödemelerin

¹⁸³ Kılıçoğlu, s. 814; ifa tarzı terimini kullanarak aynı yönde, Eren, F., Borçlar Genel, s. 1039.

¹⁸⁴ Deutsch, s. 542; icra etmek zor olduğu için mahkemelerin genelde aynen tazmin yöntemini tercih etmediğine dair, Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 120.

¹⁸⁵ Fakat bir görüşe göre alacaklının yaptığı yatırım, sözleşmeye müdahale edilmesi suretiyle zarara uğratıldıysa, bunun üçüncü kişi tarafından tazmin edilmesi gerekmez; zira alacaklı ticarî teşebbüste bulunmadan önce bu riskleri biliyordu, onun zararının tazminini istemesi ancak BGB § 826 yoluyla mümkün olabilir, Schramm, s. 331. Bu görüşe maalesef katılamıyoruz. Çünkü kişilerin zararına sebep olabilecek hayattaki her unsur risktir ve bu unsurlar hayatında yer aldığı için her türlü zarara zarar görenin katlanmasını beklemek haksızlık olur. Örneğin, motorlu taşıt aracı kullanmak risktir. Bu araca kusurlu davranan bir başka araç sahibi gelip zarar verirse, söz konusu zarara zarar görenin katlanmasını

yapılması da kişinin tüm zararlarını her zaman tazmin etmeyebilir. Örneğin makine teçhizatını B'ye devretme konusunda sözleşme yapmış ancak devri henüz gerçekleştirmemiş olan A'nın bu sözleşmesinden vazgeçerek, makineleri daha iyi teklif sunan C'ye satmaya karar verdiğini düşünelim. Böyle bir olayda B bu makineleri kullanabileceğini düşünerek, başka makine arayışına girmemiştir. Ancak sonradan üretim yapamadığı için de en azından belirli bir süre üretimi durmuştur. Bunun gibi, yatırım düşüncesiyle B makineyi kullanacak birtakım kimseleri işe almış, onları eğitmiş ve bu eğitim için birtakım masraflar yapmış olabilir. Üretimi tamamlayamadığı için satış vaadettiği alıcıları teslimat yapamamış olması da imkân dâhilindedir. Böyle bir durumda B'nin A'dan isteyebileceği tazminat sadece makine bedeli olan zarar ve belki geniş bir yorumla yoksun kalınan kârdır. Bunun dışında kalan bütün yatırımları boşa gitmiştir. Söz konusu durumu hiç kimsenin arzu etmeyeceği aşîkârdır. Dolayısıyla aynen ifa bir hukuk düzeninde öncelikli olmalı, sırf alacaklının zararı borçlu tarafından karşılanıyor diye buna aykırı davranılmasına salık verilmemelidir.

Aynen ifanın önemi aslında kanun düzenlemelerinden açıkça anlaşılmaktadır. Zira âdi işlerde bir borçlu temerrüde düştüğü zaman alacaklının ilk olarak aynen ifa ve gecikme tazminatı istediği varsayılır (TBK m. 125/I); alacaklı müspet ya da menfi zararının tazminini istiyorsa bunu borçluya bildirmelidir. Ekonomik hayatın büyük bir kısmını teşkil eden ticarî satışlarda karine ise temerrüt durumunda alacaklının müspet zararını istediği yönündedir (TBK m. 212/II); alacaklı diğer seçenekleri talep etmek istiyorsa bunu alacaklıya bildirmelidir. Dolayısıyla söz konusu karine şu anlama gelir: Kural olarak ticarî işlerde geç yapılan ifanın artık bir önemi yoktur. Bunun yerine borçlu zararı gidermelidir. Hâl böyleyken üçüncü kişilerin sözleşmeye müdahale etmemesinin, alacaklının yararı açısından ne derece büyük bir öneme sahip olduğu yadsınamaz.

beklemek ne kadar hakkaniyete uygundur? Aynı gerekçelerle başkalarının sözleşmesel haklarını kasıtlı olarak zarara uğratanların da bu zarara katlanmaları gerektiğini düşünmekteyiz.

2. Müdahale İle Sözleşme Yaptırımlarının Etkisiz Kalmasına Sebep Olunduğu ve Zararın Tam Olarak Karşılanamadığı Görüşü

Sözleşmeye müdahale dolayısıyla sorumluluğun kabul edilmemesi bir görüşe¹⁸⁶ göre borcun tam ya da gereği gibi ifa edilmemesi karşılığında öngörölmüş yaptırımları etkisiz bırakır. Zira birçok durumda alacaklının ifadan beklediği yararı sağlaması, borçlunun iradî olarak borcu ifa etmesine bağlıdır; ifa etmediği durumlarda alacağın yerine geçen tazminat borcu, bu yararı karşılamada eksiktir¹⁸⁷.

Bir borçlunun borcu ifa etmemesi durumunda genel olarak üç yaptırımla karşılaşılır: Aynen ifa ve gecikme tazminatı, müspet zararın karşılanması ya da menfi zararın tazmini. Müdahale fiilinden sonra ortaya çıkan sonuçta da - tarafların kararlaştırdıkları cezaî şart gibi ödemeler bir yana- bu üç tazmin şeklinden biri gündeme gelir. Dolayısıyla esasında yaptırımlar etkisiz kalmamaktadır. Ancak bu eleştiri ile kastedilmek istenen odur ki ifa modalitelerine uygun bir aynen ifadan beklenen yarar ile bu ifanın yerini alan herhangi bir şekilden beklenen yarar birbirine eşit değildir. Bunun değerlendirmesi ise borç türleri açısından ayrı ayrı yapılmalıdır.

İfası yüklenilen borç, bir verme borcu ise borcun parça ya da cins borcu olmasına göre de ifa etmemenin sonuçları değişiklik arz eder. Şayet borç cins borcu ise ve müdahale fiili de sözleşmenin sona ermesine yol açmamışsa, borcun varlığı devam ettiği müddetçe borçlu borcunu ifa ile yükümlü olacaktır. Nitekim cins borcu telef olmaz. Ancak müdahale geç ifaya sebep olduğu takdirde, aynen ifa gerçekleşse de yine ortada bir zarar bulunabilir. Buna karşılık borç bir parça borcu ve müdahale sonucunda artık bu borcu ifa imkânı kalmamışsa, borcun da hâlâ var olması şartıyla, bu borcun yerini tazminat borcu alır. Söz konusu tazminat ise çoğu durumda alacaklının edimden beklediği yararı tam karşılamayacaktır. Yapma borcu ile kaçınma borçlarının ise cebri icra

¹⁸⁶ Koziol, s. 159.

¹⁸⁷ Sarıkaya, s. 24; Koziol, s. 160.

marifetiyle ifası ihtimali fiilen çok daha zordur. Bu sebeple sözleşmeye müdahale sebebiyle bunların ifa edilmemesi hâllerinde de yerlerini tazminat borcu alacaktır. Oysa bu tazminat her zaman bütün zararları karşılamaya yetmeyebilir. Tüm bu ihtimaller değerlendirildiğinde ortaya çıkmaktadır ki müdahale sebebiyle ifa modalitelerine uymayan her ifa, alacaklının aleyhine sonuçlanmaktadır. Dolayısıyla sözleşmeye müdahale fiillerine izin verilmesi, alacaklıdan ifadan beklenen yararını zedeler.

3. Müdahalenin Kamu Düzenine Aykırılık Oluşturduğu Görüşü

Doktrinde ileri sürülen bir fikre¹⁸⁸ göre üçüncü bir kişinin yükümlülüğün ifa edilmemesi için sözleşmeye müdahale etmesi, kamu düzenine aykırıdır. Bu sebeple sözleşmeye müdahaleler haksız fiil oluşturduğu takdirde, önlenmesi gereken fiillerdir¹⁸⁹.

Müdahalenin kamu düzenini bozduğu görüşüne karşı çıkan fikre¹⁹⁰ göre ise müdahale fiilinin sonucu, en nihayetinde bir sözleşmenin ihlal edilmesine sebep olacaktır; bu durumun kamu düzenini bozduğundan bahsedilemez. Ekonomik kamu düzeni açısından burada bir menfaat çatışması yoktur; sözleşmeyi ihlale yöneltmenin önlenmesine ilişkin kural, toplumu değil, sadece özel kişiyi korur¹⁹¹.

Sözleşmeye müdahalenin kamu düzenini ihlal edip etmediğinin tespiti için “kamu düzeni” kavramına değinmek gerekir. Görüş birliğine varılmış bir tanım olmasa da genel olarak kamu düzeni, toplumun genel yapısını ve çıkarlarını koruyan kurallar bütünüdür¹⁹². Kamu düzeni, toplum huzurunun, sağlığının, güvenliğinin ve iş hayatındaki dürüstlüğün tesis edildiği yaşayış hâlidir¹⁹³. Dolayısıyla bir konunun kamu düzenini ilgilendirdiğinden bahsedebilmek için bu konunun sadece bir ya da birkaç kişinin değil,

¹⁸⁸ DCFR, s. 3067.

¹⁸⁹ DCFR, s. 3067.

¹⁹⁰ Paksoy, s. 48, 49. Aynı yönde, Atasoy, s. 163.

¹⁹¹ Atasoy, s. 163.

¹⁹² Hatemi, Hüseyin: Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle B.K. 65 Kuralı), İstanbul 1976, (Hatemi, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık), s. 43; Kılıçoğlu, s. 141; Antalya, Cilt: V/1,1, s. 458.

¹⁹³ Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 173; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 186.

bütün toplumu ilgilendiren bir mesele olması gerekir. Sözleşmeyi ihlale yöneltme sonucu bir ihlal gerçekleştiğinde, duruma ihlal edilen sözleşme açısından bakılırsa, sadece bir tarafın yararı zarar görmüş olur. Bu ihlal de tek başına tüm toplumu ilgilendirmez. Ancak bu fiilin icrası serbest bırakılırsa, söz konusu durumun hukuka uygun olur. Tek bir kişinin sözleşme ihlali, kamu düzeninin bozulması için yeterli olmayabilir; fakat toplumun tümü bu davranışta bulunursa kamu düzeni bozulur. Çünkü böyle bir hâl, tüm bireylere, istedikleri zaman sözleşmelerinden dönebilecekleri ya da onun gereğini yerine getirmeyebilecekleri hususunda izin verilmesi demektir. Üçüncü kişiler açısından da istedikleri zaman başkalarının hukukî ilişkilerine, yatırımlarına zarar verebilecekleri anlamına gelir. Hâlbuki nasıl üçüncü kişiler aleyhine onların rızası olmadan borç tesis edilmesi yasaksa, üçüncü kişilerin de başkalarının hukukî durumunu etkileyen müdahalelerde bulunmaları yasak olmalıdır. Herkes bildiği ya da bilmesi gereken hukukî ilişkilere saygı göstermekle yükümlüdür.

Sözleşmeye müdahaleye izin verilmesi, ekonomik hayatta işlem güvenliğini de etkiler¹⁹⁴. Zira bu hâlde, sözleşme ilişkisi içinde olan herkes, her an sözleşmelerinin ihlal edileceği endişesi ile yaşar. Herkesin iş hayatında tedirgin olduğu bir toplumda ise kamu düzeninin tanımında yer alan, toplum huzurunun, güvenliğin ve iş hayatındaki dürüstlüğü var olduğundan bahsedilemez. Bir yandan var olan sözleşmenin geçerliliğini tanıırken, diğer yandan bu sözleşmenin bozulmasına ya da ihlaline cevaz vermek, ekonomik hayatta kargaşanın oluşmasına zemin hazırlar. Buna bağlı uyuşmazlıkları da beraberinde getirir. Dolayısıyla sözleşmeye müdahalenin engellenmesi, kamu düzeninin sürdürülmesine katkı sağlar.

¹⁹⁴ Ekonomik mübadele ilişkisinde güvenin toplumda güven sağlanması açısından büyük öneme sahip olduğu, aksi durumun ortaya çıkması hâlinde sosyal tehlikelerin ortaya çıkacağı yönünde, Işıқтаç, s. 223.

4. Sorumluluğun Dürüst ve Bozulmamış Rekabete Hizmet Ettiği Görüşü

Gelişen bir ekonominin varlığı için rekabet ortamı gerekli bir unsurdur. Ancak bu unsurun, tüketiciler, rakipler ve ekonomi başta olmak üzere tüm katılımcılar menfaatine olacak şekilde temin edilmesi gerekir¹⁹⁵. Kişinin amacına ulaşması için her yolun mubah görülmesi, dürüst ve bozulmamış rekabet ortamıyla bağdaşmaz¹⁹⁶. Dolayısıyla sözleşmeyi ihlale yöneltme fiili, dürüst ve bozulmamış rekabet ortamı için zararlıdır¹⁹⁷.

Sözleşmeye müdahalenin rekabet ortamını etkileyip etkilemediği, dürüst ve bozulmamış rekabetin kapsamının belirlenmesiyle tespit edilebilir¹⁹⁸. Ekonomik bir terim olarak rekabet, benzer ürün satan ya da hizmet sunan kişi ya da kurumların, gelir, kâr ve pazar paylarını arttırmak için yarışmalarıdır¹⁹⁹. Dürüst rekabet de rekabet ortamının, ahlâka ve dürüstlük kurallarına uygun²⁰⁰, katışıksız, hilesiz²⁰¹ olanını ifade eder. Bozulmamış rekabet ise toplumun düzgün işleyen bir rekabet ortamına sahip olmasıdır²⁰². TTK m. 54 haksız rekabet hükümlerinin amacı olarak, her türlü rekabetin değil, “dürüst ve bozulmamış rekabetin korunması”nı ifade etmektedir. Sözleşmeye müdahale durumunda rakip, birtakım vaat ve telkinlerde bulunmak suretiyle kurulmuş bir sözleşmenin ifa edilmemesi ya da bozulması için çaba sarf etmektedir. Başkasının sözleşme ilişkisini bilerek onun bu işlemi işlevsiz hale getirmek, rakibin ticarî ilişkilerini sabote etmek anlamına gelir. Herkesin istediği zaman istediği sebeple

¹⁹⁵ Bkz. § 3, F.

¹⁹⁶ Sarıkaya, s. 24.

¹⁹⁷ Sarıkaya, s. 24; Kapancı, s. 19. Haksız Rekabet Kanunu’nun (UWG-Unlauterer Wettbewerb) dürüstlük kuralının uygulanmasından başka bir şey olmadığı ve sözleşmeye müdahalenin de özünde dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği görüşlerini belirterek aynı yönünde, Müller, s. 45, 60.

¹⁹⁸ Dürüst ve bozulmamış rekabet kavramının tanımı, “dürüst” ve “bozulmamış” sıfatlarının aynı anlama gelip gelmediği konusunda öğretide görüş birliği yoktur. Bu konuda kapsamlı bir çalışma olarak bkz. Bektaş, İbrahim: “Haksız Rekabet Hukukunda Dürüst ve Bozulmamış Rekabeti Sağlama Amacı (TTK m. 54) ve ‘İşleyen Rekabet’ Ölçütü”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXXIV, S. 3, Y. 2018, s. 277-310.

¹⁹⁹ (Editörler) Acar, Uğurcan/Karataş, İbrahim Halil/Aydoğdu, Ertunç: Ekonomi Sözlüğü, İstanbul 2020, s. 345; Hançerlioğlu, Osman: Ekonomi Sözlüğü, 12. Basım, İstanbul 2012, s. 342.

²⁰⁰ Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 346; Poroy/Yasaman, s. 372; Bozer/Göle, s. 234; Şener, 592.

²⁰¹ TTK m. 54/1 gerekçe.

²⁰² Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 346; güven duyulan hilesiz rekabeti ifade ettiği ile ilgili, Poroy/Yasaman, s. 372; Bozer/Göle, s. 234.

sözleşmesine son verebilmesi de düzgün işleyen bir rekabet ortamının göstergesi değildir. Hâl böyleyken sözleşmeye müdahale ile dürüst ve bozulmamış rekabetin bağdaştığı söylenemez.

5. Müdahalenin Ahlâka Aykırılık Oluşturduğu Görüşü

Üçüncü kişilerin sözleşmeye müdahalesi konusunda ileri sürülen görüşlerden²⁰³ biri de müdahalenin ahlâka aykırı olduğunu ifade etmektedir. Buna göre sözleşmeye müdahale ederek onun bozulmasına ya da ifanın gerçekleşmemesine sebep olanlar, ahlâka aykırı hareket etmiş olurlar. 20. Yüzyılda münferit bir haksız rekabet kanununun olmadığı dönemlerde de söz konusu davranış ahlâk kuralına aykırı sayılarak, açılan davalar haksız fiil hükümlerine dayandırılmıştır²⁰⁴. Bugün de Türk-İsviçre Hukuku'nda hâkim görüş, sözleşmeye müdahale fiillerinin ahlâka aykırı bir haksız fiil olduğunu ifade eder²⁰⁵.

Görüş aleyhinde ileri sürülen bir fikre²⁰⁶ göre ise sözleşme tarafı olmayan bir kimsenin sözleşmenin ifası için çaba sarf etmesi beklenemez. Sözleşme ihlal davranışı ahlâka aykırı görülmediğine göre, ihlale yöneltme davranışı evleviyetle ahlâka aykırı sayılmamalıdır; bu sebeple ihlale yöneltme ne genel ahlâka ne de ticarî ahlâka aykırıdır²⁰⁷.

Ahlâk, bir toplumda oluşan değer yargılarına göre yapılması ya da yapılmaması gerekeni düzenleyen sosyal düzen kurallarının bütünüdür²⁰⁸. Daha genel ve belirleyici bir tanımla ahlâk, başkasına ve topluma zararı olabilecek her türlü davranış biçimi şeklinde ifade edilmiştir²⁰⁹. Böylece toplumun genel kabul görmüş değer yargılarına aykırı,

²⁰³ DCFR, s. 3254; Müller, s. 121;

²⁰⁴ Sarıkaya, s. 25.

²⁰⁵ Bkz. § 3, E, F.

²⁰⁶ Paksoy, s. 52; Kapancı, s. 19.

²⁰⁷ Paksoy, s. 53, 54.

²⁰⁸ Ateş, Derya: Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık, Birinci Bası, Ankara 2007, (Ateş, Genel Ahlaka Aykırılık), s. 82; Gürler, Sercan: “Sunuş”, H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlâk Ayrımı (Ed. Sercan Gürler), 2. Baskı, İstanbul 2017, s. 11; Kuçuradi, İonna: Uludağ Konuşmaları Özgürlük, Ahlâk ve Kültür Kavramları, Beşinci Baskı, Ankara 2014, s. 24, 25.

²⁰⁹ Hatemi, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık, s. 119.

kişilere ya da topluma zarar veren davranışlar ahlâka aykırı kabul edilir²¹⁰. Üçüncü kişilerin sözleşmeye müdahale eden davranışlarının ahlâka aykırı olup olmadığı da bu tanım göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir. Hiç kimse, sözleşme ile bağlı müşterilerinin alınmasını, iş ilişkilerinin bozulmasını ya da işçilerinin başkası tarafından ayarılmasını istemez. Diğer yandan dünya üzerinde kabul gören tüm öğretiler için, kişinin kendisine yapılmasını istemediği davranışı başkasına yapması uygun değildir²¹¹. Dolayısıyla bu sonuçlara sebep olan üçüncü kişilerin davranışları da toplum tarafından uygun karşılanmaz. O hâlde sözleşmeye müdahale etmek, ahlâka uygun bir davranış değildir. Ahlâka aykırı bir davranış insanların vicdanını rahatsız ettiğine göre, bu davranışın ne kadar hukuka uygun görülebileceği, hukuka uygunluğuna dair bir kural konulsa bile, bu kuralın ne kadar adaleti tesis edebileceği, üzerinde düşünülmesi gereken bir konudur.

Sözleşmeye müdahalenin ahlâka uygun kabul edilmesiyle, rakiplerden onların birbirinin kârı için çaba sarf etmeleri beklenmiş olmaz. Sonuçta böyle bir durumda kişilerden, kendilerine gelen ekonomik fırsatları, rakiplerine yönlendirmeleri istenmemektedir. Beklenen davranış, rakibin sözleşme kurmasını sağlamak değil, kurulmuş sözleşmelere saygı duymaktır. Bu beklentinin gerçekleşmesi, aynı zamanda dürüst ve bozulmamış rekabete de hizmet eder. Zira serbest rekabet demek, katılımcıların özgür ekonomik kararlar verebildiği ortamda bulunmaları demektir. Oysa sözleşmeye müdahale edildiği zaman karar verme özgürlüğü baskılanmış ya da etkilenmiş olmaktadır. Söz konusu sebepler dolayısıyla, sözleşmeye müdahaleci davranışların, şartlar gerçekleştiği takdirde ahlâka ve hukuka aykırı görülmesi gereklidir.

²¹⁰ Ahlâka aykırılığın tanımı ve belirlenmesi daha geniş olarak § 6, B, 2, a. başlığında incelenmektedir.

²¹¹ “*Kendine yapılmasını istemediğin şeyi kardeşine nasıl hükmediyorsun? Bilmiyor musun ki benim için kuyu kazarsan nihayet kendin düşersin*”, Mevlâna Celaleddin Rumî, Mesnevî, 6. Cilt, 1569. ve 1570. beyitler; “*Kendine yapılmasını istemediğin şeyi başkasına yapma*”, Konfüçyüs, (Çev.: Muhaddere Nabi Özerdim): Konuşmalar, Ankara 1963, s. 105; bunun bir doğa yasası olduğu hakkında Hobbes, Thomas: (Çev.: Semih Lim), Leviathan, 16. Baskı, İstanbul 2018, s. 133; rekabet hukukunda bunun ölçü olduğuna dair, Müller, s. 45.

6. Müdahalenin Dürüstlük Kuralına Aykırılık ve Hakkın Kötüye Kullanılması Teşkil Ettiği Görüşü

Doktrinde bir görüşe²¹² göre sözleşmeye üçüncü kişi tarafından müdahale edilmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Dürüstlük ilkesi (true und glauben), hiç kimsenin kastî olarak, bir başkasının hakkına müdahale etmeyeceğine güven duyulmasını da ifade eder²¹³. Dürüstlük ilkesinin fonksiyonu, herkesin, diğer vatandaşların çizdiği sınırların ihlal edilmeyeceğine dair güven ile barış ortamını tesis etmektir ve bu ilke hukukun tüm alanlarında geçerlidir²¹⁴. Bu sebeple bir başkasının alacak hakkına müdahale ederek zarar vermek dürüstlük ilkesine aykırıdır. Diğer yandan Roma Hukuku'na göre dürüstlük kuralının bir anlamını da kişilerin sözleşmelerde verdikleri söze uygun davranmaları oluşturmaktaydı²¹⁵ ki sözleşmeyi bozmak da böyle bir durumda dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmektedir.

Söz konusu görüşün aksi sayılabilecek diğer bir görüş²¹⁶ ise dürüstlük kuralını haksız fiil çerçevesinde bir koruma normu kabul etmez; çünkü dürüstlük kuralı ancak taraflar arasında daha önce sözleşme dolayısıyla bir hak ve yükümlülük ihdas edilmişse işletilebilir. Oysa culpa in contrahendo gibi birtakım sorumluluklar da sözleşme dışı ilişkiler için tanınmaktadır. Dolayısıyla dürüstlük kuralının sadece taraflar arasında

²¹² Müller, s. 69; Art. 2 ZGB hükmünün irade serbestisinden üstün olduğu yönünde, s. 42; herkes diğerinin doğru ve dürüst davranacağına, iyi ahlâkla bağlantılı olarak güvenebilmelidir, s. 69; Saymen, Ferit H.: “Akid Yapmak Hakkının Suiistimali”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, VII, Y. 1941, s. 541-563, (Saymen, Akid), s. 559; Işıқтаç, Yasemin: Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme, 2. (Tıpkı) Basım, İstanbul 2014, s. 319; Çağlayan Aksoy, s. 474 vd. TTK m. 54’ün gerekçe metni de bir tür haksız fiil olan haksız rekabet fiillerinin, dürüstlük kuralına aykırı olduğunu ifade eder.

²¹³ Müller, s. 92, 93.

²¹⁴ Honsell, Heinrich/Vogt, Peter Nedim/Geiser, Thomas: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 3. Auflage, Basel-Genf-München 2006, s. 29; Müller, s. 29, 32; aşırı ferdiyetçi bir kanunun Almanya’da eleştirildiği ve dürüstlük kuralı ile bunun sınırlanmak istediği hakkında, Schwarz, Andreas, B.: (Çev.: Hıfzı, Veldet), Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1942, s. 187.

²¹⁵ Honsell/Vogt/Geiser, s. 30; Merz, Hans, (Erläutert von: Liver, Peter/Meier-Hayoz, Arthur/Merz, Hans/Jäggi, Peter/Huber, Hans/Friedrich, Hans-Peter/Kummer, Max): Einleitung Artikel 1-10 ZGB in Berner Kommentar Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Hrsg. Arthur Meier-Hayoz), Bern 1966, (Merz, Einleitung, s. 227.

²¹⁶ Honsell/Isenring/Kessler, s. 30, dürüstlük kuralının bir koruma normu olmadığı yönünde, 85. Ayrıca bkz. Honsell/Vogt/Geiser, s. 39.

önceden bir hukukî ilişki varsa işletilebileceği görüşüne karşı çıkan fikir²¹⁷, söz konusu görüş sahiplerinin culpa in contrahendo sorumluluğunu da reddetmelerini önerir.

Sözleşmeye müdahale etmenin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edip etmediğini söyleyebilmek için, dürüstlük ilkesinin işlevini ve uygulama alanını incelemek gerekir. Dürüstlük ilkesi genel olarak kişilerin sözlerine sadık kalmalarını, karşılıklı güvenlerini boşa çıkarmamalarını ve dürüst bir kimseden beklenen davranış biçimini ifade eder²¹⁸. Daha yaygın bir tanımla da dürüstlük kuralı, dürüst, namuslu, makul, orta zekâda bir vatandaş tarafından, belirli bir olayda gösterilmesi beklenen, hukuka, ahlâka ve örf-âdete uygun davranış biçimidir²¹⁹. İlkenin çıkış noktası, kişilerde uyandırılan güvene sadık kalma düşüncesidir²²⁰. Bu bakımdan dürüstlük ilkesi ahlâk kurallarından ayrı düşünülmemekte, hatta ondan doğduğu ifade edilmektedir²²¹. Taraflar ileri sürmüş olmasalar bile hâkim bu ilkeyi resen uygular²²². Böylece dürüstlük büyük bir öneme sahip

²¹⁷ “Sözleşmeye dayalı hakların göreceli doğasını böyle bir çözüme karşı aşılmaz bir engel olarak gören herkes, sözleşmenin herhangi bir "üçüncü taraf korumasına" da tutarlı ve katı bir şekilde karşı çıkmalıdır”, Gauch/Schleup/Schmid/Rey/Emmegger, s. 151.

²¹⁸ Giritlioğlu, Necla: Dürüstlük Kuralları, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Özellikle Şekil Eksikliğinden Dolayı Geçersizliğin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı ile Sınırlandırılması, İstanbul 1989, s. 4; Meier-Hayoz, Arthur: Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss, Aarau 1948, s. 84; Hausheer, Heinz/Jaun, Manuel: Die Einleitungsartikel des ZGB, Art. 1-10 ZGB, Bern 2003, s. 107; Müller, s. 29; Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil. Band I, 14. Auflage, München 1987, s. 125; Tuor, Peter (begründet von)/Schnyder, Bernhard/Schmid, Jörg/Rumo-Jungo, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2009, s. 54, 55. Dürüstlük öyle sihirli bir kavramdır ki insanın var oluşundan bu yana hayatının vazgeçilmez olan değerler arasındadır. Bu gerekliliği Cicero veciz sözleriyle şöyle ifade eder: “*Şimdi en basit insanlara karşı bile dürüst davranma gereğini hatırlayalım... Haksızlık iki türlü yapılır, ya güç kullanarak ya da hile ile. Hile tilkiye, güç aslana vergidir; her ikisi de insan yaratılışına aykırıdır, ama en çok nefret uyandıran hiledir. Fakat haksızlıklar içinde en beteri de, özellikle başkalarını aldatmada iyi insan görünmeye çalışanlarındır*”, Cicero, s. 13; “*Gerçi her erdem bizi kendisine çeker ve buna sahip görünen kimseleri bize sevdirebilir, ama en çok dürüstlük ve cömertlik bu etkiyi yapar. Hiçbir şey iyi insanların karakter benzerliğinden daha hoş, daha birleştirici değildir...*”, Cicero, s. 16.

²¹⁹ Schwarz, s. 188; Arslan, Ramazan: Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, (Arslan, R.) s. 23; Dural, Mustafa/Sarı, Suat: Cilt I Türk Özel Hukuku, Temel Kavramlar ve Medenî Hukukun Başlangıç Hükümleri, 17. Baskı, İstanbul 2022, s. 182; Merz, Einleitung, s. 230.

²²⁰ Meier-Hayoz, s. 84, 85; Giritlioğlu, s. 5; Arslan, R., s. 24; Merz, Einleitung, s. 227; Akyol, Şener: Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İkinci Baskı, İstanbul 2006, s. 8; Serozan/Engin/Atamer, s. 279.

²²¹ Giritlioğlu, s. 7; sosyal ve ahlâkî yönü olduğu hakkında, Barlas, Nami: “Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medenî Kanunundaki Düzenlenme Tarzı ve Eleştirisi”, İHFM, C. LV, S. 3, Y. 1997, s. 191-208, (Barlas, Dürüstlük), s. 200; Akyol, s. 10; dürüstlük kuralına uygun davranışın belirlenmesinden genel ahlâk kurallarının dikkate alındığına dair, Dural/Sarı, s. 182, 183; Müller, s. 25, 32; aksi yönde, Oftinger/Stark, s. 63; dürüstlük kuralının ahlâk kavramı ile örtüşmesinin zorunlu olmadığına dair, Barlas, Müdahale, s. 422.

²²² Arslan, R., s. 24; Giritlioğlu, s. 45; Dural/Sarı, s. 200.

olan, hukukî ilişkilerdeki adaleti tesis adına âdeta ölçü norm niteliği taşıyan bir ilkedir. Doktrinde ilkenin uygulama alanı konusunda görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bir görüşe²²³ göre ilke sadece taraflar arasında özel bağlantı varsa uygulanır; buna göre ilkenin uygulanabilmesi için tarafların daha önce bir hukukî ilişki vasıtasıyla temasta bulunmuş olmaları gerekir. Diğer görüşe²²⁴ göre ise böyle bir bağ olması gerekmez; hatta kamu hukuku alanında dahi ilke uygulama alanı bulur. TMK m. 2 lafzına bakıldığında, ilkenin uygulanacak hak türü açısından bir ayırım yapmadığı görülmektedir. Diğer yandan sadece özel hukuk alanında ilkenin uygulanacağını kabul etmek, diğer alanlarda dürüst olmayan ilkelere cevaz verildiği anlamına gelir. Bu da adalet duygusu ile bağdaşmaz. Dolayısıyla kişiler arasında ortaya çıkan ilişkinin türü ne olursa olsun, aralarında özel bağlantı (die Sonderverbindung) oluşsun ya da oluşmasın dürüstlük ilkesinin uygulamasını kabul etmek gerekir. Kaldı ki kişiler arasında özel bir bağlantı olmasa bile sırf başkasını zarara uğratmayı amaçlayan davranışların, ahlâka ve dürüstlük kuralına aykırı ve OR m. 41/II kapsamında olduğu ifade edilmektedir²²⁵. Hâl böyle olunca sözleşmesel bir ilişkiye üçüncü kişilerin müdahale ettiği hâllerde de dürüstlük ilkesinin uygulandığından bahsedilir.

²²³ Honsell/Isenring/Kessler, s. 30; Merz, Einleitung, s. 236; Fikentscher, s. 127; Zeller, Ernst: True und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot, Zürich 1981, s. 277; Larenz, Karl: Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 6. Auflage, München 1983, s. 222; Oftinger, Karl/Stark, Emil W.: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zwieter Band: Besonderer Teil, 4. Auflage, Zürich 1987, s. 40; Furrer/Müller-Chen/Çetiner, s. 352; Kapancı, s. 15; Barlas, Müdahale, s. 422; Keller/Gabi-Bolliger, s. 40, ancak yazarlara göre ticarî ilişkiler özel bağlantı şartını sağlamaktadır (s. 40). Sözleşmeye müdahale fiillerinin büyük bir çoğunluğunun ticarî hayatta meydana geldiği düşünüldüğünde, sorumluluğun kabul edilebilir bir zeminde olduğu açıktır.

²²⁴ Müller, s. 29, 32, 39; 47, 69; özel bağlantı yerine asgarî etîğin aranması gerektiği yönünde, s. 45; mutlak haklar konusunda da özel bağlantı olmadığı ama yine de bu hakların korunduğu yönünde, s. 92; Gutzwiller, s. 146; Sungurbey, Dürüstlük-Çifte Satış, s. 41; Barlas, Dürüstlük, s. 191, 200; Honsell/Vogt/Geiser, s. 29; Larenz, s. 127, 128. İlkenin kamu hukuku alanında da uygulanacağını belirtmekle birlikte, özel hukukta uygulanabilmesi için özel bir bağ olması zorunluluğu yönünde, Giritlioğlu, s. 8, 9.

²²⁵ Hausheer/Jaun, s. 124, 125; Larenz, s. 128; Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Halûk/Altıp, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 481; dürüstlük kuralının ahlâki bir temele sahip olduğu yönünde, Akyol, s. 2; dürüstlük kuralı bütün yazılı kuralların temelidir, Müller, s. 32, o halde bir kuralın kendisinden doğduğu kuralın aksini içermesi düşünülemez.

Üçüncü kişilerin sözleşmeye müdahale fiillerinin dürüstlük kuralına aykırı sayılması için sadece ilkenin uygulama alanına girmiş olması yeterli değildir. Ayrıca müdahale fiilinin dürüstlük kuralına aykırı sayılıp sayılmadığının da değerlendirilmesi gerekir. Sözleşmeye müdahale eden kişinin sorumluluğunun ileri sürüldüğü örneklerde, üçüncü kişi mevcut sözleşmesel ilişkiyi bilmekte, ancak fiilinin alacaklı açısından zararlı sonuçlanacağını farkında olmasına rağmen fiili icra etmektedir. Bunun sonucunda da ifa yararı tamamen ya da kısmen engellenmektedir. Söz konusu fiili üçüncü kişi kendi yararı için ya da sırf alacaklının zarar görmesi için yapmaktadır. Fakat ilkenin uygulanabilirliği için bunun önemi yoktur. Sonuçta o, alacaklının zararını bilerek ve isteyerek ya da öngörmesine rağmen kabullenerek hareket etmektedir. Böyle bir durumda üçüncü kişinin dürüstlük kuralına uygun hareket ettiğinden bahsedilemez. Çünkü iş ilişkilerinde dürüst kişilerden beklenen davranış biçimi, başkalarının iş ilişkilerinde kasıtlı bir zarara neden olmadan ve eşit rekabet ortamında hukukî işlemlerini yürütmeleridir. Borçlunun iradesini etkileyerek borcunu ifa etmemesini sağlamak, eşitler arası rekabetten bahsetmeye engeldir. Serbest rekabet ortamında olmaları da bu fiillerini ilkeye uygun hâle getirmez. Nihayetinde ticarî ilişkiler de dürüst ve bozulmamış rekabet ortamına atıf yapmakta, başkalarının ticarî ilişkilerine kasıtlı zarar verir biçimde gerçekleştirilen, kıran kırana bir rekabet ortamını uygun görmemektedir²²⁶. Kendisinin de kâr elde etmek istediğinden bahisle, kişinin bütün engelleri ne pahasına olursa olsun ortadan kaldırması hakkaniyet duygusuna hitap etmez. Bu gerekçelerle sözleşmeye müdahale eden üçüncü kişinin fiilinin dürüstlük ilkesine uygun olduğundan bahsedilemez²²⁷.

²²⁶ Adaletin ruhu, kimseye zarar vermemek ve ortak yararı gözetmektir, Cicero, s. 10; tamahkârlığı ve intikamı hukuk korumaz, Işıқтаş, s. 217.

²²⁷ Durumun hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği yönünde, Serozan/Engin/Atamer, s. 284. Davran'a göre dürüstlük kuralı sübjektif hakların kullanılmasında ya da borçların yerine getirilmesinde göz önünde bulundurulur. Bir sözleşme yapmak ya da ticaret yapmak birer sübjektif hak değildir. Bu yüzden söz konusu durumlarda dürüstlük kuralının ihlalden ya da hakkın kötüye kullanıldığından bahsedilemez, Davran, Cahit: "Ahlâka Aykırılık Sebebiyle Mes'uliyet (Borçlar Kanunu 41/II üzerinde bir inceleme)", İBD Haziran 1955, C. XXIX, S. 6, s. 268 – 286, s. 274. Anayasa'nın 48. maddesinde çalışma ve sözleşme hürriyetinin açıkça düzenlenmesi ve ticarî hayata da sözleşmelerin hâkim olması dolayısıyla maalesef bu görüşe katılamıyoruz.

Dürüstlük ilkesi ile birlikte değerlendirilmesi gereken bir diğer mesele de üçüncü kişinin fiilinin hakkın kötüye kullanılması teşkil edip etmediğidir. Hakkın kötüye kullanılmasında, iddia edilen bir hakkın kullanılmasıyla açık bir haksızlık oluşmakta ve ihlal edilen hakkı korumak için başka bir yol kalmamaktadır²²⁸. Söz konusu yasağın uygulama alanında görünüşte hak ile gerçek hak durumu birbirine uygun değildir ve yasak, görünüşün gerçek hakka uygun hâle getirilmesi için bir ölçüt oluşturur²²⁹.

Hakkın kötüye kullanılması yasağına, TMK m. 2’de dürüstlük kuralı ile birlikte yer verilmiştir. Bu açıdan aralarında sıkı bir bağlantı olduğundan bahsedilir. Genel kabule göre dürüstlük ilkesi ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, aynı ilkenin olumlu ve olumsuz değişik görünümleridir; hak dürüstlük kuralına aykırı kullanıldığı zaman, bu, hakkın kötüye kullanıldığı anlamına gelir²³⁰. Ancak bunların uygulama alanı olarak tamamen örtüşüklerinden de bahsedilemez; dürüstlük ilkesi konu bir hak olmadığında da uygulanır²³¹. Bu açıdan üçüncü kişinin fiilinin, hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olup olmadığını ayrıca değerlendirilmelidir. Çünkü bir hakkın kötüye kullanıldığından bahsedebilmek için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. Buna göre bir hak kullanılırken dürüstlük kuralına aykırı kullanıldığı açıkça anlaşılmalı ve hak toplumsal fonksiyonundan saptırılmalıdır²³². Fakat başkasını zarara uğratma kastının ispatını aranmamakta; zira bu ispatı hem güç bulunmakta hem de başka bir amaçla birleşebileceğinden hükmün uygulama alanını daraltacağından bahsedilmektedir²³³.

Sözleşmeye müdahale eden bir kimse, çoğu zaman borçlu ile önceki ifayı engelleyecek yeni bir sözleşme yapmakta, bu vesile ile sözleşme yapma hakkını kullanmaktadır. Ancak sözleşmenin başında, borçluyu önceki sözleşmeyi ifa etmemesi

²²⁸ Giritlioğlu, s. 46. Genel ahlaki bir sınır olduğu yönünde, Honsell/Vogt/Geiser, s. 40.

²²⁹ Hausheer/Jaun, s. 108; Akyol, s. 21, 22; Gutzwiller, s. 146; Merz, Einleitung, s. 231.

²³⁰ Hausheer/Jaun, s. 109, 110; Dural/Sarı, s. 181; Schwarz, s. 193.

²³¹ Arslan, R. s. 34; Dural/Sarı, s. 182; iki fıkranın farklı uygulama alanının olduğuna dair, Gutzwiller, s. 147, 148; Merz, Einleitung, 231.

²³² Saymen, Akid, s. 547 vd.; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 58, 59.

²³³ Hausheer/Jaun, s. 109; Saymen, Akid, s. 548.

konusunda caydırdığı, güçlü telkinlerde bulunduğu, belki de daha iyi bir teklif vererek ikna ettiği durumlarda dürüstlük kuralına da aykırı davranmış olmaktadır. Çünkü böyle bir durumda önceki sözleşme bozulmaksızın borçlunun kendisi ile sözleşme ile yapamayacağını ve bu sonuç gerçekleşirse de alacaklının zarar göreceğini bilmektedir. Diğer yandan üçüncü kişinin aynı konuyu bir başka kimse ile sözleşme yaparak temin etme imkânı vardır. Sözleşme yapmak için ısrarla borçluyu seçmiş olması, onun sözleşme yapmaktan ziyade, dürüstlük kuralına aykırı davranışını ön plana çıkar. Böylece dürüstlük kuralına aykırılık açıkça anlaşılır hâle gelir. Ayrıca sözleşme yapma hakkının, malların ve hizmetlerin piyasadaki ticaret döngüsünü de sağlama fonksiyonu, böyle bir davranışla ötelenir. Çünkü aynı döngü bir başkası ile sözleşme yapılarak da sağlanabilirdi. Hakkı elde etmek için başka bir yöntem varken zararlısını seçmek, dürüstlük kuralına uygun bir davranış olmasa gerektir. Bu sebeple üçüncü kişinin söz konusu davranışı hem dürüstlük kuralına aykırı hem de hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmelidir.

Hakkın kötüye kullanılması hâllerinden biri olan çelişkili davranış yasağı da üçüncü kişi ile yeni bir sözleşme yapan borçlunun davranışının değerlendirilmesi açısından bu başlık altında incelenmesi gereken bir konudur. Yasağa göre, bir kimse nezdinde haklı bir güven oluşturan kişi, daha sonra bu görünüşe aykırı davranarak karşı tarafın güvenini boşa çıkarmamalıdır²³⁴. Sözleşme, tarafların birbirine güven duymasını zorunlu kılan bir hukukî ilişkidir²³⁵. Özellikle taraflar sözleşmenin ifa edileceğine dair güven duymadıkları zaman bu ilişkiye girmek istemezler. Çünkü sözleşmenin amacı budur: Mal ve hizmetlerin değişimini sağlamak. Tarafların bu amaç için zorlanamadığı ve tarafların bu konuda birbirine güvenmediği sözleşmenin hiçbir anlamı kalmaz. O hâlde taraflardan her

²³⁴ Dural/Sarı, s. 197; Hatemi, Giriş, s. 198; Larenz, s. 133; Giritlioğlu, s. 88; Hausheer/Jaun, s. 151; Honsell/Vogt/Geiser, s. 45.

²³⁵ Dürüstlük ilkesinin ilk olarak sözleşmesel ilişki dolayısıyla tarafların birbirine duydukları güven hakkında ortaya çıktığına ve herkesin oluşturduğu haklı beklentileri boşa çıkarmaması gerektiğine dair, Gutzwiller, Max (Herausgegeben von): Schweizerisches Privatrecht, Zweiter Band, Einleitung und Personenrecht, Basel und Stuttgart 1967, s. 145; aynı yönde, Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 54.

biri imkânı ölçüsünde sözleşmeyi ifa için çaba sarf etmek zorundadır. Bu durum yukarıda²³⁶ ahde vefa ilkesi için uygun olduğu gibi, aynı zamanda çelişkili davranış yasağından da kaçınmanın bir gereğidir.

²³⁶ Bkz. § 4, B, 1.

İKİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞMEYE MÜDAHALENİN HAKSIZ FİİL AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Sözleşmeye müdahale fiilinin sorumluluğa yol açmasının gerekip gerekmediği konusunda öğretide ileri sürülen fikirler yukarıda geniş şekilde açıklanmıştır. Bunun yanı sıra her ülkeye göre de sorumluluğun olup olmayacağı ve kabul edildiği takdirde sınırlarının ne şekilde belirlendiği ifade edildiği gibi değişiklik gösterir. Ancak sorumluluğun ihdas edilebilmesi için yalnızca teorik temeller ileri sürmek yeterli değildir. Çalışma kapsamında müdahale fiilinin bir haksız fiil olup olamayacağı irdelendiği için Türk Borçlar Kanunu'ndaki haksız fiil şartlarının da müdahale fiili açısından değerlendirilmesi gerekir. Çalışmanın bu bölümünde müdahale fiili açısından TBK m. 49/I ve II çerçevesinde gerekli olan unsurların varlığı tartışılmaktadır. Söz konusu çerçevede ilk olarak birinci fıkra bağlamında haksız fiil unsurlarının oluşup oluşmadığı araştırılmaktadır. Özellikle fiilin hukuka aykırı olup olmadığı, çalışma ile ileri sürülen tezin ana konusunu oluşturur. II. fıkra bağlamında sorumluluk incelemesi ise ahlâka aykırılığa ve failin kastına yüklenmesi gereken anlam açısından önem taşımaktadır.

§ 5. HAKSIZ FİİL KAVRAMI VE BİR HAKSIZ FİİL OLARAK SÖZLEŞMEYE MÜDAHALE

Borçlar Hukuku'nda bir kimsenin malvarlığı ile sorumlu olmasını gerektiren hâller, sadece sözleşme gereği üstlendiği borçlardan ibaret değildir. Sözleşmeden doğan bir alacak olmamasına rağmen, kişilerin malvarlığında haksız azalmalar meydana gelmiş olabilir. Yalnızca sözleşme dolayısıyla borç doğabileceği kabul edilse idi, örneğin, aracı ile kaza yaparak bir zarara sebep olanın, zarar görene ödeme yapması ya da herhangi bir hukukî sebep yokken zenginleşenin, zenginleştiği şeyi geri vermesi gerekmezdi. İşte, sözleşmesel ilişkiye ait olmayan bir borcu ifa olarak tazmin ya da iade gerektiren sorumluluk türüne sözleşme dışı sorumluluk denilmektedir.

Sözleşme dışı sorumluluğun en önemli türlerinden birini, haksız fiil sorumluluğu oluşturur. Haksız fiil sorumluluğu, başlı başına bir sorumluluk türü olmasının yanı sıra, sözleşmesel sorumluluktaki zararın hesabı gibi açılardan da diğer sorumluluk türleri için önem taşır. Bu sebeple haksız fiilin tanımı, unsurları ve sorumluluğu ortadan kaldıran hâller dikkatle incelenmesi gereken meselelerdendir.

Genel olarak haksız fiil, sözleşme ilişkisi dışında hukuka aykırı ve kusurlu bir fiille başkasına zarar veren bir kimsenin, bu zararı tazminle yükümlü olmasıdır²³⁷. Böyle bir sorumluluk türünde kusur kurucu unsur olduğu için sorumluluk kusur sorumluluğu şeklinde de ifade edilir²³⁸. Bu unsur aynı zamanda haksız fiil sorumluluğunu, diğer sözleşme dışı sorumluluk türlerinden de ayırır.

Yukarıda müdahale fiilinin yaptırıma bağlanmasının çeşitli hukuk sistemleri açısından incelenmesinde görülmüştür ki müdahale fiili genel olarak hep haksız fiil konusu çerçevesinde değerlendirilmektedir. Sistemler açısından farklılık arz eden noktalar, sorumluluğun bir dava adı altında mı yoksa genel hükümler çerçevesinde mi değerlendirildiği ya da hangi şartlar gerçekleştiği takdirde tazminata hükmedileceği gibi meselelerdir. Bu da o hukuk sisteminin sorumluluk konusunda benimsediği görüşe göre değişmektedir. Ancak bütün hukuk sistemleri bir noktada ortaktır ki o da kurulmuş sözleşme ilişkisini bilmesine rağmen bu ilişkiye müdahale ederek zarara sebep olan kişinin bu zarardan bir şekilde sorumlu tutulmalıdır²³⁹. Aşağıda da söz konusu sorumluluğun Türk Hukuku açısından TBK m. 49/I ve II şartları çerçevesinde gerçekleşip gerçekleşmediği incelenmektedir.

²³⁷ Eren, F., Borçlar Genel, s. 594; Olgaç, s. 262; herkese karşı uyulması gereken bir yükümlülüğün ihlali dolayısıyla doğan sorumluluk şeklindeki tanım için, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 475; Akıncı, Borçlar, s. 211; kusur sorumluluğu terimi ile aynı anlamda kullanılmak üzere, Keller/Gabi-Bolliger, s. 4.

²³⁸ Deutsch, s. 4; Roberto, s. 12; Eren, F., Borçlar Genel, s. 567, 594; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 301 vd.; Keller/Gabi-Bolliger, s. 4; Fikentscher, s. 725; Stark, s. 438; Keller, s. 47, kusura dayanan sorumluluk şeklinde ifadesi için, Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 13 vd.

²³⁹ Bkz. § 3. Ayrıca Dobbs, s. 337; ayartmanın haksız rekabet olmasının yanı sıra haksız fiil teşkil ettiği konusunda, Zulliger, s. 36.

§ 6. SÖZLEŞMEYE MÜDAHALENİN HAKSIZ FİİL UNSURLARI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. GENEL HAKSIZ FİİL ŞARTLARI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

1. Fiil

Bir haksız fiilin gerçekleşmesi için gerekli unsurlardan ilki fiil (hareket) dir. Burada fiil ile kastedilen davranışlar insan hareketleridir²⁴⁰. İnsanın bilinçli olarak bir şey yapma ya da yapmama konusunda iradesi sonucu ortaya çıkan hareket tarzı fiil (hareket) olarak adlandırılır²⁴¹. Böylece fiilin maddî ve manevî olmak üzere iki unsurunun olduğu sonucuna ulaşılır. Hukuken önem arz eden bir fiilden bahsedebilmek için olumlu ya da olumsuz şekilde dış dünyada ortaya çıkan bir fiil gereklidir ki bu, fiilin maddî unsurudur²⁴². Fiilin manevî unsuru ise olumlu ya da olumsuz davranışın bir irade sonucu ortaya çıkmasıdır²⁴³.

Çoğunlukla haksız fiil kişinin olumlu davranışı ile ortaya çıkar. Dış dünyada vücut hareketinin aktif bir şekilde görüldüğü davranışlar olumlu fiillerdir²⁴⁴. Koşmak, almak, çarpmak gibi davranışlar, olumlu fiillere örnektir. Buna karşılık olumsuz davranışlar, insan davranışının pasif durumunu ifade eder²⁴⁵. Böyle bir durumda kişi hukuken gerçekleştirmesi gereken bir fiili yapmayarak pasif kalmaktadır. Bir sahilde cankurtaran olarak çalışan kişinin, boğulan birini görmesine rağmen onu kurtarmaması durumunda, cankurtaranın davranış pasif bir fiildir. İster olumlu ister olumsuz şekilde icra edilsin,

²⁴⁰ Keller/Gabi-Bolliger, s. 16; Kılıçoğlu, s. 364; Eren, F., Borçlar Genel, s. 594; Akıncı, Borçlar, s. 211; Foster/Sule, s. 485; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 12; Deutsche, s. 62; Larenz/Canaris, s. 361.

²⁴¹ Kaneti, s. 15; Becker, s. 202; Eren, F., Borçlar Genel, s. 594; Akıncı, Borçlar, s. 211; Fikentscher, s. 717; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 15.

²⁴² Eren, F., Borçlar Genel, s. 595.

²⁴³ Eren, F., Borçlar Genel, s. 595; fiilin iradî olması gerektiği yönünde, Palandt ve diğerleri, s. 1397; mutlaka özgür iradeye dayalı olması gerektiği hakkında, Deutsche, s. 61; Larenz/Canaris, s. 361; fiilin irade unsuru şeklindeki adlandırma için, Kaneti, s. 17.

²⁴⁴ Palandt ve diğerleri, s. 1397; Eren, F., Borçlar Genel, s. 596; Kılıçoğlu, s. 365; von Tuhr, s. 362; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 484; Tandoğan, s. 12; Fikentscher, s. 718; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 15.

²⁴⁵ Palandt ve diğerleri, s. 1397; Eren, F., Borçlar Genel, s. 596; von Tuhr, s. 362; Kaneti, s. 18; Fikentscher, s. 718; Deutsche, s. 66; Larenz/Canaris, s. 361; Kılıçoğlu, s. 365; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 16.

şartları gerçekleştiği takdirde haksız fiil oluşturma açısından iki fiil arasında fark yoktur²⁴⁶.

Fiilin manevî unsuru, onun ortaya konması noktasında kişinin bilinçli hareket etmesidir. Bilinç, hareketin sonucuna değil, hareketin kendisine yöneliktir²⁴⁷. Örneğin, kişinin arkadaşını itme hareketinin arkadaşının yaralanması ile sonuçlandığı bir olayda, itme hareketi şaka yapma niyetiyle veya kişinin yaralanması istenerek yapılmış olabilir. Dolayısıyla bu noktada iki iradeden söz edilmelidir: Fiil iradesi ve sonuç iradesi. Fiil iradesi, fiilin oluşumuna ilişkin unsur ifade ederken, sonuç iradesi bu fiilin kusurlu olup olmadığına ilişkindir. Bu sebeple iki irade birbirinden ayırt edilmelidir. Hipnotize olmuş ya da uyuyan kişinin davranışlarında olduğu gibi, fiil iradesi açısından eksik olan davranışlar, iradeyi kayba yönelik önceki hareket kusurlu değilse sonuç doğurmaz (TBK m. 59).

Sözleşmeye müdahale açısından fiil unsuru değerlendirildiğinde genellikle davranışın aktif bir şekilde ortaya çıktığı görülür. İkna etme, azmettirme ve karar güçlendirme bu türdendir. Ancak pasif davranışların müdahale teşkil etmeyeceği gibi bir kural da yoktur. Örneğin, kendisine borçlusunun borçlarına sadık olduğu konusunda görüşünü beyan etmezse sözleşmeden döneceği konusunda fikir soran alacaklıya, hiçbir beyanda bulunmayan üçüncü kişi pasif bir harekette bulunmuş olur. Nihayetinde sözleşmeye müdahale açısından ilgili olan davranış ya alacak hakkının kendisini ya uygulamasını engelleyen ya da onu boşa çıkaran davranışlardır²⁴⁸.

²⁴⁶ Kaneti, s. 18; Palandt ve diğerleri, s. 1397; Becker, s. 202; Olgaç, s. 265 kaçınma şeklinde bir fiilin, ancak kanunda bir harekette bulunma yükümlülüğü bulunduğu takdirde sorumluluğa sebep olduğuna dair, Keller/Gabi-Bolliger, s. 16, 17; ihmali davranışın fiil olarak kabul edilebilmesi ve sorumluluk sebebi olabilmesi için aynı gereklilik hakkında, Deutsche, s. 67, 68; Larenz/Canaris, s. 361.

²⁴⁷ Deutsche, s. 62, 63; Larenz/Canaris, s. 361. Aynı yönde bkz. Eren, F., Borçlar Genel, s. 595; fiilin irade unsuruna kusur denilemeyeceğini belirterek aynı yönde, Kaneti, s. 17, dn. 53., s. 25.

²⁴⁸ Zulliger, s. 9; bu açıdan davranışın herhangi bir şekilde olabileceği, motivasyon, araç ya da amacın, hareketin varlığını tespit açısından önemli olmadığı yönünde, Schopf, s. 88.

Genel sözleşmeye müdahale fiillerinin çerçevesi ifade edildiği şekilde çizilmekle birlikte, günlük hayatta sıkça gerçekleşen müdahale fiil türleri şu şekilde incelenebilir:

a) Borçlunun Kişiliği Üzerindeki Etkiler

Sözleşmenin kurulmasında sonra üçüncü kişi borçlu üzerinde çeşitli etkilerde bulunarak ifayı etkilemiş olabilir. Bunlar fiziksel etkiler olabileceği gibi manevî etkiler şeklinde de ortaya çıkabilir:

aa) Fiziksel Etkiler

Borçlunun ifayı gerçekleştirme noktasındaki dış dünyadaki hareketinin üçüncü kişi tarafından engellendiği her türlü durum fiziksel etki oluşturur. Borçlunun ölümüne ya da yaralanmasına sebep olacak şekilde bedensel bütünlüğüne zarar verilmiş olması, özgürlüğünden yoksun bırakılması gibi kendi iradesini oluşturarak ifa için harekete geçmesinin engellendiği her durum buna örnektir²⁴⁹.

Borçlu üzerinde fiziki bir etkide bulunulduğu takdirde, artık borçlunun edime uygun hareket edebilme noktasında bir seçeneği kalmaz. Bir işçinin kaçırılıp bağlandığı, hapsedildiği, masa başı çalışan bir kimsenin uyutulduğu bu gibi hâllerde, borcu ifa etmek artık borçlunun elinde değildir. Aslında müdahale hâlinde üçüncü kişinin sorumluluğunu kabul etmek bu noktada büyük önem taşır. Çünkü borçlu zaten kendisine yüklenemeyen bir sebeple borcu ifa edememektedir ve belki de bu sebeple alacaklı kendisinden herhangi bir talepte bulunamayacaktır. Ancak üçüncü kişi kasıtlı olarak bu fiili gerçekleştirmişse, diğer şartlar da sağlandığı takdirde zararın tazmini ondan istenebilir. Elbette ki bir borçlunun fiziken ifadan engellenmesi hareketi tek başına sorumluluk ihdası için yeterli bir unsur değildir. Bununla beraber haksız fiil anlamında bir hareket olarak değerlendirilme açısından yeterlidir.

²⁴⁹ Zulliger, s. 10. Sorumluluğun ilk uygulamalarında fiziksel etki sonucu müdahalelerin de gerçekleştiğine dair, Dobbs, s. 339.

Üzerinde fiziksel müdahalede bulunulabilecek borçluların ise genel olarak sadece gerçek kişiler olduğu, tüzel kişilerin nadiren böyle bir etkiye maruz kalabilecekleri, zira bir organda görevli kişilerin hepsi ortadan kaldırılrsa bile yerlerine yenisi atanabileceğinden, tüzel kişilerin hareket kabiliyetlerini kaybetmedikleri ifade edilir²⁵⁰.

bb) Manevî Etkiler

Üçüncü kişi, borçlunun iradesine etki etmek suretiyle de sözleşmenin bozulmasına ya da gerektiği şekilde ifa edilmemesine yol açabilir. Burada borçlunun üzerinde fiziksel bir etki olmaması sebebiyle fiil iradesi vardır. Ancak üçüncü kişi, bu fiilin dış dünyada ortaya çıkmasına zemin oluşturan iradeye etki eder ve borçluyu yönlendirir. Böylece borçlunun iradesi bağımsız ve sağlıklı bir şekilde ortaya çıkmaz. Söz konusu hâllerde borçlunun iradesi etki altında da olsa nispeten bulunur. Bu sebeple borçlunun iradesine göre hareketini yönlendirme imkânının olmadığı müdahalelerde, manevî etkilerden değil, fiziksel etkilerden söz etmek gerekir²⁵¹.

Borçlunun otonom karar verme yeteneğini etkileyecek şekilde, fiil iradesi üzerinde oluşan etkiler, müdahale açısından manevî etki oluşturur. Böyle bir hâlde borçlunun fiil iradesi vardır. Ancak bu irade tavsiye, telkin, ikna etme veya dezavantaj tehdidi ya da avantaj vaadi gibi motive edici unsurlarla değiştirilmektedir²⁵². Fiilin iradeyi etkilemiş olması gerekir; ancak yoğunluğu önemli değildir²⁵³. Tüzel kişilerin iradelerinin manevî açıdan etkilenmeleri için organı oluşturan gerçek kişilerin iradelerinin etkilenmiş olması gerekir²⁵⁴.

²⁵⁰ Zulliger, s. 15.

²⁵¹ Zulliger s. 17.

²⁵² Zulliger s. 17; işçinin sağlıklı düşünüp karar verme özgürlüğünün sınırlandığı durumların ayartma teşkil ettiği yönünde, Şenocak, s. 226; rüşvet, baskı, zorlama yoluyla borçlunun etki altına alınabileceği yönünde, Dobbs, s. 366.

²⁵³ Schramm, s. 331; Zulliger s. 20.

²⁵⁴ Zulliger s. 22.

İş sözleşmesinin müdahale sonucu sona erdirilmesi açısından doktrinde bir ayrım yapılmaktadır. Buna göre işçi, iradesine yönelik bir etki sonucu hukuka uygun bir fesih yapmışsa üçüncü kişi fiilinden sorumlu olmamalıdır²⁵⁵. Aynı doğrultuda olmak üzere İsviçre Federal Mahkemesi verdiği bir kararda, müdahale sonucu yapılmış olan feshin tek başına hukuka aykırı nitelik taşımadığı, ancak bölüm ekibinin tümünden işi alınmasına yol açmışsa, o zaman müdahalenin hukuka aykırı olduğundan bahsetmiştir²⁵⁶. Kanaatimizce burada yine müdahale fiilinin iradeyi etkileyip etkilemediğine bakılmalıdır. Hukuka uygun ya da aykırı bir fesih olup olmadığı, tazminat miktarının belirlenmesi ile ilgilidir. Örneğin, işçi üç ay önceden bildirimde bulunmak suretiyle sözleşmeyi fesih hakkına sahip olabilir. Ancak işverenin aynı niteliklerde yeni bir işçi edinebilmek adına eğitim gibi başka masraflar yapması gerekebilir ya da işçi bulamadığı takdirde o bölümün boş kalması dolayısıyla zarar etmesi mümkündür. Bu zararlar sözleşme gereği işçiden talep edilemez. Fakat üçüncü kişi bu feshin yapılması konusunda işçiyi ikna ettiği için onun katlanması gerekir.

İşçinin ikna edilme yönteminde doğru bilgiler kullanılmasının fiili hukuka aykırı yapmadığı, haksız rekabet teşkil etmesi için aldatıcı bilgiler verilmesi gerektiği de bu konuda ileri sürülen görüşler arasındadır²⁵⁷. Oysa bu durum işçinin yeni işverenle kurduğu sözleşmede iradesinin hile sonucu sakatlanıp sakatlanmadığı ve bunun iptal edilebilirliği ile ilgilidir. Üçüncü kişi doğru bilgi de verse yanlış bilgi de verse yaptığı fiil sonucu eski işverenin iş ilişkisi bozulmaktadır. Bu sebeple şayet fiil sözleşmenin ihlali ile sonuçlanmışsa, yönteminin uygun bir müdahale fiili olarak nitelenebilme açısından bir öneminin olmaması gerekir.

²⁵⁵ Uşan, s. 295; Şenocak, s. 214, 222, 223; Schopf, s. 110 vd. Amerikan Hukuku'nda aksi durumun benimsendiği yönünde, Baez III, s. 101.

²⁵⁶ Bkz. Troller, s. 362.

²⁵⁷ Şenocak, s. 224, 225.

Bir müdahaleden bahsedilebilmesi için iradeye etki eden fiil, ihlalden önce işlenmiş olmalı ve borçlu da bu etki doğrultusunda ihlal kararı almalıdır. Borçlunun zaten sözleşmeyi ihlal ettiği ya da bozduğu durumlarda manevî etkiden bahsedilemez²⁵⁸. Bunun gibi borçlunun ihlale fiilden önce karar verdiği durumlarda da bir müdahale fiili gerçekleşmez²⁵⁹. Böyle bir hâlde yararlanma fiili olup olmadığı ve bunun sorumluluğu değerlendirilmelidir.

İhlalden yararlanma fiili ile sözleşmeyi ihlal için müdahale fiilleri birbirinden ayrı kavramlardır. Müdahale fiili, sözleşmeyi ihlal fiili gerçekleşmeden önce ve bu fiilin oluşumuna katkıda bulunur şekilde ortaya çıkar²⁶⁰. Hâlbuki yararlanmada sözleşme önceden borçlunun bağımsız iradesi sonucu ihlal edilmiştir; ancak üçüncü kişi bu ihlal fiilinden, örneğin işinden ayrılan işçiyi işe almak gibi birtakım girişimlerde bulunarak, istifade etmeye çalışmaktadır. Dolayısıyla ihlalden yararlanma, fiil oluşumu açısından bir müdahale olarak değerlendirilmez²⁶¹. Borçlu sözleşmeye aykırı davrandıktan sonra sözleşmeye aykırılık durumu, borçlu taraf sözleşmeye tekrar uygun davranmasına ya da diğer tarafın sözleşmeden doğan haklarını açık veya örtülü şekilde kullanmasına kadar devam eder; dolayısıyla üçüncü kişi bu durumlardan biri ortaya çıkana kadar sözleşme ihlalden yararlanabilir²⁶².

İhlalden yararlanmanın yaptırıma bağlanmasının gerekip gerekmediği konusu tartışmalı bir husustur. Bir görüşe²⁶³ göre, bu noktada müdahale fiili ile ihlalden yararlanma arasında bir ayrım yapmaya gerek yoktur; sorumluluk açısından haksız fiil

²⁵⁸ Zulliger s. 19; Schramm, s. 328; Kapancı, s. 94; borçluyu etkileyebilecek nitelikte olup olmadığına dikkat edilmesi gerektiğine dair, Öztekin, s. 428.

²⁵⁹ Zulliger s. 19; Schramm, s. 330; aksi yönde, Sarıkaya, s. 85.

²⁶⁰ Eulau, Verleitung und Ausnutzung, s. 27; Schopf, s. 92; Hamburg Yüksek Mahkemesi'nin 1960 yılında verdiği bir karara göre, ayartma (dolayısıyla müdahale) ancak borçlu bu etki olmaksızın sözleşmeye bağlı kalacak idiyse düşünülebilir, bu karar için bkz. Schramm, s. 330.

²⁶¹ Zulliger, s. 19; Kapancı, s. 96.

²⁶² Schramm, s. 332.

²⁶³ Schopf, s. 92; ahlâka aykırılık dolayısıyla sorumluluğun olacağına dair, Koziol, s. 43.

şartlarının oluşup oluşmadığı dikkate alınmalıdır. Diğer görüşe²⁶⁴ göre ise sözleşme ihlalden yararlanma kural olarak hukuka aykırı bir fiil değildir; bu yüzden ancak özel şartların varlığı hâlinde sorumluluğa sebep olmalıdır. Son görüşe²⁶⁵ göre de borçlu ihlal kararı almış olsa da üçüncü kişi bu ihlale teşvik fiiliyle dahî dâhil olmuşsa, sorumluluğundan bahsedilmelidir.

İhlalden yararlanmanın yaptırıma bağlanması gerekip gerekmediği, sadece fiil açısından bir değerlendirme yapılarak varılabilen bir sonuç değildir. Ancak yararlanma konusunda genel bakış açısının belirlenmesi adına, şöyle bir değerlendirme yapılması mümkündür: İlk olarak yararlanmanın söz konusu olduğu bir olaydan bahsedilebilmesi için, borçlunun ihlale yararlanmadan önce kesinlikle karar vermiş olması gerekir. Borçlunun ihlal konusunda kararsız olduğu ya da ihlal için daha iyi bir fırsatı beklediği durumlarda, üçüncü kişinin teklifi ile sözleşme ihlâl edilmişse, artık yararlanmadan değil, teşvikten ya da ayartmadan söz edilir. İkinci olarak, ihlalden yararlanan kimseye bir sorumluluk yüklenmesi, haksız fiil şartlarının oluşup oluşmadığına bağlıdır. Böylece üçüncü kişi hakkında, fiil, zarar, illiyet bağı, kusur ve hukuka aykırılık şartları gerçekleşmedikçe sorumluluğun doğduğundan bahsedilemez. Genel olarak yararlanma fiili ile oluşan zarar arasında bir illiyet bağı oluşmadığı belirtilmektedir²⁶⁶. Gerçekten de henüz yararlanma fiili olmadan, borçlu sözleşmeyi ihlal ederek alacaklıyı zarara uğratmaktadır. Bu sebeple kural olarak sözleşme ihlalden yararlanan kimsenin, bu ihlale kendisi sebebiyet vermediği ya da katkı sağlamadığı müddetçe haksız fiil sorumluluğu ortaya çıkmaz.

²⁶⁴ Eulau, Verleitung und Ausnutzung, s. 157 vd.; Koziol, s. 55; Kapancı, s. 96; Baumbach/Hefermehl, s. 677; sözleşme ihlaline katılmanın ahlâka aykırı olmadığı, çünkü örneğin işçinin yeniden iş bulması gerektiği, bu sebeple de ahlâka aykırılığa dayanan haksız fiil sorumluluğuna kural olarak sebep olmaması gerektiği yönünde, Schramm, s. 330.

²⁶⁵ Müller, s. 104; Sarıkaya, s. 85; Eulau, Verleitung und Ausnutzung, s. 19, 20, 28.

²⁶⁶ Koziol, s. 78; Eulau, Verleitung und Ausnutzung, s. 156; Schramm'a göre genel olarak illiyet bağı olmadığı için sorumluluk söz konusu değildir, ancak üçüncü kişi borçlunun sözleşmeye uygun davranmaya geri dönmesini engellemek suretiyle ya da borçlunun ticarî sırları ifşa etmesini sağlayarak yeni bir zarara sebep olmuşsa bu durumda BGB § 826 sebebiyle sorumlu olmalıdır, s. 330.

Fakat bu durum sözleşmeyi ihlalden yararlanmanın her zaman yaptırımsız kalması gerektiği şeklinde anlaşılmamalıdır. İhlâlden yararlanmak kimi zaman başlı başına hukuka aykırılık teşkil edebilir. Üçüncü kişi yararlanma fiili ile sözleşme ihlali sonucu ortaya çıkan zarardan farklı bir zarara sebep olmuşsa, üçüncü kişi bu zarardan sorumlu olmalıdır²⁶⁷. Diğer yandan kanunkoyucunun sorumluluk nedeni olarak yaptırıma bağladığı yararlanmalar da üçüncü kişinin sorumluluğuna neden olur. Örneğin 4857 sayılı İş Kanunu m. 23'te yararlanma, yeni işverenin de feshin sonuçlarından sorumlu olduğu bir sebep olarak hükme bağlanmıştır.

Bir olayda yararlanma mı yoksa diğer manevi etkilerin mi olduğunun ayırt edilmesi, davanın seyri için büyük önem arz eder. Teşvik, ayartma veya buna benzer birçok fiilin amacı çoğu zaman ihlalin sonuçlarından yararlanmaktır. Böyle durumlarda üçüncü kişinin sorumluluğu için bir problem yoktur. Fakat ihlal fiilinde üçüncü kişinin etkisinin olup olmadığı her zaman kolayca anlaşılamayabilir. Özellikle belirsizlik hâlinde üçüncü kişi, kendisinin ihlale sebebiyet vermediğini, kendi fiilinden önce ihlalin zaten gerçekleştiğini ileri sürebilir. Yararlanmanın ne olursa olsun sorumluluğa sebep olmaması gerektiğini kabul etmek, bu tür ispat sorunu taşıyan olaylarda üçüncü kişinin kolaylıkla sorumluluktan kurtulmasına yol açar. Dolayısıyla bu tür olaylarda hangi fiilin gerçekleştiği büyük bir hassasiyetle değerlendirilmelidir. Bu sebeple hâkim durumu tespit ederken bazı ayırıcı olgulara dayanarak karar vermeye gayret etmelidir. Örneğin, borçlunun önceden arkadaşlarına sözleşmesini feshedeceğini söylemesi ya da fiil öncesinde istifa etmesi göz önünde bulundurulmalıdır. Şüphesiz sorumluluk için diğer haksız fiil şartlarının da gerçekleşmesi zorunludur.

²⁶⁷ Schopf, s. 92; Kapancı, s. 96; yalnızca özel şartların varlığı hâlinde ahlâka aykırı sayılıp sorumluluğun kabul edilebileceği hakkında, Eulau, Verleitung und Ausnutzung, s. 157 vd.

b) Borçlunun Yardımcı Kişileri Üzerinde Yapılan Etkiler

Yalnızca borçlu üzerinde değil, onun yardımcı kişileri üzerinde yapılan etkiler de sözleşmeye müdahale teşkil edebilir. İfanın yerine getirilmesinde görevli olan, borçlunun dışındaki herkesin, sözleşmeye müdahale açısından yardımcı kişi olarak değerlendirildiği ifade edilmektedir²⁶⁸. Bunlar iş organizasyonu içinde kalıcı bir iş ilişkisi ile çalışanlar olabileceği gibi, ham madde, yarı mamul madde temin edenler, taşıyıcılar ya da taşeronlar da olabilir²⁶⁹. Yardımcı kişiye yapılan etkinin fizikî veya manevî bir müdahale teşkil etmesi mümkündür²⁷⁰.

Aslında borçlunun yardımcı kişisine yapılan müdahalede, borçlunun yardımcı kişiden alacağı ve alacaklının alacağı olmak üzere iki alacak zarar görmektedir. Böylece alacaklının alacağı bu durumda dolaylı olarak zarar görür. Bu noktada üçüncü kişinin yardımcı kişiye müdahalede bulunması fiil açısından değerlendirildiğinde gerekli şartı sağlamaktadır. Buna karşılık sorumluluk için illiyet bağı, zarar ve kusur değerlendirmelerinin ayrıca yapılması gerekir.

c) Borcun Konusu Üzerindeki Etkiler

Üçüncü kişi borcun konusuna zarar vermek suretiyle de müdahale fiilini gerçekleştirmiş olabilir²⁷¹. Ancak bu ihtimal, borcun konusunun bir şeyi verme olduğu durumlarda ve bazı yapma borçlarında düşünülebilir. Örneğin, konusu bir halı teslimi olan borçta, üçüncü kişi tarafından halının yakılması ya da duvar örmenin üstlenildiği bir borçta bir kısmı örülmüş duvarın yıkılması söz konusu olabilir.

Böylesi durumlarda üçüncü kişinin fiili müdahale olarak değerlendirilmeye elverişlidir. Buna karşılık sorumluluğun doğabilmesi açısından diğer ek unsurlara da

²⁶⁸ Eren, F., Borçlar Genel, s. 1214; Oğuzman/Öz, Cilt-1, s. 432; Zulliger s. 23.

²⁶⁹ Zulliger s. 23.

²⁷⁰ Zulliger s. 23; Müller, s. 112.

²⁷¹ Dobbs, s. 365; Zulliger s. 30, 31.

ihtiyaç vardır²⁷². Mesela, borç bir cins borcu olduğu bir olayda, borçlu aynı malı başka şekilde temin ederek borcunu ifa ederse ve bu durum alacaklı açısından başkaca bir zarara yol açmamışsa, zarar unsuru eksik olduğu için alacaklının üçüncü kişiden bir talebi olamaz. Elbette borçlu malı zarara uğratıldığı için üçüncü kişiden zarar tazmini talebinde bulunabilir. Buna karşılık mal bir parça borcu niteliğinde ise bir daha temin edilme imkânı olmadığı için hem borçlu zarara uğrar hem de alacaklı müspet zarar dışında diğer bazı zararlara uğrayabilir. Böyle bir durumda alacaklı diğer haksız fiil şartları da sağlandığı takdirde üçüncü kişiden talepte bulunabilmelidir.

d) Alacaklı Üzerindeki Etkiler

Kimi borçlarda, borcun ifa edilebilmesi için alacaklının ifa fiiline katılması gerekir. Örneğin, bir ton buğday satın alındığında ve buğdayın alacaklının ambarına dökülmesi üzerinde taraflar anlaştığında, borcun gereği gibi ifasından bahsedilebilmesi için, alacaklının ambarını borçluya açması gerekir. Alacaklının ambarı borçluya açmaması hâlinde alacaklı temerrüdü gündeme gelebilir. Bu örnekte olduğu gibi alacaklının katılımını gerektiren ifalarda, katılım üçüncü işi tarafından engellenirse, yine sözleşme ilişkisine müdahale edilmiş olur²⁷³.

Alacaklı üzerinde müdahale, sözleşme açısından her zaman aynı etkiyi doğurmaz. Mesela, somut olaya göre alacaklıdan başka alacaklının yardımcısının da ifayı kabul edebileceği durumda, alacaklı ifa engelinden dolayı zarara uğramamış olabilir²⁷⁴. Dolayısıyla alacaklıya yapılan etkinin haksız fiil oluşturmaya uygun bir fiil olup olmadığı, uygun bir fiil olsa bile haksız fiilin diğer unsurlarının oluşup oluşmadığı ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

²⁷² Böyle bir hâlde kural olarak sorumluluğun olmadığı, fakat üçüncü kişi kasıtlı olarak alacağı imkânsız hâl getirmişse, yerine geçen tazminat talebinde alacaklının yarışan taleplere sahip olacağı yönünde, Müller, s. 104 vd.

²⁷³ Zulliger, s. 25.

²⁷⁴ Zulliger, s. 25; sadece borçlunun ifa edebileceği sözleşmeler için müdahalenin kabul edilmesi önerisi hakkında, Dobbs, s. 375.

Alacak olarak başkasına devredilemeyen bir hakka alacaklının öldürülmesi yoluyla zarar verilmesi hâlinde durum özellik arz eder. Böyle bir durumda fiil müdahale olarak nitelemek için uygundur; ancak hak mirasçılara geçmediğinden, mirasçılar alacaklı sıfatı kazanamaz²⁷⁵. Bu noktada alacağın niteliği açısından ayırım yapmak gerekir. Örneğin, sükna hakkı alacaklının şahsına sıkı sıkıya bağlıdır ve doğası gereği alacaklının ölümü ile sona erer. Mirasçılar da böyle bir talepte bulunamaz. Buna karşılık nafaka alacağının sonuçları parasaldır ve alacak muaccel olduğu zaman malvarlığının aktif kısmını arttırır. Bu durumda alacaklı ölmeden önce muaccel olmuş, ancak henüz ödenmemişse, artık para malvarlığına dâhil olmuştur. Bu sebeple muaccel olmuş nafakanın ödenmemesi yönündeki üçüncü kişilerin müdahalesinden, mirasçıların da tazminat talebinde bulunabileceği kabul edilmelidir. Hangi durum olursa olsun, mirasçıların ölüm sebebiyle doğrudan kendi şahıslarında doğan diğer talepleri saklıdır.

e) Alacaklının Yardımcı Kişileri Üzerindeki Etkiler

Borcun ifası alacaklının yardımcı kişilerine etki edilmesi suretiyle de engellenebilir. Tıpkı borçlunun yardımcı kişilerinde olduğu gibi, sözleşmeye müdahale açısından yardımcı kişi kavramı geniş anlaşılmalıdır²⁷⁶. Yapılan müdahale alacağı tamamen kaybettirebilir ya da bazı dezavantajlı durumlara yol açabilir²⁷⁷.

Alacaklının yardımcı kişilerine yapılan müdahale fiili, iki yönden önem taşır. İlk olarak borçlunun alacaklı ile arasındaki sözleşmeden doğan borcun ifasını engeller ya da kısıtlar, ikinci olarak ise alacaklı ile sürekli iş ilişkisi içinde bulunan yardımcı kişinin bu ilişkiden doğan borcunu ifa etmesine engeller²⁷⁸. Bu durum fiilin aynı mı yoksa birden fazla zarara mı yol açtığı açısından değerlendirilmesi gereken bir meseledir. Hangi türden

²⁷⁵ Zulliger, s. 25.

²⁷⁶ Zulliger, s. 29.

²⁷⁷ Zulliger, s. 29.

²⁷⁸ Zulliger, s. 29.

olursa olsun, haksız fiilin diğer şartları da gerçekleştiği takdirde, üçüncü kişi her ikisini de tazminle yükümlü olur.

f) İfaya Yardımcı Araçlar Üzerinde Etki

Borcun ifasını sağlamak üzere yararlanılan araçlara etki de bir müdahale fiili oluşturur; taşıma araçları, iş aletleri, makineler üzerindeki etkiler bu kapsamda değerlendirilebilir²⁷⁹. Kablo kesme davaları bu açıdan önemli olan uyumsuzluklar arasında sayılmaktadır²⁸⁰. Böyle bir ihtimalde ne borçlu ne alacaklı ne onların yardımcı kişileri ne de ifa konusu üzerinde bir etki fiili vardır. Ancak borcun yerine getirilmesi için gerekli olan bazı alet-edevat işlevsiz hâle getirilmek suretiyle ifa engellenmektedir. Sonuçta ifayı engellemeye yeterli olduğu için araçlara yapılan müdahale de sözleşmeye müdahale olarak değerlendirilmelidir.

g) Alacağın Ortaya Çıkması İçin Gerekli Koşullar Üzerindeki Etki

Sözleşmede kararlaştırılan bir şarta bağlanmışsa ve bu şartın gerçekleşmesi üçüncü kişi tarafından engellenmişse, söz konusu durumunda sözleşmeye müdahale olarak ortaya çıktığından bahsedilir²⁸¹. İş ortağı kabul ederse, yüklenicinin işe başlayabileceğinin kararlaştırıldığı bir sözleşmede, iş ortağının üçüncü kişi tarafından kabul etmemeye ikna edildiği hâl bu ihtimale örnek oluşturur.

Söz konusu ihtimal için henüz şart gerçekleşmediği için alacak ortaya çıkmadığı, bu sebeple fiilin uygun bir fiil olmadığı itirazı ileri sürülebilir. Fakat çalışmanın başlığında da ifade edildiği üzere, önemli olan alacak hakkına değil sözleşmesel ilişkiye müdahale edilmesidir. Bu sebeple sözleşmenin geçerli olarak kurulmuş olması şartıyla,

²⁷⁹ Zulliger, s. 29.

²⁸⁰ Çağlayan Aksoy, s. 66 vd., 74; yansıma zarar olarak değerlendirildiği hakkında, Stark, s. 38; Keller, s. 75, 76. Salt malvarlığı zararı olduğu yönünde, Vito, s. 42.

²⁸¹ Zulliger, s. 33.

beklemece hak statüsünde olan bir hakka müdahale edilmesi de konu kapsamında yeterli bir fiil olarak kabul edilmelidir.

h) Alacaklı Konumunun Gaspı Sebebiyle Etki

Üçüncü kişi, alacaklının pozisyonuna geçmek suretiyle alacak hakkından yararlanmış ve böylece sözleşme ilişkisine müdahale ederek alacaklıya zarar vermiş olabilir. Alacağını temlik eden kimsenin, borçlunun bunu bilmemesi sebebiyle kendisine ödeme yapılmasını sağladığı durumlar, bu ihtimale örnek oluşturur²⁸². Nitekim böyle bir durumda iyiniyetle önceki borçlusuna ödeme yapan borçlunun ifası geçerli olur (TBK m. 186, Art. 167 OR). Söz konusu ihtimalde, alacaklının temlik ilişkisi gereğince ya da hiç değilse sebepsiz zenginleşme ile bu miktarı talep edebileceği ileri sürülebilir. Ancak bir hukukî yöntemin istenilen sonuca ulaşılmasını sağladığı gerekçesiyle, diğer yöntemleri hak sahibine tanımamak, hukuk mantığı ile bağdaşmaz. Bu noktada sorumluluk şartlarının gerçekleşmesi hâlinde taleplerin yarışması meselesi gündeme gelir.

2. Zarar

Bir fiil gerçekleştirildiğinde bu fiil haksız fiilin açısından uygun bir fiil olsa da tazminat borcunun ortaya çıkması açısından tek başına yeterli değildir. Fiil sonucunda malvarlığında belli bir zarar da ortaya çıkmış olmalıdır. Zarar unsuru, sorumluluk hukukunun temelini oluşturur. Tazmin edilmesi gereken bir malvarlığı olmadan Türk Hukuku'nda genel olarak hiçbir sorumluluk tipi düşünülemez. Çünkü sorumluluk hukukunun amacı cezalandırmak değil, oluşan malvarlığı eksikliğini gidermektir.

a) Genel Olarak Zarar

Zarar, bir kişinin malvarlığında veya şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmedir²⁸³. Aslında zarar denilince ilk akla gelen terim, malvarlığındaki eksilmeyi

²⁸² Zulliger, s. 34.

²⁸³ Deschenaux, Henri/Tercier, Pierre: (Çev. Salim Özdemir) Sorumluluk Hukuku, Ankara 1983, s. 19; Keller, s. 64; Eren, F., Borçlar Genel, s. 599; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 311; Kaneti, s. 32;

anlatan dar anlamdaki zarardır²⁸⁴. Ancak şahıs varlığında meydana gelen zarar da sonuç itibariyle kişinin malvarlığını etkiler. Diğer yandan sorumluluk hukukunda manevi zarar görene maddi bir bedel verilmesi, zararının hafifletilmesinde bir araç olarak görülür. Bu sebeple zarar kavramı, maddi ve manevi zararı karşılamak üzere geniş olarak da anlaşılabilir.

Malvarlığı teriminden ne anlaşılması gerektiği de konu açısından önemli bir husustur. Ekonomik bir değer arz eden, para ile ölçülebilen değerler toplamı malvarlığını oluşturur²⁸⁵. Kişinin tüm aktif ve pasifleri malvarlığına dâhildir. Aynî haklar, alacak hakları ve gayri maddî mallar üzerindeki haklar malvarlığının aktif kalemlerinin başlıcalarıdır. Bu noktada alacak hakkının malvarlığı içinde yer alıyor olması önemlidir. Zira alacağın zarar görerek malvarlığında eksilmeye yol açabiliyor olması, sözleşmeye müdahalenin haksız fiil olarak değerlendirilebilmesi konusunu etkiler.

Hesaplanma yöntemi açısından zarar genel olarak, zarar verici olay meydana gelmeseydi malvarlığının sahip olacağı değer ile bu olay meydana geldikten sonra düştüğü değer arasındaki fark olarak ifade edilir²⁸⁶. Böylece şeyin uğradığı objektif değer kaybının yanı sıra, o şeyin, malvarlığındaki diğer unsurlar için arz ettiği subjektif değer de göz önünde bulundurularak zarar hesaplanır²⁸⁷. Türk-İsviçre Hukuku'nda benimsenen bu yöntem, malvarlığının eski hâline getirilmesi için daha uygun bir yöntemdir.

Maddî zarar, fiilî zarar ve yoksun kalınan kâr kalemlerini kapsar. Fiilî zarar, zarar gören malvarlığının önceki durumu ile zarar verici olaydan sonraki durumunun

Keller/Gabi-Bolliger, s. 9; Olgaç, s. 270; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 423, 638; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 42.

²⁸⁴ Eren, F., Borçlar Genel, s. 599; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 548; Kaneti, s. 32; Keller/Gabi-Bolliger, s. 2; Becker, s. 203; Keller, s. 64; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 638; Hatemi/Serozan, s. 138.

²⁸⁵ Fikentscher, s. 736; Eren, F., Borçlar Genel, s. 600; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 311; Hatemi, Giriş, s. 123; aynı anlamda olan patrimuan kavramı için, Deschenaux/Tercier, s. 19.

²⁸⁶ Olgaç, s. 270; Eren, F., Borçlar Genel, s. 601; Müller, s. 111; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 548; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 312; Deschenaux/Tercier, s. 20; Keller/Gabi-Bolliger, s. 8; Becker, s. 203; Keller, s. 64; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 42, 43.

²⁸⁷ Eren, Borçlar Genel, F., s. 603; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 312.

karşılaştırılması yoluyla tespit edilir²⁸⁸. Buna karşılık yoksun kalınan kârda, zarar verici olay meydana gelmeseydi, kişinin elde etmesi tahmin edilen kazanç hesap edilir; dolayısıyla varsayıma dayalı bir hesaplama yapılır²⁸⁹. Sözleşmeye müdahale durumlarında, her iki zarar kalemini de görmek mümkündür²⁹⁰. İlk olarak sözleşme ifa edilmediği için alacaklı sözleşmeden beklediği yararı kaybederek zarara uğrar. İfanın değeri, alacaklının fiilî zararını oluşturur. Bu alacağın ifa edilmesine bağlı olarak alacaklının uğradığı kâr kaybı ise yoksun kalınan kârdır. Örneğin, müşterileri yalan beyanlarla ayartıldığı için sözleşmeleri bozulan bir otel sahibi, hem gelmeyen müşterileri için fiilen zarara uğramıştır hem de karalamalar dolayısıyla müşteri çevresini kaybettiği için elde etmesi tahmin edilen kârdan yoksun kalmıştır. Elbette yoksun kalınan kârdaki ispat, birtakım soyut varsayımlarla kalmamalı, delillendirilmelidir. Mesela yukarıdaki olayda otel sahibi, daha önceki sezonda gelen müşterisinin daha fazla olduğunu, bu sezonki müşteri sayısındaki azalmanın, yapılan yalan beyanlara dayandığını ispatlamalıdır. Yapılan yalan haberler ve karalamalar ve bunların üstüne kamu nezdinde oluşan olumsuz imaj, bu konuda dinlenebilen deliller arasında olmalıdır.

b) Sözleşmeye Müdahale Açısından Zararın Değerlendirilmesi

Sözleşmeye müdahale durumlarında tazminat hakkının doğduğundan bahsedilebilmesi için üçüncü kişinin müdahale fiili sonucunda sözleşme ihlal edilmiş olmalı ve bu ihlal sonucunda da mutlaka bir zarar doğmalıdır²⁹¹. Ancak buradaki “ihlal”den teknik anlamda yükümlülük ihlalinin yanı sıra, yükümlülük ihlali sonucuna ulaşacak diğer sonuçlar da anlaşılmalıdır. Örneğin, Alman Federal Mahkemesi’ne 1927

²⁸⁸ Kılıçoğlu, s. 398; Akıncı, Borçlar, s. 211; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 559; Olgaç, s. 270; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 312; Eren, Borçlar Genel, F., s. 605; Keller/Gabi-Bolliger, s. 10; Becker, s. 204; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 423; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 44; aynı içerikte pozitif (olumlu) zarar kavramı için, Deschenaux/Tercier, s. 20.

²⁸⁹ Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 423; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 561; Eren, F., Borçlar Genel, s. 605, 606; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 312; Deschenaux/Tercier, s. 20; Kılıçoğlu, s. 398; Keller/Gabi-Bolliger, s. 10, 11; Olgaç, s. 270; Becker, s. 204; Stark, s. 13; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 45.

²⁹⁰ Müller, s. 112.

²⁹¹ Stevens, s. 601; Baez III, s. 100; Eulau, Verleitung und Ausnutzung, s. 3; Schopf, s. 97, 104.

yılında konu olan bir uyuşmazlıkta kiralayan, taşınmazının kiracı tarafından boşaltılması için üçüncü bir kimse ile anlaşarak, taşınmazı için ipoteği paraya çevirme takibi yapılmasını temin etmiş ve taşınmazı boşaltmayı başarmıştır²⁹². Bu olay için görünürde borçlu sözleşmeyi ihlal etmemiştir. Fakat üçüncü kişi ile gerçekleştirdikleri olay, ihlal ile aynı sonuçları temin etmiştir. Dolayısıyla sözleşmeye müdahale sorumluluğunda zarar unsuru açısından, zararın ortaya çıkması kadar, fiil sonucunda ihlal ya da ihlale eşit bir sonucun gerçekleşmiş olması da önemlidir.

Sözleşmeye müdahalede zarar verici olayı, alacağı bilen üçüncü kişinin yaptığı girişim oluşturur²⁹³. Zarar ise ifanın düzgün bir şekilde yapılmaması ya da gerçekleştirilmemesi dolayısıyla ortaya çıkan kayıptır²⁹⁴. Bu da alacaklının, ifa konusuna ya da ifa süjesinin ayıpsız olduğu duruma ilişkin menfaatine karşılık gelir²⁹⁵. Böylece malın ya da hizmetin benzerini yeniden temin etmek için yapılan masraflar ile ifa gerçekleştirilmediği için elde edilemeyen kâr zararın konusunu oluşturur. Dolayısıyla alacaklı üçüncü kişiden miktar itibariyle genel olarak müspet zarara karşılık gelen zararı ister²⁹⁶. Ancak bu durum menfi zararın talep edilmediği anlamına gelmez. Üçüncü kişinin müdahalesi sonucu sözleşme ihlal edilmeyip, sözleşmeden dönüldüğü bir olayda, sözleşme artık baştan itibaren hüküm ifade etmemektedir. Bu sebeple müspet zarar tazmini istenemez. Sözleşme hüküm ifade etmediği için ortaya çıkan zarar ile kaçırılan fırsatlardan doğan zararın talep edilmesi gerekir.

²⁹² Groh, s. 126; Armitage/Blanco White/Dias/Ellis Lewis/Hall/Jolowicz/Odgers/Wedderburn/Yale, s. 326.

²⁹³ Müller, s. 111.

²⁹⁴ Müller, s. 112.

²⁹⁵ Müller, s. 112.

²⁹⁶ Müller, s. 112. Burada “üçüncü kişiden müspet zarar talep edilir” ifadesini kullanmak yanlış olur; zira müspet ya da menfi zarardan bahsedilen durumlarda zarar gören ve zarar veren sözleşmesel bir ilişki içerisinde oldukları, Eren, F., Borçlar Genel, s. 610; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel Hükümler, s. 855; Oğuzman/Öz, Cilt-1, s. 385. Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 424; oysa çalışmada üçüncü kişinin haksız fiil sorumluluğu incelenmektedir. Burada müspet ya da menfi zarar ifadeleri, alacaklının üçüncü kişiden olan talebinin hukukî niteliğini belirtmek için değil, değer itibariyle neye eşit olduğunu anlatmak için kullanılmaktadır.

Borçlu tarafından sözleşmesel zararın gideriliyor olması, üçüncü kişi açısından herhangi bir zarar oluşturulmadığı anlamına gelmez²⁹⁷. Böyle bir itiraz bütün müteselsil sorumluluk türlerinin mantığına aykırı olur. Eğer itiraz kabul edilebilir olsaydı, borçlunun da aynı itirazı ileri sürerek, zararı ifadan kaçınabilmesi gerekirdi; o hâlde borçlu ve üçüncü kişiye karşı olan talepler birbiriyle yarışmaktadır²⁹⁸. Bu durum alacaklının lehinedir. Özellikle alacaklının artık ifa konusuna ilişkin bir yararının kalmadığı²⁹⁹ ve borçlunun da ödeme yeteneğine sahip olmadığı durumlarda, alacaklı üçüncü kişiden zararının tazminini isteyebilir.

Amerikan Hukuku'nda müdahale davaları için davacının maddî (pecuniary) zararını, dolaylı (consequential) zararını, kötünîyetin varlığı hâlinde cezalandırıcı (punitive) zararı, manevî zararını (emotional distress) ve itibar kaybını (reputational harm) ispat etmesi beklenmektedir³⁰⁰. Bunlardan maddî zarar, ifa konusunda meydana gelen kayıp olan fiilî ve aynı zamanda ilk olarak ortaya çıkması dolayısıyla doğrudan zarara karşılık gelmektedir. Dolayısıyla Türk Hukuku'nda da karşılanan zarar kalemidir. İlk zararın sonucu olarak ortaya çıkan dolaylı zararın tazmini için ise Türk Hukuku'nda uygun illiyet bağının varlığı gerekli görülür³⁰¹. Bu mesele aşağıda illiyet bağı başlığı altında ayrıntılandırılmaktadır³⁰². Cezalandırıcı tazminat genel itibariyle Anglo-Amerikan Hukuk Sistemi'nde kabul edilen bir tazminat türü olup, amacı zararın tazmininden ziyade, failin cezalandırılması ve tazminatın toplumda önleyici bir mekanizma teşkil etmesidir³⁰³. Bu doğrultuda Amerikan Mahkemeleri'nde bir ihlal ortaya

²⁹⁷ Müller, s. 112.

²⁹⁸ Müller, s. 112.

²⁹⁹ Müller, s. 118.

³⁰⁰ Baez III, s. 101.

³⁰¹ Eren, F., Borçlar Genel, s. 610; İsviçre Hukuku'nda aynı yönde, Keller, s. 71; Koziol, s. 128. Meseleyi illiyet bağı ile değil, hukuka aykırılık bağı ile çözmek gerektiği yönünde, Kılıçoğlu, s. 395.

³⁰² Bkz. § 6, A, 3.

³⁰³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Başoğlu, Başak: "Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damage) Yaptırım ve Bu Yaptırımın Türk Hukukuna Etkilerinin Değerlendirilmesi", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1-2, Y. 2016, s. 617-637; Güleriyüz, M. Tarık/Zorluoğlu Yılmaz, Ayça: "Bir Anglo – Amerikan Hukuku Müessesesi olarak Cezalandırıcı Tazminatın [Punitive Damages] Bazı Türk Hukuku Müesseseleri ile Mukayesesi", TBB Dergisi, S. 141, Y. 2019, s. 325-362.

çıkmasa dahî, failin ihlal fiili gerçekleştiği takdirde, sorumluluğunun da doğduğu kabul edilmektedir³⁰⁴. Türk Hukuku'nda ise böyle bir tazminat yönteminin doğrudan kabul edildiği söylenemez. Bu sebeple tazmini de söz konusu değildir. Son olarak sözleşmeye müdahale yoluyla alacaklının ticarî itibarının zedelenmesi Türk Hukuku'nda da mümkündür. Ancak bu hâl zaten bir kişilik hakkı (TMK m. 24) oluşturduğu için TBK m. 49/I kapsamında doğrudan korunan değerler arasındadır. Bu yüzden konu açısından tartışmaya açık bir yanı bulunmamaktadır.

Sözleşmeye müdahale sonucunda kişiler manevî açıdan da zarara uğrayabilirler³⁰⁵. Örneğin, yıkıcı müdahaleler sonucunda müşteri çevresini kaybeden ve iflasa sürüklenen bir tâcir, varını yoğunu kaybettiği için ya da karalayıcı beyanlar sonucu toplum içine çıkamayan kişi aşırı acı, elem, ızdırap duyduğu için manevî zarara uğrayabilir. Böyle bir zararın Türk Hukuku açısından karşılanabilmesi, genel manevî tazminat şartlarının oluşup oluşmadığına bağlıdır. Söz konusu durumda manevî zararın tazmin edilebilmesi için alacaklının sözleşmesine yönelik bir müdahale gerçekleştirilmeli, bu müdahale dolayısıyla alacaklının şahıs varlığı değerleri zarar görmeli ve bu zarar alacaklı için belli bir duygusal yoğunluğa ulaşmış olmalıdır.

İfanın yapılması borçlunun kişiliğine sıkı sıkıya bağlıysa ve borçlu ifadan tamamen engellenmişse, bu durum ifa imkânsızlığı ya da borçlu temerrüdü ile sonuçlanabilir³⁰⁶. Böyle bir durumda zararın tespiti için müdahale fiilinin nasıl bir sonuç doğurduğuna bakılır. Şayet üçüncü kişinin kasıtlı müdahalesi sonucu borçlu ölmüş ya da yaralanmış ve bu sebeple artık borcu ifa edemiyorsa, ifa imkânsız hâle gelmiş demektir. Böyle bir hâlde ifa imkânsızlığına sebep olan olaydan borçlu sorumlu tutulamıyorsa, borçlu açısından herhangi bir yükümlülük doğmaz. Buna karşılık üçüncü kişi ifayı alacaklı için kasıtlı

³⁰⁴ Bkz. Stevens, s. 618; Simester/Chan, s. 136.

³⁰⁵ Carty, s. 45; Baez III, s. 101.

³⁰⁶ Zulliger, s. 17.

olarak imkânsız hâle getirdiğinde, üçüncü kişi için diğer haksız fiil şartlarının da varlığı hâlinde sorumluluk doğmalıdır. Alacaklıya borçlanılmış bir eserin yapılmaması için üçüncü kişi tarafından borçlu yüklenicinin elinin kırıldığı ve bundan sonra mesleğini yapamayacak olması, bu duruma örnek verilebilir. Borçlunun temerrüdü durumunda ise borç hâlâ ifa edilebilir olmasına rağmen borçlu buna yanaşmamaktadır. Az önceki örnekte, yüklenicinin eli kırılmayıp sadece eseri yapmaması için ikna edilmiş olması bu ihtimale örnek oluşturur. Böyle bir durumda ortaya çıkan zarar, borçlu açısından müspet zarardır. Söz konusu miktarın ödenmesinde hem borçlu hem üçüncü kişi müteselsil sorumlu olur³⁰⁷. İfa yararı dışında kalan zararlar da üçüncü kişiden talep edilebilir³⁰⁸.

Müdahale sonucunda ortaya çıkan zararın tazmini için hâkimin, mümkün olduğu kadar aynen tazmine karar vermesi gerektiği ifade edilir³⁰⁹. Maddî zararın tazmini yöntemlerinden biri olan aynen tazmin, malvarlığı değerinin zarar görmeden önceki hâline fiilen kavuşturulmasını ifade eder³¹⁰. Nakden tazmin ise zarar gören malvarlığı unsurunun değer itibarıyla zarar görene verilmesidir³¹¹.

TBK m. 51, tazmin şeklini belirleme noktasında hâkime geniş takdir yetkisi tanımıştır. Ancak çoğu durumda aynen tazminin mümkün olmaması ya da nakden tazminin icra safhasında sağladığı kolaylık dolayısıyla, Türk Hukuku'nda nakden tazmine ağırlık verilmektedir. Yine de aynen tazminin tazminat yolları içinde en âdil yöntem olduğu bir gerçektir. Çünkü aynen tazmin, alacaklının tatmin edilmesi açısından daha yerindedir. Bu yöntem, malvarlığı değerinin eksilmesi dışında ortaya çıkan zararların da tazminine hizmet eder.

³⁰⁷ Koziol, s. 202.

³⁰⁸ Müller, s. 118.

³⁰⁹ Müller, s. 117.

³¹⁰ Hatemi/Serozan, s. 192; Eren, F., Borçlar Genel, s. 887; Deutsch, s. 542, 543.

³¹¹ Eren, F., Borçlar Genel, s. 887; Deutsch, s. 544; Hatemi/Serozan, s. 192.

Türk Hukuku'nda çifte satışın üçüncü kişinin iknası suretiyle gerçekleştiği durumlarda, TBK m. 49/II sebebiyle doğan tazminat alacağının bu yöntemle ifa edilebileceğine dair görüş ileri sürülmüştür³¹². Gerçekten de ticaret alanındaki faaliyetler düşünüldüğünde, eşyanın değerinin alınmış olması her zaman tazmin için yeterli olmayabilir. Eşya yurt dışında özel olarak üretilmiş, ancak ikinci kez başkasına satılıp teslim edilmişse durum böyledir. Eşyanın dava sürecinde değer kazanmasına rağmen, ilk talep miktarının düşük olması yine bu tür bir dezavantajdır. Aynı şekilde tacirin alanında uğradığı prestij kaybı, eşyanın değerinin alınması ile tazmin edilemez. Bu sebeple hâkim tazminat yöntemi olarak mümkün olduğu ölçüde aynen tazmini tercih etmelidir.

Aynen tazmin yöntemi ile ilgili olarak, alacak konusu üzerinde alacaklının tıpkı aynî haktakine benzer bir yetkiye sahip olacağı itirazı ileri sürülebilir. Ancak Türk Hukuku bu uygulamaya uzak değildir. Nitekim İİK m. 277'de hükme bağlanan iptal davası, böyle bir talebe imkân sağlar. İİK m. 280'e göre borçlunun alacaklılarına zarar vermek kastıyla yaptığı bütün işlemler, işlemin diğer tarafının da borçlunun durumunu ve zarar verme kastını bildiğine dair açık emarelerin varlığı hâlinde iptal edilebilir; bu durumda davacı cebri icra ile o maldan alacağını alma hakkı elde etmektedir (İİK m. 283). Diğer yandan, bir hukuk sisteminde satış sözleşmesinin yapılması ile birlikte alacaklının aynî hakka sahip olup olmayacağı bile, nihayetinde bir hukuk sistemi tercihidir. O hâlde alacaklının malın iadesini isteme hakkına ön yargı ile yaklaşılmamalı, hangi tazmin yönteminin hakkaniyeti daha iyi sağlayacağı değerlendirilerek karar verilmelidir.

3. İlliyyet Bağı

Haksız fiil sorumluluğundan bahsedilebilmesi için, zararın icra edilen hareket sonucu ortaya çıkması zorunludur. Hiç kimsenin, kendi hareketiyle sebep olmadığı bir zarardan dolayı sorumlu tutulması düşünülemez. İlliyyet bağı olayların, birbiri ile olan

³¹² Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Birinci Cilt, s. 17; Eren, F., Borçlar Genel, s. 888, dn. 195; Kapancı, s. 89; Barlas, Müdahale, s. 439; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 439.

doğal bağlantısını gösterir. İlliyet bağı kurulmadan kişilerin tazminle yükümlü tutulması, onların, nereden geleceği belli olmayan tazminat yükümlükleri ile kuşatılması anlamına gelir. Dolayısıyla illiyet bağı, sorumluluk hukukunun önemli konuları arasındadır.

a) Genel Olarak İlliyet Bağı

Zararla davranış arasında var olan sebep-sonuç ilişkisi illiyet bağı olarak adlandırılır³¹³. Sorumluluk hukukunda hangi tür sorumluluk olursa olsun tazmin yükümlülüğünün doğması için, zararın mutlaka kendisine sonuç bağlanan olaydan doğmuş olması aranır. Hayatın olağan akışına göre söz konusu olay sonucunda meydana gelmesi beklenmeyen zarar, olayı icra edene sorumluluk olarak da geri dönemez.

Olaylar arasında nasıl bir sebep-sonuç ilişkisi aranması gerektiği açısından iki teori ortaya atılmıştır. Bunlardan ilki zorunlu şart teorisidir. Söz konusu teoriye göre, bir olayın ortaya çıkışı, kendisini meydana getiren bütün şartların varlığına bağlıdır, bir şart bile eksik olsa o olay meydana gelmez; o hâlde her bir sebebi meydana getiren kişiler eşit derecede zarardan sorumludur³¹⁴. Diğer teori olan uygun illiyet bağı teorisine göre ise bir olayın meydana gelmesi için etken olan şartlardan, söz konusu sonucun meydana gelme ihtimalini olağan hayat şartları açısından arttırmış olanı, zararlar uygun illiyet bağı

³¹³ Kılıçoğlu, s. 401; Eren, F., Borçlar Genel, s. 617; Sorumluluk Hukuku Açısından İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, s. 1, (Eren, F., İlliyet Bağı); Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 567; Akıncı, Borçlar, s. 211; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 321; Kaneti, s. 20; Deschenaux/Tercier, s. 26; Keller/Gabi-Bolliger, s. 15; Olgaç, s. 270, 271; Becker, s. 205; Keller, s. 79; Oser/Schönenberger, s. 381.

³¹⁴ Oser/Schönenberger, s. 381, 382; Kılıçoğlu, s. 401; Eren, F., Borçlar Genel, s. 619, 620; İlliyet Bağı, s. 22; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 573; Hatemi/Serozan, s. 146; Becker, s. 207; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 48; “doğal nedensellik” terimi ile aynı ifade için, Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 322; Keller/Gabi-Bolliger, s. 25; Kaneti, s. 21; Deschenaux/Tercier, s. 26; Stark, s. 46; Deutsch, s. 77, 80 vd.; Vito, s. 44, 45. Doğal nedenselliğin hukukta dikkate alınmadığı yönünde, Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 640.

içerisindedir³¹⁵. Her iki teori hakkında eleştiriler var olmakla birlikte, bugün Türk Hukuku açısından hâkim teori, uygun illiyet bağı teorisidir³¹⁶.

Bazen bir olayın gerçekleşmesine birden fazla durum sebebiyet vermiş olabilir. Böyle bir hâlde illiyet bağında sebep çokluğundan bahsedilir. Sebep çokluğu hâlleri, çeşitli türlere ayrılır. Ortak illiyet denilen sebep çokluğunda, zararlı sonucun meydana gelmesinde etken olan birden fazla sebep vardır; ancak bunların hiçbirisi sonucu meydana getirmeye tek başına yeterli değildir³¹⁷. Zararlı sonucu meydana getiren sebeplerin, kastî ya da ihmalî sebepler olması açısından bir fark yoktur³¹⁸. Sebep çokluğu türlerinden bir diğeri olan yarışan illiyette ise sebeplerden her biri, zararlı sonucu meydana getirmek için tek başına yeterlidir ve bu sebepler aynı anda gerçekleşir³¹⁹. Yarışan illiyet bağında, her bir ortak, kendisi sebep olmasa da zararlı sonucun zaten gerçekleşecek olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz³²⁰. Somut olaydaki zararı sebeplerden hangisinin meydana getirdiğinin tespit edilemediği hâllerde de seçimlik illiyet söz konusudur³²¹. Seçimlik illiyette kural olarak sorumluluk olmasa da şayet sebeplerin birlikteliği varsa ve bu olay bir haksız fiil oluşturmuşsa yine ortaklar sorumlu olur³²². Farazî illiyet ise gerçek

³¹⁵ Foster/Sule, s. 486; Kaneti, s. 28; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 49; Eren, F., Borçlar Genel, s. 622 vd.; İlliyet Bağı, s. 52; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 573; Hatemi/Serozan, s. 146; Akıncı, Borçlar, s. 212; Kılıçoğlu, s. 401; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 324; Deschenaux/Tercier, s. 26, 31; Keller/Gabi-Bolliger, s. 27; Becker, s. 208; Stark, s. 48; Keller, s. 80 vd.; Deutsch, s. 89, 90; Vito, s. 52; Oser/Schönenberger, s. 382, 383; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 640.

³¹⁶ Eren, F., Borçlar Genel, s. 625; Kılıçoğlu, s. 402; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 49; şart teorisinin kabulünün doğal bir bağ olduğu için Türk-İsviçre Hukuku açısından kabulünün zorunlu olduğu, ancak bunu sorumluluk açısından uygun illiyet bağı ile sınırlamak gerektiği yönünde, Kaneti, s. 22, 23.

³¹⁷ Keller/Gabi-Bolliger, s. 18; Kılıçoğlu, s. 405; Eren, F., Borçlar Genel, s. 628; İlliyet Bağı, s. 149; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 56; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 595; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 332; Olgaç, s. 271; Keller, s. 104; Deutsch, s. 101; Vito, s. 47. Bu durumda davaların yarışacağı hakkında, Oser/Schönenberger, s. 385.

³¹⁸ Eren, F., Borçlar Genel, s. 628; Oser/Schönenberger, s. 386.

³¹⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 570; Keller/Gabi-Bolliger, s. 21; Olgaç, s. 271. Eren, F., Borçlar Genel, s. 630; İlliyet Bağı, s. 158; Kılıçoğlu, s. 405; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 332; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 56.

³²⁰ Keller, s. 104; Deutsch, s. 103; Eren, F., s. Borçlar Genel, s. 630; İlliyet Bağı, s. 159; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 332; Keller/Gabi-Bolliger, s. 21.

³²¹ Vito, s. 50; Oser/Schönenberger, s. 386; Eren, F., Borçlar Genel, s. 631; İlliyet Bağı, s. 160; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 570; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 333; Olgaç, s. 272; Keller, s. 103; Kılıçoğlu, s. 406; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 57.

³²² Eren, F., Borçlar Genel, s. 631; İlliyet Bağı, s. 161; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 570, 571; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 333; Kılıçoğlu, s. 406; Keller/Gabi-Bolliger, s. 23, 24; Deutsch, s. 102.

illiyet olarak nitelendirilen olayın zaten sonucu tek başına meydana getirdiği, buna karşılık söz konusu sebep gerçekleşmeseydi de zaten zararlı sonucu farazî sebebin doğuracağı varsayımına dayanır³²³.

İlliyet bağının kesildiği hâllerde fail zarardan sorumlu olmaz. İlliyet bağını kesen sebepler, mücbir sebep, zarar görenin kusuru ve üçüncü kişinin kusurudur. Mücbir sebep, borcun veya sorumluluğun ihlaline kaçınılmaz bir şekilde sebep olan ve engellenmesi, öngörülmesi ya da kaçınılması mümkün olmayan olaydır³²⁴. Zarar görenin kusuru olduğu hâllerde ise bu kusur öyle bir yoğunluğa ulaşır ki, zararlı sonucu tek başına doğurur³²⁵. Böyle bir hâlde alacaklının kusuru fiilin meydana gelmesi için tek başına yeterliyse, fail yine zarardan sorumlu olmaz. Üçüncü kişinin ağır kusuru açısından da aynı değerlendirmeyi yapmak gerekir.

b) Sözleşmeye Müdahale Açısından İlliyet Bağının Değerlendirilmesi

Sözleşmeye müdahale sorumluluğu açısından da sorumluluğun doğması mutlak olarak illiyet bağının kurulmasına bağlıdır³²⁶. Sözleşmeyi ihlal fiilinin, üçüncü kişinin hareketi olmadan gerçekleştiği durumlarda, sorumluluğun doğması düşünülemez³²⁷. İşçinin kendi kararıyla sözleşmesini feshettiği, müşterinin kendi kararıyla eşyayı satın almaktan vazgeçtiği hâllerde, üçüncü kişinin sorumluluğunun olmadığından bahsedilmektedir³²⁸.

³²³ Becker, s. 205; Deutsch, s. 115; Hatemi/Serozan, s. 149; Eren, F., Borçlar Genel, s. 633; İlliyet Bağı, s. 164; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 334; Vito, s. 48; Oser/Schönenberger, s. 386.

³²⁴ Kılıçoğlu, s. 407; Akıncı, Borçlar, s. 212, 213; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 326; Deschenaux/Tercier, s. 34, 35; Eren, F., Borçlar Genel, s. 640; İlliyet Bağı, s. 176; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 52 vd.; Hatemi/Serozan, s. 146, 147.

³²⁵ Keller, s. 97; Eren, F., Borçlar Genel, s. 646; İlliyet Bağı, s. 187; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 327; Kılıçoğlu, s. 407.

³²⁶ Zulliger, s. 16; Çağlayan Aksoy, s. 430; Baez III, s. 101; Müller, s. 101.

³²⁷ Sorumluluğun doğması için fiil sonucunda sözleşmenin ihlal edilmiş olması gerektiği yönünde, Stevens, s. 601.

³²⁸ Zaten ihlale karar vermiş veya sözleşmeyi ihlal etmiş bir kişinin teşvik edilemeyeceği hakkında, Çağlayan Aksoy, s. 431; Kapancı, s. 94. Fakat bu noktada ayırım yapan yazarlar da bulunmaktadır. Müller, borcunun zaten ihlale kararlı olduğu durumlarda, teşvikin dahî sorumluluk için yeterli olduğunu, kendisi bu ihlalden yararlanmasa bile, bir başkasının zaten bu ihlalden yararlanacak olduğunu ileri sürerek üçüncü kişinin sorumluluktan kurtulamayacağını ifade eder, s. 104. Daha önce

Borçlunun sözleşmeyi ihlali ile üçüncü kişinin fiili arasında illiyet bağı kurmak yetmez; bu illiyetin, uygun illiyet olması gerekir³²⁹. Üçüncü kişiler, işlerin olağan seyrine ve tecrübeye göre, alacağın farkında oldukları ölçüde, alacağa zarar vermeye uygun olan tüm fiillerden kaçınmakla yükümlüdürler³³⁰. Böylece ihlal fiili, borçlunun salt kendi davranışından kaynaklanmışsa, üçüncü kişi zarardan sorumlu olmaz. Bunun gibi üçüncü kişinin davranışının bir şekilde olaya etki etmesi, üçüncü kişinin sorumluluğunun ortaya çıkması için yeterli değildir. Esas mesele, üçüncü kişinin ihlal için borçluyu ikna edip etmediğidir³³¹. Örneğin, çalışanın arkadaşının bir sohbet esnasında, aynı yerde daha fazla ücret veren bir işi kolayca bulabileceğini söylemesi, uygun illiyet bağını kurmak için yetmez. Olayda ikna fiilinin belli bir yoğunluğa ulaşmış olması gerekir. Söz konusu örnekte, eğer mevcut sözleşmesini sona erdirirse kendisine daha fazla ücretli bir iş vereceğini, fesihten doğan birtakım yükümlülükleri kendisinin katlanabileceğini söylemek, illiyet bağı açısından uygun sayılmalıdır.

Uygun illiyet bağına sağlanması için, müdahale niteliğindeki fiilin belli bir sürece yayılması ya da sistematik olması gerekmez. Önemli olan, borçlunun kararını değiştirecek veya zayıf kararını güçlendirecek nitelikte olmasıdır³³². Hiç olmayan bir düşüncenin uyandırılması kadar, zayıf olan düşüncenin desteklenerek fiile dönmesine sebep olma da uygun illiyet bağı olarak değerlendirilmelidir.

Sözleşmeye müdahale fiili çoğu durumda, borçlunun da iradesinin etken olduğu ihtimallerle gerçekleşir. Dolayısıyla zarar sonucunu ortaya çıkaran ve sonucun ortaya çıkması için uygun olan birden fazla sebep bulunmaktadır. Böyle bir hâlde sebeplerin çokluğundan bahsedilir. Ortak illiyet olarak adlandırılan sebep çokluğunun, sözleşmeye

ihlal kararı alınmış olmasının hukuka aykırılığı ortadan kaldırmadığını belirterek aynı yönde, Sarıkaya, s. 85.

³²⁹ Baez III, s. 101; Müller, s. 101, 103.

³³⁰ Müller, s. 101.

³³¹ Baez III, s. 101.

³³² Çağlayan Aksoy, s. 431. Her fırsatta yaptığı sözleşmeye meyilli olan bir kimseyi sözleşmeyi bozmaya teşvik etme fiilinde uygun olmayan illiyet bağı olduğu hakkında, Zulliger, s. 19, 20.

müdahale hâlinde gerçekleşmesi mümkündür. Örneğin, borçlunun zaten işten ayrılmayı düşündüğü ancak mâli yükümlülüklerine katlanamayacağı için fikrini ötelediği bir durumda, üçüncü kişi sözleşmenin sona ermesinden doğan tüm zararları karşılayacağını vaat ederek işten ayrılmasını temin ederse, böyle bir sebep çokluğu gerçekleşmiş olur. Zararlı sonucu meydana getiren sebeplerin, kastî ya da ihmalî olması önem taşımadığından, üçüncü kişi, alacaklının ikna fiili ile zarar görmesini amaçlamasa, fakat bu sonucu öngörerek kabullense bile kendisi açısından sorumluluk gerçekleşir.

Sözleşmeye müdahale fiilinin zararlı sonuç için borçlunun iradesi ile birlikte yarışan illiyette olduğundan bahsetmek ise durumun özelliği gereği zordur. Çünkü borçlunun zaten sözleşmeyi ihlal ettiği bir durumda, iknadan, teşvikten ya da azmettirmeden bahsedilemez. Böyle bir durumda olsa olsa ihlalden yararlanma vardır³³³. Ancak birden fazla üçüncü kişi aynı anda ihlal yönünde borçlunun kararını etkilediğinde, yarışan illiyet söz konusu olabilir. Yarışan illiyet bağında, ortaklar kendisi olmasa da böyle bir zararın zaten gerçekleşeceğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamazlar. Birden fazla kişinin ikna edici olarak yeterli araçlarla borçlunun iradesini etkilediği bir olayda da yarışan illiyet vardır ve bu kişiler diğer sebebi mazeret göstererek sorumluluktan kurtulamazlar.

Birden fazla kişinin borçluyu ihlale teşvik ettiği, bunlardan hangisinin borçluya ihlal kararını aldığının tespit edilemediği durumda ise seçimlik illiyet vardır. Böyle bir ihtimalde, kural olarak sorumluluk yoktur. Fakat birden fazla kişi kasıtlı olarak birlikte hareket etmişlerse, artık bu durumda müteselsil sorumluluk gündeme gelir.

Son olarak, sözleşmeye müdahale olaylarında farazî illiyetten bahsedilmesi de mümkündür. Borçlunun sözleşmeyi ihlal etme kararını aldığı, ancak kararını henüz uygulamadan, üçüncü kişinin onu bir yere hapsederek ifayı engellediği olayda, üçüncü

³³³ Bkz. § 6, A, 1, a, cc.

kişinin fiili gerçek sebep, borçlunun yapmayı planladığı ancak yapamadığı fiil farazî sebeptir. Gerçek sebebi gerçekleştiren kişi, farazî sebebi ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz³³⁴. Bu sebeple olayda üçüncü kişi açısından uygun illiyet bağı gerçekleşmiştir. Diğer yönüyle değerlendirildiğinde de şu sonuca ulaşılır ki üçüncü kişinin müdahale sorumluluğu için farazî sebep yetmez; gerçek ve uygun illiyet bağı gerekir³³⁵.

Üçüncü kişinin müdahalesinin gerçekleştiği bazı durumlarda illiyet bağı kesilebilir. Üçüncü kişinin borçluyu, ünlü bir tabloyu alacaklıya vermemesi yönünde ikna ettiği, buna karşılık henüz vade günü gelmeden, tablonun depremde yok olduğu olayda, borç mücbir sebep dolayısıyla ifa edilememiştir. Böyle bir hâlde, nasıl olsa tablonun teslim edilmeyeceği ispat edilse, hatta borçlu itiraf etse bile, borçlu ya da üçüncü kişiyi tazminata mahkûm etmek doğru olmaz. Çünkü ifa etmemenin gerçek sebebi depremdir.

İlliyet bağını kesen bir diğer sebep olan alacaklının kusuru hâlinde de sözleşmeye müdahale sorumluluğunun ortadan kalkması mümkündür. Örneğin, işverenin işçisini darp ettiği ve işçi bu kötü durumundayken üçüncü kişinin onu işten ayrılmaya ikna ettiği bir olayda zararda alacaklının kusuru söz konusudur. Bu sebep tek başına işten ayrılma sonucuna yeterli gelmişse, artık işverenin ne işçiye ne üçüncü kişiye karşı tazminat talebi kabul edilmelidir.

Üçüncü kişinin ağır kusuru meselesine gelindiğinde ise bu durum ikili bir ayrıma tâbi tutulmalıdır. Olaydaki üçüncü kişi, ikna fiilini gerçekleştiren üçüncü kişi olarak kabul edilirse, çalışmada zaten onun sorumluluk esasları değerlendirilmektedir. Şartları varsa üçüncü kişi zarardan sorumlu olur. Ancak bahsedilen üçüncü kişi borçlunun da sözleşmeye müdahale eden kişinin de dışındaki bir üçüncü kişi ise bu ihtimalde yine

³³⁴ Eren, F., Borçlar Genel, s. 635; İlliyet Bağı, s. 167.

³³⁵ Baez III, s. 101.

sorumluluk ortadan kalkabilir. Mesela, üçüncü kişinin borçluyu ünlü tabloyu alacaklıya teslim etmemesi noktasında ikna ettiğini, ancak vade zamanı gelmeden tablonun hırsız tarafından çalındığını düşünelim. Böyle bir ihtimalde artık kural olarak ne borçlunun ne de müdahale eden üçüncü kişinin sorumluluğu vardır.

4. Hukuka Aykırılık

Haksız fiilden bahsedilebilmesi için vazgeçilmez unsurlardan biri de fiilin hukuka aykırı nitelikte olmasıdır. Nitekim haksız fiil sorumluluğunun esası, fiili hukuk düzenince uygun görülmeyen bir kimseye tazminat borcunun yüklenmesidir. Haksız fiil sorumluluğunda, fiil hukuk düzenince onaylanmasına rağmen kişilerin tazminle yükümlü tutulması mümkün değildir. Medeni Hukuk'ta tazmin yükümlülüğü, kişilerin hukuk düzenince onaylanmayan ve zararlı sonuca yol açan fiillerinin yaptırımıdır.

Davranışın hukuka aykırı olması gerekliliği, haksız fiil sorumluluğu açısından kurucu unsur olduğu için, hukuka aykırılığı tanımlamak da önem arz eder. Bu konuda sübjektif, objektif ve üçüncü hukuka aykırılık teorisi olmak üzere üç teori ortaya konulmuştur. Sübjektif teori, failin davranışından yola çıkarak hukuka aykırılığı, failin yapmaya yetkili olmadığı davranış biçimini gerçekleştirmesi olarak tanımlar³³⁶. Aslında bu görüş, şeklî anlamda hukuka aykırılığa başvurma fikrine karşı çıkmakta ve hukuka aykırılıktan bahsedilebilmesi için mutlaka bir menfaatin zarara uğratılmış olması gerekliliğine işaret eden maddî anlamda hukuka aykırılık anlayışına uygundur³³⁷.

³³⁶ Cartier, Micheal: Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR, Dissertation, Eschen 2007, <https://www.e-helvetica.nb.admin.ch/api/download/urn%3Anbn%3Ach%3Aabel-106282%3Aadis3287.pdf/dis3287.pdf> (Erişim Tarihi: 07.06.2022), s. 5; Schönenberger, s. 4; Başalp Yıldırım, Klasik Teoriler, s. 298; Eren, F., Borçlar Genel, s. 669, 670; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 342; Hatemi, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık, s. 16; Davran, s. 268, 269; Kaneti, s. 77; Tüysüzoğlu, s. 189; Deutsch, s. 159, 160; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 16; bu teoride, zararın failin kusuru sonucu ortaya çıktığının ispatının yeterli olduğu, ayrıca hukuka aykırılığın ispatının gerekmediği yönünde, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 476; Deschenaux/Tercier, s. 41; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 17, 18, 43, 44.

³³⁷ Bu görüşün, hukuk düzeni tarafından yasaklanmış olmasa da bir hukukî yarar ihlal edilmesi durumunda hukuka aykırılığın gerçekleştiği şeklindeki ifadesi için, Deutsch, s. 159, 160; maddî anlamda hukuka aykırılık fikri hakkında, Kaneti, s. 224; Mezger, Edmund: Strafrecht, Dritte unveränderte Auflage, Berlin und München 1949, s. 197 vd.; Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt II, 10. Bası, İstanbul 1994, s. 12; maddî anlamda hukuka

Objektif teori ise bir fiilin hukuka aykırılığından bahsedilebilmesi için, mutlaka o yaranın bir norma bağlanmış ve sonrasında o normun da ihlal edilmiş olması fikrinden yola çıkan şekli anlamda hukuka aykırılık görüşünü ifade eder³³⁸. Nitekim bu teoriye göre bir fiilin hukuka aykırı olması için, kişilerin mal ve şahıs varlıklarını koruma amacı güden emredici hukuk kuralı niteliğindeki bir davranış normuna aykırı olması gerekir³³⁹. Üçüncü hukuka aykırılık teorisi ise kişilerin genel olarak kendilerinden beklenen özeni göstermeyerek bir zarara sebep oldukları durumun hukuka aykırı olduğu fikrinden yola çıkar³⁴⁰.

Türk-İsviçre Hukuku'nda hâkim teori objektif teoridir³⁴¹. Ancak İsviçre'nin taslak Borçlar Kanunu olan OR 2020'de üçüncü hukuka aykırılık teorisi benimsenmiştir. Objektif teori “haksızlık” kavramı yerine, “hukuka aykırılık”ı benimsemektedir³⁴². Hâl böyle olunca, hukuk düzenince korunmayan bir hak hukuka aykırılık teşkil etmediğinden, haksız fiil kapsamında korunmuş olmaz. Söz konusu durum ise bireyler için güvence oluşturduğu kadar tehlike de arz eder. Çünkü böyle bir hâlde hakkın korunması, o hakkın

aykırılığı kültür normlarına aykırılık şeklinde niteleyen görüş için, Darbellay, Jean: *Théorie Générale de L'illicéité*, Freiburg (Suisse) 1955, s. 108 vd.

³³⁸ Vito, s. 14, 15; Cartier, s. 31; Schöenberger, s. 4; Başalp Yıldırım, *Klasik Teoriler*, s. 301 vd.; Oğuzman/Öz, *Cilt-2*, s. 16; bu teorinin şekli anlamda hukuka aykırılık fikri çerçevesinde ifadesi için, Kaneti, s. 223; Dönmezer/Erman, s. 11, 12; Becker, s. 212, 213; İsviçre Borçlar Kanunu'nda kabul edilen hukuka aykırılık anlayışının norma aykırılık şeklinde olduğuna dair, Keller/Gabi-Bolliger, s. 36.

³³⁹ Cartier, 31; Vito, s. 15; Schöenberger, s. 4; Becker, s. 213; Başalp Yıldırım, *Klasik Teoriler*, s. 301 vd.; Eren, F., *Borçlar Genel*, s. 670; Hatemi, *Hukuka ve Ahlâka Aykırılık*, s. 16; Davran, s. 268; Kaneti, s. 84; Tandoğan, *Mes'uliyet*, s. 17, 18; Deschenaux/Tercier, s. 41; Tüysüzoğlu, s. 189; hukuka aykırılığın objektif olarak belirlenmesi gerektiğine dair, Müller, s. 20; bu teoriye hukuka aykırılığın davacı tarafından ispat edilmesi gerekliliği yönünde, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 476; Akıncı, *Borçlar*, s. 214; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 342; Keller/Gabi-Bolliger, s. 36.

³⁴⁰ Vito, s. 15 vd.; Cartier, 87; Schöenberger, s. 6 vd.; Oğuzman/Öz, *Cilt-2*, s. 17; Werro, Franz: “Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund nach Art. 41 OR” in: *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, 1997 (116), I. Halbband, s. 343-386, s. 346 vd.; Honsell/Isenring/Kessler, s. 81; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 342; Kapancı, s. 2, dn. 1. Üçüncü hukuka aykırılık teorisinin genel bir türü ifade ettiği, bu başlık altında farklı yaklaşımların ileri sürülebileceği ve söz konusu teoriler hakkında geniş bilgi için bkz. Başalp Yıldırım, Nilgün: “Haksız Fiil Sorumluluğunun Hukuka Aykırılık Unsuruna İlişkin İleri Sürülen Yeni Teoriler Hakkında Bazı Düşünce ve Eleştiriler”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 177-178, Y. Mayıs-Haziran 2019, s. 1017-1061, (Başalp Yıldırım, *Yeni Teoriler*), <https://www.jurix.com.tr/article/19251> (Erişim Tarihi: 04.11.2022).

³⁴¹ Eren, F., *Borçlar Genel*, s. 670; Müller, s. 8; Akıncı, *Borçlar*, s. 214; Tandoğan, *Mes'uliyet*, s. 18; alternatif hukuka aykırılık modellerinin daha avantajlı olduğu yönünde, Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 346.

³⁴² Eren, F., *Borçlar Genel*, s. 669.

hukuk düzenince tanınmış olmasına bağlıdır. Örneğin, işçi hakları dünya genelinde Sanayi Devrimi'ne kadar kabul gören haklardan değildi. Bu olaydan sonra korunması gerektiğine inanılan bir hak olarak gelişmiştir. Oysa o tarihlerden önce, işçilerin parasal haklarına zarar verilseydi, bu durum bir hukuka aykırılık olarak değerlendirilmeyecekti. Çünkü sadece yapay bir ayırımın sonucu olarak, söz konusu hak pek çok hukuk düzeninde korunması gereken bir hak olarak görülmüyordu. O hâlde haksız fiilde hukuka aykırılığın tespiti için şöyle bir değerlendirme yapılmalıdır: Genel itibariyle bir hakkın hukuk düzenince korunuyor olması, hukuka aykırılığın tespitinde dikkate alınmalıdır. Çünkü nihayetinde, insanların her talebinin bir hak olarak değerlendirilmesi de toplum düzenini tehlikeye sokar. Ancak bir talep hukuk düzenince tanınmıyor şeklindeki mutlak bir önyargıyla onu koruma dışı bırakmak da en az onun kadar tehlikelidir. Ortaya çıkan olaylarda, ileri sürülen talebin korunmaya değer bir hukukî yarar olup olmadığı dikkatle araştırılmalıdır. Hangi hakkın korunup hangisinin korunmayacağını hükme bağlayan anayasalar ve kanunlar da sonuçta insanların ürünüdür ve insanlar hata yapabilir. Bilimsel gelişmeler, yeni hakların tanınmasını gerekli kılabilir. Bu sebeple insan ürünü olan hukuk kurallarına değişmeyen kutsallar gibi yaklaşmak doğru olmaz. Hukuk sistemindeki amaç kötü kuralları ne pahasına olursa olsun uygulamak değil, adaleti, hakkaniyeti, toplumdaki barış ve huzuru sağlamaktır. Dolayısıyla üçüncü hukuka aykırılık teorisi hakkaniyete daha uygun görünmektedir.

Doktrindeki genel tanıma göre hukuka aykırılık, kişilerin mal ya da şahıs varlıklarını doğrudan veya dolaylı olarak koruyan, yazılı ya da yazısız emredici davranış normlarının ihlalidir³⁴³. Hukuka aykırılığın oluşması, olumlu ve olumsuz olmak üzere iki unsurun varlığına bağlıdır. Hukuka aykırılığın olumlu unsuru, bir zararın doğmasını

³⁴³ Keller/Gabi-Bolliger, s. 36; Eren, F., Borçlar Genel, s. 672; Müller, s. 18; Keller, s. 106; “başkasının hukukî menfaatlerinin ihlali ya da tehlikeye düşürülmesi” şeklindeki tanım için, Kaneti, s. 93; hukuk düzenine aykırılık şeklindeki tanım için, Deutsch, s. 147.

önleyen emredici ya da yasaklayıcı normun varlığıdır³⁴⁴. Olumsuz unsur ise hukuka aykırı fiili hukuka uygun hâle getiren bir sebebin bulunmamasıdır³⁴⁵. Hukuka aykırılığın ve sözleşmeye müdahale fiilinin hukuka aykırı olup olmadığını tespit etmek adına bu iki unsurun ayrıntılı olarak incelenmesi gereklidir:

a) Hukuka Aykırılığın Olumlu Unsuru

aa) Genel Olarak Hukuka Aykırılığın Olumlu Unsuru

Hukuka aykırılığın olumlu unsuru, bir başkasının şahıs ya da malvarlığını korumayı amaçlayan davranış normunun ihlalini ifade eder³⁴⁶. Buna göre, hukuka aykırılığın oluşabilmesi için fiilin bir emredici normu ya da koruma normunu ihlal etmesi gerekir. Söz konusu kurallar kişiler için bir davranış kuralı teşkil eder. Davranış kuralı, bireylere neyi yapıp neyi yapmamaları gerektiği konusunda emir ve yasaklar koyar³⁴⁷. İhlal edilen davranış normu, kamu hukuku ya da özel hukuk kökenli olabilir³⁴⁸.

Davranış normunun yazılı veya yazısız olması açısından da fark yoktur³⁴⁹. Davranış normu oluşturan yazılı kural, kanun veya yönetmelik niteliğinde olabilir³⁵⁰. Ancak söz konusu kural ihlalinin haksız fiil olabilmesi için mutlaka davranış normu içermesi gerekir; sırf toplum yararına konulmuş norm ihlalinin haksız fiil anlamında hukuka aykırılık oluşturmadığı ifade edilmektedir³⁵¹. Kişilerin mal ve şahıs varlıklarını korumaya

³⁴⁴ Eren, F., Borçlar Genel, s. 673; bu unsurun zarar verme yasağının ihlali şeklinde ifadesi için, Deschenaux/Tercier, s. 42.

³⁴⁵ Eren, F., Borçlar Genel, s. 673; bu unsurun haklı bir gerekçenin bulunmaması şeklinde ifadesi için, Deschenaux/Tercier, s. 42.

³⁴⁶ Kaneti, s. 181; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 18, 19; Eren, F., Borçlar Genel, s. 673; Oftinger/Stark, s. 40; Stark, s. 56; Oser/Schönenberger, s. 356.

³⁴⁷ Eren, F., Borçlar Genel, s. 674; Kaneti, s. 181; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 18.

³⁴⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 478; Müller, s. 13; Kılıçoğlu, s. 367; Eren, F., Borçlar Genel, s. 673, 674; Oser/Schönenberger, s. 357; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 17; tüm hukuk düzeninin dikkate alınması gerektiğine dair, Kaneti, s. 184; sırf Devlet'in varlığına karşı işlenen suçların TBK m. 49/I açısından emredici norm olmayacağına dair, Tandoğan, s. 19.

³⁴⁹ Eren, F., Borçlar Genel, s. 673; Müller, s. 13; Barlas, Müdahale, s. 417; Deschenaux/Tercier, s. 42; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 479, 480; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 25; Keller/Gabi-Bolliger, s. 38; Keller, s. 107; Oser/Schönenberger, s. 357.

³⁵⁰ Eren, F., Borçlar Genel, s. 674; İsviçre Hukuku karşılığında Federal ya da Kantonal Hukuk'tan kaynaklanabileceğine dair, Keller/Gabi-Bolliger, s. 38.

³⁵¹ Eren, F., Borçlar Genel, s. 675; Kaneti, s. 184; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 19, 20; hukuka aykırılık kavramının geniş, az geniş ve dar anlamda anlaşıldığı, İsviçre Borçlar Kanunu 41. maddede kastedilen

yönelik emir ve yasak içermek kaydıyla, idarî kanunlar da davranış normu sayılır³⁵². Örf-âdet kuralları, hukukun genel ilkeleri ve özellikle dürüstlük kuralı, kişilik hakları ve ahlâk kuralları da yazılı olmayan davranış kuralları arasında sayılabilir³⁵³.

Türk-İsviçre Hukuku ile Alman Hukuku'nda hâkim görüş, TBK m. 49/I'e göre hukuka aykırılık teşkil eden ihlallerin temelde, mutlak hakları koruyan temel koruma normlarının ihlali olduğu ifade eder; böylece yalnız mutlak haklar ve diğer koruma normlarının koruduğu haklar TBK m. 41/I tarafından korunur³⁵⁴. Mutlak haklar, davranış normlarının doğrudan doğruya korumayı hedeflediği, herkese karşı ileri sürülebilen, herkesin de bu hakka saygı göstermekle yükümlü olduğu haklardır³⁵⁵. Aynî hakları, kişilik haklarını ve fikrî hakları koruyan ve dürüstlük kuralına³⁵⁶ aykırı davranış yasaklayan kurallar temel koruma normu sayılır ve mutlak hak olarak haksız fiilin konusudurlar³⁵⁷. Buna karşılık hâkim görüşe göre alacak hakları malvarlığı haklarından olmasına rağmen mutlak değil, nispi haktır; bu sebeple ihlalleri de TBK m. 49/I

hukuka aykırılığın başkalarına zarar vermeyi yasaklayan dar anlamda hukuka aykırılık olarak anlaşıldığı yönünde, Deschenaux/Tercier, s. 40.

³⁵² Kaneti, s. 184; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 20; Eren, F., Borçlar Genel, s. 675.

³⁵³ Eren, F., Borçlar Genel, s. 675; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 70; dürüstlük kuralı ihlalinin 49/I OR anlamında genel davranış yükümlülüğü ihlali olduğu yönünde, Müller, s. 66; Hatemi, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık, s. 20; Keller/Gabi-Bolliger, s. 37; Tüysüzöğlu, s. 187; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 23; Oftinger/Stark, s. 40; Eulau, Verleitung und Ausnutzung, s. 61; imzanın kendisine ait olmadığı itirazını kefilin önce değil, davada ileri sürmüş olmasının dürüstlük kuralına aykırı olduğu ve genel bir hukuka aykırılık teşkil ettiği yönündeki karar için bkz. Davran, s. 273, 274. Genel olarak dürüstlük kuralına aykırılığın TBK m. 49/II kapsamında tazminat sebebi olabileceği, ancak dürüstlük kuralına aykırı olan yapmama şeklindeki bir hareketin de hukuka aykırı olduğu yönünde, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 481, 485. Dürüstlük kuralının genel bir koruma normu olmadığı ve dolayısıyla dürüstlük kuralına aykırılığın TBK m. 49/I anlamında hukuka aykırılık oluşturmadığına dair, Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 352.

³⁵⁴ Eren, F., Borçlar Genel, s. 678 vd.; Foster/Sule, s. 486; Keller/Gabi-Bolliger, s. 37; Art. 41 OR'teki davranış normunun emir veren ve sorumluluk yükleyen normlar olarak anlaşılması gerektiği yönünde, Müller, s. 7; Barlas, Müdahale, s. 417; Alman Hukuku'nda sağlık, bedensel bütünlük, yaşam, özgürlük ve mülkiyet gibi hakların koruma kapsamında olduğu ile ilgili, Fuchs/Pauker/Baumgärtner, s. 12 vd.; Fikentscher, s. 728.

³⁵⁵ Eren, F., Borçlar Genel, s. 678; Hatemi, Giriş, s. 125; Barlas, Müdahale, s. 417; Fuchs/Pauker/Baumgärtner, s. 35; Dural/Sarı, s. 90; Serozan/Engin/Atamer, s. 236.

³⁵⁶ Dürüstlük kuralına aykırılığın ahlâka aykırılık olarak değerlendirildiğine dair, Stark, s. 60.

³⁵⁷ Eren, F., Borçlar Genel, s. 678, 679; Çağlayan Aksoy, s. 580, 581; Kaneti, s. 188 vd.; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 21, 22, istisnaen, kira konusu şeyin tahrip edilmesi örneğinde olduğu gibi bazı durumların hem alacak hakkı ihlali hem de mutlak hak ihlali özelliği taşıyabileceğine dair, s. 22; benzer bir kira örneği için, Keller/Gabi-Bolliger, s. 37; Gauch/Schleup/Schmid/Rey/Emmegger, s. 726.

anlamında hukuka aykırılık teşkil etmez³⁵⁸. Çünkü alacak hakkına uygun davranış sadece borçludan talep edilebilir; onun borcu ifa etmemesi de hukuka aykırılık değil, borca aykırılık oluşturur³⁵⁹. Doktrindeki azımsanmayacak olan diğer bir görüşe göre ise nispi nitelik taşıyan alacak haklarının ihlali de TBK m. 49/I anlamında hukuka aykırılık teşkil eder³⁶⁰. Buna göre, alacak hakkı da diğer malvarlığı hakları gibi anayasada güvence altına alınmış malvarlığı haklarından; dolayısıyla alacak haklarını üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı korumamak için bir neden bulmak zordur³⁶¹. Diğer yandan mutlak hakların ihlali de zaten eşya ile maliki arasındaki hukukî ilişkiye zarar verilmemektedir, eşyanın kendisi zarar görmektedir; o hâlde alacak hakkı için alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkinin üçüncü kişi tarafından ihlal edilemeyeceği gerekçesine dayanmak tutarlı olmamaktadır³⁶². Alacak hakkının TBK m. 49/I kapsamında korunan haklardan olmadığına dair hâkim görüş, sözleşmeye müdahale sorumluluğuna da yansımaktadır. Nitekim bu görüş taraftarlarına göre, sözleşmeyi ihlale teşvik eden, azmettiren ya da herhangi bir davranışla borçluyu bu sonuca yönelten kişi de alacak haklarının nispileği gereği fiilinden sorumlu olmaz³⁶³. Alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmesel ilişkinin, üçüncü kişi tarafından ihlal edilmesi mümkün değildir.

Bir sorumluluk normunun hangi hakları koruma kapsamına aldığı meselesi kanunkoyucunun tercihinin sonucudur. Dolayısıyla yapay bir ayrıma dayanır³⁶⁴. TBK m.

³⁵⁸ Eren, F., Borçlar Genel, s. 680; Kaneti, s. 192; Keller/Gabi-Bolliger, s. 37; Deschenaux/Tercier, s. 43; Gauch/Schleup/Schmid/Rey/Emmegger, s. 726; Fikentscher, s. 728, 734; nispi hakların ihlalinin yalnızca bir davranış normuna aykırılık teşkil ettiği zaman hukuka aykırı olarak nitelenebildiği yönünde, Keller, s. 108.

³⁵⁹ Eren, F., Borçlar Genel, s. 681; bu yüzden sözleşme ihlali die Verletzung terimi yerine die Störung teriminin kullanıldığına dair, Keller/Gabi-Bolliger, s. 37.

³⁶⁰ Örs, s. 20; Zulliger, s. 37, 38; Koziol, s. 4 vd. özellikle s. 6,7; Bekker, s. 4, 5; Leonhard, F., s. 60 vd.; Dulckeit, s. 55; Ballerstedt, s. 33; Ginossar, s. 86; Von Büren, s. 2; Larenz, s. 18, 573; Müller, s. 95; Mazeaud/Mazeaud, s. 841; Grossen, s. 133; Yung, s. 122; Koziol, s. 161; Mercier, s. 156 vd.

³⁶¹ Zulliger, s. 37, 38.

³⁶² Koziol, s. 6, 7.

³⁶³ Bkz. § 3, F.

³⁶⁴ Alacağın yalnız borçluya karşı ileri sürülebilmesi ve bu yüzden üçüncü kişilerin onu ihlal edemeyeceği yönündeki İsviçre Görüşünün tamamen dogmatik, gereksiz ve kafa karıştırıcı olduğu ve üçüncü kişinin ifaya zorlanması ile borçlunun ifasını engellememe yükümlülüğü yüklenmesinin farklı şeyler olduğu yönünde, Yung, s. 122.

49/I lafzen, kusurlu ve hukuka aykırı bir fiil ile başkasına zarar veren kimsenin bu zararı gidermekle yükümlü olduğundan bahsetmiş; ancak hangi hakların ihlalinin zararlar sonuçlandığı konusunda bir ayırım yapmamıştır. Baskın görüş, bu hakların yalnız mutlak haklar olduğu yorumunu yapmaktadır. Yorumun dayanağı açıkça beyan edilmese de temel olarak, BGB § 823’ün düzenlemesinden ve bundan etkilenen İsviçre Doktrininin Art. 41 OR hakkındaki yorumundan kaynaklanır³⁶⁵. BGB § 823, hangi hakların haksız fiil kapsamında korunduğunu örnekseyici biçimde saymış, bu sayımın tehlikelerini bertaraf etmek ve öngörölemeyen yararları koruma dışı bırakmamak adına da “diğer haklar” ibaresini kullanmıştır. Mevaz kanun olan İsviçre Borçlar Kanunu ise böyle bir sayımı benimsememiş, halen yürürlükte olan hâli ile bir başkasına kasten ya da ihmalle zarar veren kişinin bu zararı gidermekle yükümlü olduğunu düzenlemiştir. Dolayısıyla burada da tıpkı TBK’da olduğu gibi bir sayım yoktur. Ancak İsviçreli Hukukçular da tıpkı Türk Doktrininde olduğu gibi Alman Borçlar Hukuku’ndan esinlenerek sadece mutlak hakların koruma kapsamında olduğu sonucuna varmışlardır. Oysa böyle bir yorum yapmak için fıkranın lafzında yeterli sebep yoktur. Diğer yandan bu durum ticarî ve sosyal alanlarda meydana gelen yeni ihlal türlerinin tazminata bağlanması yeterli gelmemektedir. Bu açıdan bir hukuk normunun asla taşıması gereken bir özellik olan zamanla ya da alanla sınırlı olma özelliği kazanmaktadır.

İsviçre Borçlar Kanunu m. 41’in yorumu konusundaki bu dar yaklaşım, Kanunun bu hükmünde de değişiklik yapılmasını zorunlu kılmıştır. Hükümde böyle bir değişiklik yapılmasına elzem derecede ihtiyaç olduğu taslak çalışmada, “...koruyucu bir norm tanımının, hâkimlerin iyi niyetine bağlı olarak şansa bırakıldığı çok iyi bilinmektedir.

³⁶⁵ İsviçre Borçlar Kanunu’nun, Alman Medeni Kanunu’ndan alındığı, ancak hükümlerin iki mevzuatta aynı rolü oynamadıkları yönünde, Mercier, s. 149; Art. 41/II hükmünün sararıp solarken, BGB § 826 hükmünün geniş uygulama alanı bulduğu yönünde, Müller, s. 52; BGB § 826’nın çok daha geniş bir uygulama alanı bulduğu yönünde, Davran, s. 285.

Birinin karakterini değil de diğerininkini haklı çıkaracak hiçbir şey yoktur...³⁶⁶ ifadeleri ile veciz şekilde belirtilmiştir. Böylece taslak kanunda haksız fiil sorumluluğu yeni bir boyut kazanmıştır. Taslak kanunun 46. maddesinde düzenlenen hükme göre, hukuka uygun bir sebep olmadan genel bir davranış yükümlülüğüne aykırı davranarak bir başkasına zarar veren kişi, ortaya çıkan zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Söz konusu hükümle birlikte, yalnızca mutlak hakların ve koruma normlarının ihlalinin Art. 41/I OR anlamında haksız fiil olduğuna dair görüş terkedilmiştir³⁶⁷. Yeni hükme göre artık, “*genel bir davranış normuna aykırı herhangi bir yükümlülüğün ihlali*” hukuka aykırılığın oluşması için yeterlidir; böylece sınırlı tazminat anlayışından vazgeçilmiş, salt ekonomik zararların karşılanması yolu açılmak istenmiştir³⁶⁸. Genel davranış normuna aykırılığın belirlenmesinde ise şöyle bir yorum yapılmaktadır: “*Genel davranış yükümlülüğü, mahkemenin söz konusu davanın koşullarıyla ilgili olarak yasal, hukuki ve pratik normlarından ilham alarak tanımlaması gereken bir özen yükümlülüğüdür. Bu genel davranış yükümlülüğü, prensipte sözleşmeden kaynaklanan özel yükümlülükten farklıdır. Öte yandan, dürüstlük ilkesinden kaynaklananları içerir. Bugün haksız davranışla ilgili olarak bildiğimiz şekliyle koruyucu bir norma yapılan herhangi bir atıf gereksiz kılınmıştır... Çoğunluk, hukuk düzeninin (açıkça veya değil) belirlediği bir basiret yükümlülüğüne aykırı herhangi bir davranışın bir tazminat yükümlülüğü gerektirdiğini ilke olarak kabul etmenin uygun olduğunu, bu yaklaşım temelinde kabul etmiştir. Bu haksızlık yazılı bir normun veya genel bir ilkenin ihlalinden kaynaklanabilir, çünkü zarar, fail ile aynı zaman ve yer koşullarında, makul, herhangi bir kişinin göstereceği özeni göstermemiş olmasından kaynaklanabilir³⁶⁹*”. Dolayısıyla artık hukuka

³⁶⁶ Huguenin, Claire/ Hilty, Reto M. (Hrsg.): Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Zürich - Basel - Genf 2013, s. 157

³⁶⁷ Huguenin/Hilty, s. 155.

³⁶⁸ Huguenin/Hilty, s. 155.

³⁶⁹ Huguenin/Hilty, s. 156, 157.

aykırılıktan bahsedebilmek için mutlak bir hakkın veya koruma normunun ihlali zorunlu değildir.

Taslakta dikkat çekilen bir başka yön de doktrinde ileri sürülen bir görüşün³⁷⁰ aksine, dürüstlük kuralına aykırı davranışların hukuka aykırı sayılmış olmasıdır. Taslağa göre, “*Dürüstlük ilkesine aykırı davranışlar için farklı bir akıbete sahip olmanın hiçbir gerekçesi yoktur. Bu, belirli durumlarda davranış yükümlülüklerini dayatır. Bu durumlar kişiler arası ilişkilerle karakterize edilirken, sonuçta ortaya çıkan yükümlülükler yine de geneldir ve herhangi bir sözleşmeden bağımsız olarak kanunen uygulanabilir. Bu açıdan bakıldığında, dürüstlüğün gereklerine aykırı davranış, tutarsız davranış gibi, genel davranış yükümlülüğüne aykırı davranıştır*”³⁷¹. Böylece kişiler arasında, sözleşme gibi özel bir bağlantı olmasa da herkes birbirine karşı dürüstlük ilkesinin gereklerine uygun olarak davranmak zorundadır. Bunun aksine olan davranışlar zarara yol açmışsa, taslak kanunun 46. maddesine göre tazminat yükümlülüğü gerektirir.

İsviçre Borçlar Kanunu’nda yapılan bu önemli değişiklik ve kökleşmiş uygulaması olan çeşitli hukuk sistemlerindeki alacak hakkının haksız fiil çerçevesinde korunması anlayışı, TBK m. 49/I kapsamında yalnız mutlak hakların korunabileceği fikrini sorgulanabilir hâle getirmektedir. Bu doğrultuda aşağıdaki başlıkta, alacak hakkının hukuka aykırılığa konu olup olamayacağı ve alacak hakkının üçüncü kişilere yönelik etkileri hakkındaki fikirler ele alınmaktadır.

bb) Alacak Hakkının Haksız Fiil Çerçevesinde Korunması ile İlgili Teoriler

Alacak hakkının haksız fiil çerçevesinde korunamayacağına dair doktrindeki hâkim görüşe rağmen, bu hakkın TBK m. 49/I kapsamında korunması gerekliliğini ifade eden

³⁷⁰ Dürüstlük kuralı ihlalinin TBK m. 49/I anlamında hukuka aykırı olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusundaki görüşler için bkz. § 6, A, 4, a, aa.

³⁷¹ Huguenin/Hilty, s. 159, 160.

görüşler³⁷² de bulunmaktadır. Keza karşılaştırmalı hukukta da bu yönde açık hükümleri ve uygulamaları bulunan hukuk sistemleri mevcuttur. Örneğin Avusturya Medeni Kanunu'nun 353. maddesine göre, bir şeyin eşya olması ve üzerinde mülkiyet hakkı kurulabilmesi için fizikî varlığa sahip olup olmaması arasında fark yoktur³⁷³. Kanun'un 1424. maddesinde de alacak hakkı üzerinde mülkiyet hakkı olduğu açıkça belirtilmektedir³⁷⁴. Aynı şekilde İngiliz ve Amerikan Hukuk Sistemleri'nde bir başkasının sözleşmesel ilişkisini bozarak alacak hakkına zarar vermek, alacaklıya zararını tazmin için bağımsız dava hakkı verir³⁷⁵.

Alacak hakkına üçüncü kişiler tarafından verilen zararların onlar tarafından tazmin edilebilmesi, doktrinde çeşitli teorilere dayandırılmıştır. Söz konusu teorilerin bir kısmı alacak hakkını mülkiyet hakkının etkilerine yaklaştırma çabalarına dayanırken, diğerleri bir hak üzerinde zaten hak sahibinin hâkimiyet yetkileri olduğu fikrinden yola çıkar. Görüşlerden şu şekilde bahsedilebilir:

³⁷² Leonhard, Franz: Allgemeines Schuldrecht des BGB, Erster Band, München und Leipzig 1929 (Leonhard, F.), s. 60, 61; Mazeaud, Henri Et Leon/Mazeaud, Jean: Leçons de Droit Civil, Tome II/1, Obligations: Theorie Générale, Paris 1978, No: 744, s. 841; Leonhard, Rudolf: Der allgemeine Theil des bürgerlichen Gesetzbuch in seinem Einflusse auf die fortentwicklung der Rechtswissenschaft, Berlin 1900, (Leonhard, R.), s. 155 vd.; Gierke, Otto Friedrich: Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuch und Das Deutsche Recht, Leipzig 1889, s. 43 vd.; Bekker, Ernst Immanuel: Grundbegriffe des Rechts und Missgriffe der Gesetzgebung, Berlin und Leipzig, 1910, s. 2 vd.; Ballerstedt, Kurt: "Dulceit als Rechtsdogmatiker" (in Gerhard Dulceit als Rechtshistoriker, Rechtsphilosoph und Rechtsdogmatiker), Kiel 1955, s. 27-41, s. 33; Ginossar, S.: Droit Réel Propriété et Créance, Paris 1960, s. 85, 86; von Büren, Bruno: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich 1964, s. 1, 2; von Savigny, Friedrich Carl: System des heutigen römischen Rechts, Band I, Berlin 1840, s. 338 vd.; Dulceit, Gerhard: Die Verdinglichung Obligatorischer Rechte, Tübingen 1951; Grossen, s. 121 vd.; Yung, s. 121 vd.; Larenz, s. 18; Koziol, s. 161; Müller, s. 92, 95; Çağlayan Aksoy, s. 475 vd.; müdahale fiili dürüstlük kuralının ihlali teşkil ediyorsa BK m. 41/I (TBK m. 49/I)in uygulanacağına dair, Barlas, s. 432, 433.

³⁷³ "Alles, was jemanden zugehört, alle seine körperlichen und unkörperlichen Sachen, heißen sein Eigenthum." ABGB § 353. Ancak uygulamada mülkiyet kavramının sadece fizikî eşyalar üzerinde olabileceği şeklinde dar yorumlandığına dair, Zulliger, s. 60, 61.

³⁷⁴ "Der Schuldbetrag muß dem Gläubiger oder dessen zum Empfange geeigneten Machthaber, oder demjenigen geleistet werden, den das Gericht als Eigenthümer der Forderung erkannt hat.", ABGB § 1424. Avusturya Hukuku'nda ABGB § 1295 düzenlemesine göre alacak haklarına müdahale edilerek verilen zararın tazmin edilmesi gerektiği yönünde, Wolff, Karl: Grundriss des österreichischen bürgerlichen Rechts, 4. Auflage, Wien 1948, s. 22.

³⁷⁵ Bkz, § 3, A, B.

aaa) Alacak Hakkı Üzerinde Mülkiyet Teorisi

Söz konusu teori, mülkiyet hakkının yalnızca fizikî varlığı olan nesneler üzerinde kurulabileceği fikrine tepki olarak ortaya çıkar. Fikrin temsilcileri arasında Ernst Immanuel BEKKER, Kurt BALLERSTEDT, Franz LEONHARD, Otto Friedrich GIERKE, Rudolf LEONHARD, Bruno VON BÜREN, Gerhard DULCKEIT ve GINOSSAR gibi isimlerin sayılması mümkündür.

Teorinin ilk temsilcilerinden sayılabilecek BEKKER'e göre, BGB § 90'da sadece cismani şeylerin eşya olabileceğine dair hükmün kararlaştırıldığı saatler, komisyonun yaşadığı en karanlık saatlerdir³⁷⁶. Ona göre hak (das Recht) ve eşya (die Sache) tamamen farklı şeylerdir; eşya olmayan şey hak olabilir, hak olmayan şey de eşya olabilir, bu ayrım kanundan bağımsızdır. Hukukî işlemin konusu her zaman bir hak olduğuna göre, sadece fiziki varlığı olan şeylerin eşya olarak düzenlenmesi yanlış seçilmiştir ve yanıltıcıdır. Hakkın konusu da her zaman fizikî olan ya da olmayan herhangi bir varlık olduğundan, heterojen yapıdaki konuları bu kavram kapsayamayacağı için kavram kötü düşünülmüştür. Fiziki varlığı olsun ya da olmasın, her türlü malvarlığı konusu üzerinde hak olarak işlem yapılır; hukukî işleme konu olan varlığın kendisi değil, onun üzerindeki haktır, o hâlde mülkiyet hakkına sahip olma açısından malvarlığı değerleri arasında bir fark olmamalıdır.

BGB'nin yasama çalışmaları tamamlandıktan sonra da söz konusu mülkiyet anlayışına olan itirazlar devam etmiştir. Kanunlaşma çalışmalarının tamamlanmasından sonra bu kabule itiraz eden Rudolf LEONHARD'a göre, rüzgâr ya da denizin dalgaları gibi eşya olarak muamele gören kuvvetler, kanunda yapılmış olan eşya vurgusuna aykırıdır³⁷⁷. Fizikî varlığı olmayan taşınmaz payları üzerinde mülkiyet hakkının kabul edilmiş olması da kanunda yapılan eşya tanımı ile bağdaşmaz. Ayrıca kanunda "eşya"

³⁷⁶ Bu fikir ve yazarın hakla ilgili diğer açıklamaları için, Bekker, s. 2 vd.

³⁷⁷ Leonhard, R., s. 155 vd.

(die Sache) kavramı yerine “varlık” (das Gut) kelimesinin kullanılmış olması da bu uygunsuzluğa işaret etmektedir.

Sadece dar ve teknik anlamdaki eşyalar üzerinde mülkiyet hakkının kurulabileceği fikrine şiddetle karşı çıkanlardan biri olan GIERKE’ye göre de taslağın hak konusu ve bunun hakla ilişkisi ile ilgili talihsiz terminolojisi, Roma Okulu kavramlarının büyüü altında düzenlenmiştir³⁷⁸. Ona göre eşya kavramı ile mülkiyet hakkı eşit olarak değerlendirilirse, malvarlığına dâhil olan diğer haklar bu kavramın dışında kalır. Diğer yandan taslak intifa ya da ipotek gibi durumlarda, hak üzerinde hak kurulmasından bahsetmiştir ve bu durumda haklar tıpkı eşyalar gibi mülkiyet hakkının konusu hâline gelmişlerdir. Mülkiyet hukukunu kanundaki temel üzerine oturtmak mümkün değildir. “Fizikî varlığı olmayan eşya” kavramı olmadan yapılamaz. GIERKE itirazlarını BGB taslak aşamasında ileri sürmüş olsa da Kanunda bu anlayıştan vazgeçilmemiştir.

Franz LEONHARD da eserinde alacak hakları üzerinde mülkiyet hakkı kavramı olmadan yapılamayacağından bahseder³⁷⁹. Sadece eşya üzerinde mülkiyet kurulabileceğini savunan görüşün, nesne üzerinde doğrudan tasarruf edilebilir olduğu durumlarda mülkiyetten bahsedildiğine dair kriterleri de belirsizdir. Bu noktada Romalıların, hak üzerinde hak gibi bir kurumu tanımamalarının da önemi yoktur; çünkü onlar bu mesele ile ilgilenmemişlerdir. Ayrıca dominium ususfructus’tan bahsetmiş olmaları da böyle bir kabule zemin hazırlamaktadır. Günümüz hukukunda intifa hakkı gibi birtakım durumların aynî hak olarak kabul edilmesi bu tür bir kabulün imkânsız olmadığını göstermektedir. Ayrıca BGB § 399’da alacağın temlikine izin verilmiş olması, yine alacak üzerinde bir hak olmasının sonucudur. O hâlde üçüncü bir kişinin müdahale

³⁷⁸ Gierke, s. 43 vd.

³⁷⁹ Yazarın bu ve devamı fikirleri için, Leonhard, F., s. 60 vd..

ederek alacak hakkını ortadan kaldırdığı her durumda alacaklı korunmalıdır. Bu da ancak alacak hakkı üzerinde alacaklıya bir mülkiyet hakkı tanınması yoluyla mümkün olabilir.

Fikrin diğer temsilcilerinden olan Gerhard DULCKEIT'a göre de mülkiyet kavramı geniş anlaşılmalıdır; çünkü eşya sahipliğinin yanı sıra diğer sınırlı aynî hakların ya da alacak haklarının sahipliğinden bahsediliyor olması, bu kavramın geniş yorumlanmasını gerekli kılar³⁸⁰. Dar anlamda mülkiyet terimi kabul edilirse, aynî sözleşmenin sadece bir nesne üzerinde değişiklik yapması gerekir, oysa sınırlı aynî hakların aynî sözleşme ile devri ya da alacakların devri de aynı sonuca yol açmaktadır. Diğer yandan DULCKEIT, hak konusu meselesini de farklı değerlendirir. Ona göre hak hiçbir zaman bir eşya, değer ya da yararlanma üzerinde kurulmaz, hak, kendi başına “hak”ı oluşturur. O hâlde sınırlı bir aynî hak da tıpkı alacak hakkı gibi nispi bir haktır. Böylece DULCKEIT'a göre alacak hakkı ile mülkiyet hakkı arasında bir fark kalmamaktadır.

DULCKEIT'ın görüşlerini, onunla ilgili verdiği eserinde Kurt BALLERSTEDT de paylaşmıştır. BALLERSTEDT'e göre, üzerinde mülkiyet hakkı kurulabilecek konuların sadece fizikî nesneler olabileceği şeklindeki görüş yanlıştır³⁸¹. Özellikle fikri haklar ve ticarî işletme hakları üzerinde mülkiyet hakkı kurulabildiğinin kabulü için bu görüşün aksini kabul etmek gerekir.

Alacak hakkı içinde iki farklı ilişki olduğunu ileri süren GINOSSAR da hak üzerinde mülkiyet hakkı olduğunu kabul eden yazarlardandır. Ona göre alacak hakkı sadece alacaklı ile borçlu arasında tükenen bir hak değildir; o, borçluya bir verme, yapma veya yapmama yükümlülüğü yüklerken, dünyanın geri kalanını da kendisine saygı duymak yönünde bağlar³⁸². Bu sebeple alacak hakkı bünyesinde, biri nispi, diğeri mutlak olmak üzere iki farklı hukukî ilişki barındırır. GINOSSAR alacak hakkı üzerinde

³⁸⁰ Dulckeit, s. 35, 55, 56.

³⁸¹ Ballerstedt, s. 33.

³⁸² Ginossar, s. 85, 86.

mülkiyet hakkı olduğunu basit bir şekilde şöyle ifade etmektedir: *“Nispi ilişki, alacağın özünü oluşturur; mutlak ilişki, alacaklı için onun üzerinde kontrol ve üçüncü şahıslara karşı koruma sağlar. Ayrıca bu mutlak ilişki ‘mülkiyet’ adını tam olarak hak eder: Her alacaklı alacağının malikidir, mal sahibinin malından yararlandığı gibi ondan yararlanır ve tasarrufta bulunur ve üçüncü şahıslar da ona saygı borçludur. Bir alacağın mülkiyeti ile maddi bir varlığın mülkiyeti arasındaki tek dikkate değer fark, bir dereceye kadar, ikincisini bilmesi gereken üçüncü kişilerin birincisinden habersiz olmaları ve dolayısıyla onu dikkate almama yetkisine sahip olmalarıdır; ancak istisna kuraldan biraz ayrılrsa (da) prensipte onu yalanlamaz³⁸³”*. Böylece GINOSSAR’a göre alacak hakkının mülkiyete konu olma açısından tek ayırıcı yönü, onu alenileştiren bir araca sahip olmamasıdır; ancak bu durum üçüncü kişiler alacağı bildiği zaman onu görmezden gelip zarar verebilecekleri anlamına gelmez. Yazarın görüşü esasen alacak hakkı üzerinde mülkiyet hakkına dayansa da üçüncü kişilere karşı etkili olması bakımından iç etki-dış etki görüşüne yaklaşmaktadır.

Alacak hakkının iki yönlü etkilere sahip olduğunu ileri sürmesi dolayısıyla von BÜREN’in fikirleri de GINOSSAR ile bağdaşmaktadır. VON BÜREN’e göre alacak hakkı çift taraflı bir haktır; çünkü isteğe bağlı olarak kullanılabilir olması, onun üzerinde hem tasarruf yetkisinin hem de onu savunma hakkının olduğu sonucunu ortaya koyar, bu özellikleri onun mutlak yönünü oluşturur³⁸⁴. Bu noktada alacak hakkı konusunun aynî hak konusundan tek farkı, duyusal olarak anlaşılamayan bir varlık olmasıdır. O hâlde haklı olarak alacak hakkı üzerinde mülkiyetten söz edilebilir; patent ya da ticarî marka sahipliğinden bahsediliyor olması bu iddiaya örnek oluşturur. Hatta bu durumlardaki sahiplik, maddî nesneler üzerindeki sahiplikten çok daha güçlüdür; çünkü maddî varlığı

³⁸³ Ginossar, s. 86.

³⁸⁴ Von Büren, s. 2.

olan nesnelerin iyiniyetle edinilmesi mümkün iken, söz konusu varlıklar bu yolla dahî edinilemez.

bbb) Borçlunun Fiili Üzerinde Mülkiyet Hakkı Teorisi

Alacak hakkının müdahalelere karşı korunmasına ilişkin anılması gereken bir diğer teori de borçlunun fiili üzerinde mülkiyet hakkı olduğu yönündeki teoridir. Teoriyi ileri süren VON SAVIGNY'ye göre iradî olarak sonradan edindiğimiz hâkimiyet hakları, eşya ve kişi üzerinde olmak üzere ikiye ayrılır³⁸⁵. Kişi üzerindeki hâkimiyet, elbette bir kölelik ilişkisine benzetilemez; çünkü böyle bir durumda kişilerin özgürlüğü tamamen ortadan kalkmış olurdu. Bu hâkimiyet, borçlunun yalnız ifa fiili üzerinde alacaklının sahip olduğu hâkimiyet hakkını anlatır³⁸⁶. Söz konusu durum, mülkiyetten farklı ama ona benzer bir hukukî ilişkidir.

ccc) Hukukî Yetki Alanı Teorisi

Alacak hakkı ya da borçlunun fiili üzerinde bir mülkiyet hakkı olduğu fikri, bütün yazarlar tarafından kabul edilmemektedir. Özellikle LARENZ, bu fikre açık bir biçimde karşı çıkar. Ona göre alacak hakkı ne borçlunun kişiliğinde ne borçlunun ifa fiilinde ne de yükümlülük konusu üzerinde bir hâkimiyet hakkını ifade eder³⁸⁷. Çünkü borçluya hükmetme fikri, borçlar hukukunun özgürlük ve eşitlik temeli ile çelişir; borçlunun hareketi de kişiliğinin bir parçası olduğundan, ifa fiili üzerinde hâkimiyet fikrine de aynı itirazda bulunmak gerekir. Yükümlülüğün konusunun fiziksel bir varlık olması da alacaklının onun üzerinde mülkiyet hakkı olduğunu göstermez; konu hâlâ borçlunun mülkiyetindedir. Dolayısıyla alacak hakkı ona göre nispi karakterini korur. Ancak bazı durumlarda alacak hakkının üçüncü kişilerin etkilerine karşı korunması gerekir:

³⁸⁵ Von Savigny, s. 338.

³⁸⁶ Von Savigny, s. 338. Aynı yönde, Müller, s. 110, 111. Türk Hukuku'nda Tandoğan da alacaklının borçlunun fiili üzerinde bir hâkimiyet hakkı olduğunu ifade eder, Tandoğan, Mes'uliyet, s. 22, fakat üçüncü kişinin müdahale sebebiyle sorumluluğunun ancak zilyetlik, haksız rekabet dolayısıyla ya da alacak konusuna yapılan müdahalenin aynı zamanda mutlak bir hakka zarar verme şeklinde ortaya çıktığı hâllerde bulunduğunu savunur, Tandoğan, Mes'uliyet, s. 22, 23.

³⁸⁷ Larenz, s. 16 vd. ile s. 573.

Borçlunun ifa konusu üzerinde kendisini iyiniyetle hak sahibi olarak gördüğü ve üçüncü kişinin de alacağı bu yolla elde ettiği durumlarda (BGB § 407, 408, 793, 807, 808) alacaklı alacak hakkını kaybeder. Alacaklılık, herkesin saygı duymakla yükümlü olduğu yasal bir statüdür, hukuki yetkidir (Rechtszuständigkeit); bu, mutlak bir hak değildir, ancak tıpkı onun gibi korunmaya değerdir. Bu sebeple BGB § 823/I kapsamındaki diğer haklar gibi değerlendirilip, haksız fiil çerçevesinde korunmalıdır.

Teorinin diğer temsilcilerinden MÜLLER de alacak hakkı üzerinde alacaklının münhasır yetkisi olduğu fikrinden yola çıkar³⁸⁸. Ona göre alacaklının alacak hakkı üzerinde sahip olduğu yetki, dolayısıyla borcun ifasını isteme yetkisi, yalnızca alacaklıya aittir, alacaklı dışında hiç kimse bunu talep edemez; o hâlde alacak hakkı üzerindeki yetkinin bu özelliği onun mutlak yönünü oluşturur. Alacak hakkının bu mutlak yönü, hukukun hakkı sahibine tahsis etme işlevinden kaynaklanır; dolayısıyla eğer üçüncü kişiler bu alacak hakkını dikkate almamaya yetkili olsaydı, söz konusu tahsisin anlamı kalmazdı. O hâlde alacak hakkı üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilen mutlak bir etkiye sahiptir ve üçüncü kişiler ona saygı duymakla yükümlüdür. Böylece alacak hakkının üçüncü kişilerin müdahalesi ile ihlal edilmesi haklı görülemez.

ddd) İç Etki-Dış Etki Ayrımı Teorisi

Teori esasen Fransız Medeni Kanunu'nun borcun etkisi noktasındaki genel kabulüne dayanmaktadır. Kanuna göre borçlar sadece taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurur; borcun ifası üçüncü kişiler tarafından istenemez (L'article 1165 C. Civ). Fakat iç etki-dış etki ayrımı teorisine göre bu durum üçüncü kişilerin onu göz ardı ederek davranabilecekleri anlamına gelmez³⁸⁹. Borcu bilerek ihmal ederek ya da yokmuş gibi davranarak borcun ihlaline ortak olmaları, onların haksız fiil işlemelerine yol açar³⁹⁰. Bu

³⁸⁸ Yazarın açıklamaları için, Müller, s. 95.

³⁸⁹ Mazeaud/Mazeaud, s. 841. Aynı yönde Ginossar, s. 86; Grossen, s. 121.

³⁹⁰ Mazeaud/Mazeaud, s. 841 vd.

anlamda alacak haklarının, tıpkı kişilik hakkı ya da aynî hak gibi üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir olduğunu söylemek abartı olmayacaktır. Dolayısıyla hâkim, bir borç ilişkisine karışma durumunda olayı aydınlatabilmek için resen araştırma yapabilecektir.

Fikrin temsilcilerinden GROSSEN'a göre ise İsviçre Hukukunda nispilik ilkesine hak ettiğiinden fazla anlam yüklenmektedir³⁹¹. Sorumluluğun reddinin, pratikte zaten borçludan tam tazminat alındığına, teoride ise nispilik ilkesine dayandırıldığından bahseder; ancak sorumluluk kabul edildiğinde, borçlunun kusurunun olmadığı durumlarda üçüncü kişiye dava açılabilir, diğer yandan çifte satış durumlarında aynen ifaya karar verilmesi de alacaklının alacağını tam elde etmesini sağlar. GROSSEN, sorumluluğun kabul edilmesinin gerekliliğine dair fikirlerini şöyle tamamlar: *“İngiliz Hukuku veya Fransız hukuku örnekleri, şahsi hakların nispiliğinin, bir sözleşmenin ihlaline iştirak eden üçüncü şahsın cezasız kalması anlamına gelmediğini göstermek için vardır. Üstelik bu nispilik ilkesi bir hukuk dogması meselesidir. Tam kapsamını belirlemek doktrine aittir. İsviçre’de hiçbir yasal hüküm, yazarların en adil ve en faydalı çözümleri garanti etmek için nüanslar eklemesini engellemez. Muhtemel tartışmalı terminolojiye çok fazla önem atfedilmeden, Fransız hukukçular tarafından sözleşmenin etkisi ile karşı çıkılabilirliği arasında çizilen ayrımın, kendi ülkelerinin mahkemelerinin ilginç bir içtihat oluşturmasını mümkün kıldığı kabul edilmelidir. Son olarak yasal teknikler, yol gösterdikleri çözümlerden daha az önemlidir. Ancak hak duygusu, suç ortağının cezasız kalmasından çok, sorumluluğuna daha iyi uyum sağlar. Ayrıca borçludan başka kimsenin borçtan sorumlu olmaması ile başkalarının sözleşmeden doğan haklarını bilerek ihlal etmemek için (genel) bir görev arasında ayrım yapmak aşırı incelik değildir. Bazı yabancı ülkelerde, İsviçre Hukukçularının şahsi hakların nispiliğine*

³⁹¹ Grossen, s. 133. İsviçre Hukuku’nun nispilik ilkesine geniş bir anlam yüklediğinin kabul edilmesi gerekliliği ve Grossen için üzülmeye gerektiğini ifade ederek Grossen ile aynı yönde, Bénédict, Martine: Le Contrat de Concession de Vente Exclusive, Lausanne 1975, s. 48.

*çok geniş bir anlam yükledikleri izlenimini bırakmaktadır*³⁹². Yazarın, alacak hakkının borçlu ve üçüncü kişiler için farklı etkiler doğurduğuna dair yaptığı vurgu, onun iç etki-dış etki teorisini savunduğunu göstermektedir.

Teorinin diğer temsilcilerinden olan YUNG'a göre de sözleşmelerin nispiyeti dolayısıyla üçüncü kişinin alacak hakkına yaptığı müdahaleden sorumlu olmayacağına dair İsviçre'deki fikir, tamamen dogmatiktir, değersizdir ve karışıklığa dayanır³⁹³. Mümkün olmayan şey üçüncü kişinin müdahale dolayısıyla sorumlu olmaması değil, onu borcun ifasına mecbur etmektir; bu iki kavram birbirinden çok farklıdır. Üçüncü kişinin borcu ifa ile yükümlü olmaması, ona saygı göstermek zorunda olmadığı anlamına gelmez. Bununla beraber sorumluluğun, yapılan sözleşmenin üçüncü kişilerin özgürlüğünü kaldırmaması, sözleşmeden haberdar olması gereken kimselere de teşmil edilmemesi ve sebepsiz zenginleşmeye neden olmaması gibi birtakım sınırları da bulunmalıdır.

Fikrin Alman Hukuku'ndaki temsilcilerinden olan GROH'a göre ise alacakların mutlaka üçüncü kişilere yönelik olarak dış etkileri de vardır³⁹⁴. Ona göre üçüncü kişiler alacaklar üzerinde etkide bulunabilirler; bu sebeple alacakların yalnız taraflar arasında olacağı, dolayısıyla nispi oldukları fikri terk edilmelidir. Ancak GROH'a göre bu etki yalnızca, üçüncü kişinin alacak hakkının farkında olabileceği durumlarda ortaya çıkar; alacağın bir kıymetli evraka bağlandığı ya da eşya üzerinde zilyetlik tesis edilmek suretiyle alacak hakkının belirginleştiği hâller, bu duruma örnek verilebilir.

GINOSSAR ve VON BÜREN, temel olarak alacak hakkı üzerinde mülkiyet teorisini savunsalar³⁹⁵ da alacağın iki yönlü etkisinin olduğundan bahsetmeleri bakımından, bu teori başlığı altında zikredilmesi gereken isimlerdir.

³⁹² Grossen, s. 133.

³⁹³ Yung, s. 122 vd.

³⁹⁴ Groh, s. 122.

³⁹⁵ Bkz. § 6, A, 4, a, bb, aaa.

eee) Borçlunun İrade Yönünü Borçlar Hukuku Anlamında Belirleme Yetkisi

Teorisi

Alacak hakkının nispi etkisini reddetmeyen bu fikre göre, borçların ifasının yalnız borçludan istenebilmesi ve üçüncü kişilerin iradeleri hilafına borç altına sokulamayacakları reddedilemez. Buna karşılık söz konusu durum, üçüncü kişilerin alacak haklarının varlığına saygı duyulması gerekmediğini göstermez. Teoriyi ileri süren KOZIOL, bu durumu şu şekilde ifade etmektedir: “...burada söz konusu olan artık, hukuk öznesinin kendi iradesine rağmen ona bir yükümlülük yüklenmesi değil, hukuk düzeninin alacaklının çıkarlarına, başkalarının tam hareket özgürlüğünden daha fazla değer vermesidir”³⁹⁶. Dolayısıyla alacak hakkının, borçluya karşı etkili olan bir iç etkisi ve üçüncü kişilere karşı olan dış etkisi vardır³⁹⁷; fakat bu dış etki, borçlunun edimi üzerinde mülkiyet hakkı olduğu şeklinde kabul edilemez, çünkü böyle bir durumun kabulü borçlu üzerinde hâkimiyet kurulmasını kabul anlamına gelir ve böyle bir şey tasvip edilemez. O hâlde alacaklının, borçlunun fiili ya da kişiliği üzerinde değil, irade yönü üzerinde hâkimiyet yetkisi olduğu kabul edilmelidir; borcun baştan ödenmeyeceği beyan edildiği zaman bile alacaklının tazminat hakkının olması, bu duruma işaret eder. Dolayısıyla alacaklı üçüncü kişilerden, ifanın engellenmemesini isteyebilir; zira hakkın bir kimseye tahsisi, ancak üçüncü kişilerin ona saygı duyması beklenebildiği zaman önem ifade eder. Sonuç olarak alacaklı üçüncü kişilere karşı da korunan, borçlunun iradesini borçlar hukukuna göre yönlendirme hakkına sahiptir.

fff) Ticarî Teşebbüste Bulunmanın Kişilik Hakkı Olarak Koruma Teorisi

Sözleşmeye müdahale dolayısıyla alacak hakkına verilen zararı tazmin için ileri sürülen görüşlerden biri de hakkın kişilik hakkı olarak korunması ile ilgilidir. İsviçre Federal Mahkemesinin, sözleşmeyi ihlale tahrikin Art. 41 Abs. 2 OR anlamında ahlâka

³⁹⁶ Koziol, s. 137.

³⁹⁷ Açıklamalar için, Koziol, s. 140-163.

aykırılık teşkil etmediği yönündeki kararından yola çıkan MERCIER'e göre, burada mahkemenin yaptığı gibi nispi hakkın mutlak kapsamının olup olmadığını araştırmak tatmin edici değildir³⁹⁸. Daha ziyade alacaklıyı üçüncü kişilere karşı koruyan doğrudan bir mutlak hakkın olup olmadığı incelenmelidir. Art. 28 ZGB'de korunduğu belirtilen kişilik hakları için sınırlayıcı bir sayım benimsenmemiştir; üçüncü kişiler tarafından müdahale edilmemiş bir ticaret ve sözleşme yapma özgürlüğünün, diğer adıyla ekonomik kişiliğin, bu madde kapsamında olup olmadığı araştırılmalıdır. Art. 28 ZGB kapsamında bir hakkın kişilik hakkı olduğundan bahsedebilmek için ilk olarak bir hak konusu gerekir; bu konu koruma değerine sahip, doğası gereği insanla bağlantılı ve hukuk ve ahlâka uygun olmalıdır. İkinci olarak hakkı edinecek bir kişi ve son olarak da hakkı kişiye bağlayan bir olgu gereklidir. Sözleşmenin kurulması safhasından sonrasını da kapsayan ve üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı korunmuş bir ticaret ve sözleşme yapma hakkı, Art. 28 ZGB çerçevesinde böyle bir kişilik hakkı olmaya uygundur³⁹⁹. Bir başkasını sözleşme taahhüdünü bozmaya zorlamak, alacaklının ticaret hakkına saygı gösterme yükümlülüğüne aykırıdır; ancak bu durumun abartılı sonuçlara yol açmaması için somut olayın tüm unsurları dikkate alınmalıdır.

GROSSEN, MERCIER'in bu çözüme dolaylı bir yoldan ulaştığı eleştirisini getirir⁴⁰⁰. Ona göre, hakkın niteliği ne olursa olsun, başkasının hakkını kasten ihlal etmek hukuka aykırı bir fiil olduğu İsviçre Hukukunda kabul edilmelidir. Bunu yaparken Fransız İçtihat Hukuku onlara yol gösterici olabilir. İsviçre Doktrini ve uygulaması kanunlarında dürüstlük kuralını vurguladıkları gibi, onun ruhuna da saygı duymalıdır.

³⁹⁸ Mercier, s. 150 vd.

³⁹⁹ Mercier, s. 157. Alacak hakkının olağan bir malvarlığı hakkı olduğunu ifade etmek üzere aksi yönde, Müller, s. 110.

⁴⁰⁰ Grossen, s. 135.

ggg) Sözleşmeye Müdahalenin Dürüstlük Kuralına Aykırılık Teşkil Ettiği

Teorisi

Alacak hakkının, üçüncü kişilerin yaptığı müdahaleye karşı korunması için ileri sürülen gerekçelerden birini de dürüstlük kuralı oluşturmaktadır. BARLAS'a ve MÜLLER'e göre kurulmuş sözleşme ilişkilerine üçüncü kişiler tarafından müdahale edilmesi dürüstlük kuralına aykırılık oluşturur⁴⁰¹. Bu doğrultuda müdahale dürüstlük kuralını ihlal ediyorsa, ihlalden doğan zararın tazmini TBK m. 49/I' dayandırılabilir; ancak dürüstlük kuralına aykırı değilse, zararın tazmini için TBK m. 49/II şartlarının gerçekleşmesi aranmalıdır⁴⁰².

Müdahalenin dürüstlük kuralına aykırı olduğu fikrini paylaşan ÇAĞLAYAN AKSOY'a göre ise dürüstlük kuralına aykırı müdahale, aynı zamanda zaten ahlâka aykırılık niteliği taşımaktadır⁴⁰³. Burada asıl mesele müdahalenin aynı zamanda dürüstlük kuralını ihlal edip etmediği değil, dürüstlük kuralının bir koruma normu sayılıp sayılmadığıdır. Tazmini gerekli olan, fakat temel ya da özel koruma normu kapsamına girmeyen zararlar için dürüstlük kuralı bir koruma normu olarak kabul edilmelidir. Sözleşme ilişkisine müdahale edilerek alacak hakkına zarar verilmesi de dürüstlük kuralına aykırıdır. O hâlde sözleşme ilişkisine üçüncü kişinin müdahale etmesi, bu fiil dolayısıyla ortaya çıkan zararların, TBK m. 49/I'e göre tazminine imkân tanır.

Yargıtay'ın da bir başkasının sözleşmesine müdahale ederek alacak hakkına zarar vermeyi dürüstlük kuralına aykırı saydığı kararları mevcuttur⁴⁰⁴. Bu kararlarında Yargıtay, sözleşmesel hakların kural olarak sadece borçluya karşı ileri sürülebileceğini, fakat bu kabûlün dürüstlük kuralı ile sınırlı olduğunu ifade etmektedir.

⁴⁰¹ Barlas, Müdahale, s. 432; Müller, s. 66.

⁴⁰² Barlas, Müdahale, s. 432.

⁴⁰³ Çağlayan Aksoy, s. 475, 476, 580 vd.

⁴⁰⁴ Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, T. 16.9.1975, E. 75/2801, K. 75/3711; Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, E. 5042, K. 6934, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 15, dn. 13; 4. Hukuk Dairesi, T. 23.06.1958, 5662/4358, karar için bkz. Kaneti, s. 200.

hhh) Teorilerin Değerlendirilmesi

Sözleşmeye yapılan müdahaleler sonucunda alacak hakkının gördüğü zararının haksız fiil çerçevesinde yaptırıma bağlanması, azımsanmayacak sayıda yazarlar tarafından kabul edilmektedir. Korumanın dayandığı gerekçeler birbirinden farklıdır. Ancak benimsedikleri fikir ortaktır: Üçüncü kişiler sözleşme ilişkisine saygı duymak ve bu ilişkiye müdahale yoluyla alacak hakkına zarar vermemekle yükümlüdür.

Fikrin gerekçelerinden olan alacak hakkı üzerinde ya da borçlunun fiili üzerinde mülkiyet teorilerine katılmak mümkün değildir. Zira böyle bir kabul, borçlunun irade özgürlüğünü yok saymakla eşit olur. Sözleşmesel borç, alacaklının iradî olarak yerine getirmesi gereken bir yükümlülüktür. İcra daireleri vasıtasıyla borcun ifası sağlandığı durumlarda dahi, borçluya mutlak cebirle bir fiil yaptırılmamakta, sadece diğer malvarlığı değerlerinden borç kıymeti elde edilmektedir. Aynı gerekçeyle borçlunun irade yönünü belirleme teorisini de reddetmek mümkündür. Borçlunun iradesini kullandığı herhangi bir alanda onun yerine geçerek iradesini yönlendirilemez. Oysa söz konusu teorilerin kabulü, bu iradeye müdahale edebilme ile sonuçlanmaktadır. Mesele alacağı değil, iradeyi aynileştirmeye dönüşmektedir. Dolayısıyla alacaklının alacak hakkı üzerinde, borçlunun iradesinde ya da fiilinde bir hâkimiyet hakkı olduğundan bahsedilemez. Hâl böyle olunca, alacak hakkının söz konusu gerekçeyle üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi de mümkün olmaz.

Üçüncü kişilerin müdahalesi olmadan ticari bir teşebbüste bulunma hakkının elbette bir kişilik hakkı olarak kabulü mümkündür. Anayasa’da ifade bulan “Özel teşebbüsler kurmak serbesttir” hükmünün doğal içeriği bu olsa gerektir. Zira teşebbüste bulunulsa da üçüncü kişilerin müdahale ile anlamsızlaştırdığı bir hakkın gerçek bir hak olduğundan bahsedilemez. Ancak söz konusu ifade, uygulamada bu şekilde anlaşılmamaktadır. Aksine serbest rekabet olduğu gerekçesi ile pek çok alacak hakkı üçüncü kişiler

tarafından zarara uğratılmaktadır. Dolayısıyla sözleşmeye müdahalenin bir kişilik hakkı çerçevesinde karşılık bulması, ancak bu yönde bir içtihat gelişimi ile mümkündür.

Sözleşmesel haklara üçüncü kişilerin zarar verdikleri durumlarda, dürüstlük kuralının ihlal edilmediğini söylemek zordur. Üçüncü kişinin kendi yararına ya da sırf zarar kastıyla, başkalarının sözleşmesel haklarına zarar vermesi elbette dürüstlük kuralına aykırıdır. Diğer yandan dürüstlük kuralının mutlak koruma normu olarak kabulü de zorunludur. Aksi hâlde kişiler için bunun aksine davranma yetkisini olduğu gibi bir sonuç ortaya çıkar. Ancak alacak hakkının, dürüstlük kuralı koruma normu kabul edilerek korunması meselesi, dürüstlük kuralının uygulama alanının dar çerçevelere sıkıştırılmadan uygulanmasına bağlıdır. Özellikle dürüstlük kuralı içeriğinin çok dar yorumlanması, örneğin olağan bir tâcirin de serbest rekabet gereği başkalarının alacak hakkına zarar vermesinin dürüstlük kuralına uygun kabul edilmesi, sorunun çözümünü bugün olduğundan daha ileri bir boyuta taşıyamaz. Ahlâka aykırılığın için de aynı yorumu yapmak mümkündür. Dolayısıyla elbette sözleşmeye müdahale dürüstlük kuralına ve ahlâka aykırıdır. Ancak bu durum mahkeme kararlarında ve doktrinde de göz önünde bulundurularak çözüme zemin oluşturulmalıdır.

Gerekçeleri farklı olsa da teorilerin benimsediği temel fikir, üçüncü kişilerce kasıtlı müdahaleler yapılarak alacak hakkına zarar verilmesi durumunda bu zararın giderilmesi gerekliliğidir. Sözleşmesel ilişkilerin nispilik ilkesine tâbi olması, bu fikrin aksini kabul etmeyi sonuçlamaz. Çünkü nispilik ilkesi ile kasıtlı olarak malvarlığına zarar verilmesi, birbirinden farklı kavramlardır. Bunlardan birinin kabul edilmesi, diğerinin kabulünü engellemez. Dolayısıyla Türk Hukuku açısından, alacak haklarının da TBK m. 49/I çerçevesinde korunmasının kabulü zorunludur. Aksi bir kabul, hakkaniyet duygusunu zedelemektedir. Hakkın korunma gerekçesi noktasında da ileri sürülen gerekçeden ziyade, hakkın korunması gerekliliğine odaklanılmalıdır. Elbette hak üzerinde ya da borçlunun fiili üzerinde mülkiyet hakkı olduğunun savunulması, hakkın doğası gereği

zordur. Diğer yandan borçlunun iradesini de hiçe saymak anlamına gelir. Ancak bu durum hakkın başkaca gerekçelerle korunmasına engel değildir. Bu noktada iç etki-dış etki teorisi daha makul görünmektedir. Gerçekten de bir borcun ifası ancak borçludan talep edilebilir; bir başkasından bunun ifasını talep etmek ya da iradesi olmadan bir başkasını borç altına sokmak doğru değildir. Bununla beraber alacak hakkının varlığını bilen, fiilinin bu hakka zarar verebileceğini öngören, buna rağmen hakkı hiçe sayarak hareket eden kişinin fiili de yaptırımsız kalmamalıdır. Bireylerin aynî bir hakkı üçüncü kişilerce müdahale edildiğinde nasıl zarara uğruyorsa, sözleşme ilişkisine kasıtlı müdahalelerde de alacak hakkı aynı şekilde zarara uğramaktadır. Üçüncü kişilerin kötüniyetli davranışlarını ve bundan rant elde etmelerini kabul edebileceğimiz hiçbir haklı gerekçe yoktur. Dolayısıyla kişilerin alacak hakları, kasıtlı ve kusurlu fiillerin varlığı durumunda TBK m. 49/I korumasının kapsamında olmalıdır.

cc) Olumlu Unsurun Sözleşmeye Müdahale Açısından Değerlendirilmesi

Üçüncü kişilerin haksız müdahalelerine karşı alacak hakkının korunması gerekliliği, yukarıda aktarılan teoriler tarafından çeşitli gerekçelerle ortaya konulmuştur. Böylece söz konusu hakkın korunması aslında bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak mevcut hükümler ve uygulama karşısında alacak hakkının TBK m. 49/I kapsamında korunabilmesi için bir mutlak hakkın ya da özel bir koruma normunun ihlali olarak somutlaşması gerekir. Dolayısıyla durum, sözleşmeye müdahale edildiğinde zarar gören hakların böylesi normların ihlali anlamına gelip gelmediğinin tespiti sorununa dönüşmektedir.

Sözleşmeye müdahale sonucunda alacaklının gördüğü zarar, birincil olarak sözleşmeden beklediği edim yararının gerçekleşmemesi ya da kötü gerçekleşmesidir. İster aslî edim yükümlülüğünün ister yan edim yükümlülüğünün ihlali olsun, böyle bir müdahale sonucunda doğrudan söz konusu edimlere karşılık gelen alacak hakkı zarar

görmüş olur⁴⁰⁵. İkinci olarak ise alacaklının sözleşme kurma ve bu ilişkiyi sürdürme iradesi, üçüncü kişinin fiili sonucu anlamsız kalmaktadır. Böylece aslında Anayasa m. 48’de hükme bağlanan sözleşme yapma hürriyeti, görünürde var olan, ancak somut olayda hiçbir hükmü olmayan bir hürriyete dönüşmektedir. Diğer yandan sözleşmeye müdahale fiili ile üçüncü kişi, haklı sebeplerin olmadığı bir durumda, düşünce ve kanaat hürriyetini ya da sözleşme yapma hürriyetini kötüye kullanmakta veya bir doğrudan saldırıda bulunmaktadır. Ayrıca sözleşmeye müdahalede bulunan kişi, ticarî alanda haksız rekabet hükümlerini de ihlal etmektedir⁴⁰⁶. Görüldüğü üzere sözleşmeye müdahalenin koruma normlarını ihlal edip etmediği noktasında pek çok soru işareti oluşmaktadır.

Türk Hukuk Sistemi’nde alacak hakkının koruma dışı bırakıldığına dair, hiçbir pozitif norma rastlanmamaktadır⁴⁰⁷. Aksine, Türk Borçlar Kanunu ve İcra-İflas Kanunu, borçlunun borcunu yerine getirmesi için pek çok mekanizma ihdas etmiştir. Borçlunun borcu tam ifa etmemesi hâlinde alacaklıya tanınan seçimlik haklar, alacağın elde edilebilmesi için öngörülmüş takip yolları, alacak hakkına ve ahde vefa ilkesine yüklenen anlamın bir göstergesidir. Ancak üçüncü kişiye bir sözleşmeye istediği gibi müdahalede bulunma özgürlüğü tanındığı zaman, söz konusu mekanizmaların hiçbir anlamı kalmamaktadır⁴⁰⁸. Üçüncü kişi alacaklıya zarar verdiği gibi, kanunkoyucunun bu korumacı iradesine de karşı çıkmakta, âdeta kanun hükümlerini hiçe saymaktadır. Oysa

⁴⁰⁵ Alman Federal Mahkemesi’nin 1960 yılında verdiği bir karara göre, ayartma dolayısıyla üçüncü kişinin BGB § 826 gereğince sorumluluğundan bahsedilebilmesi için borçlunun önemli bir yükümlülüğünü ihlal etmiş olması gerekir, yan yükümlülüğün ihlali bu kapsamda değerlendirilmez, karar için bkz. Schramm, s. 331. Aslı veya yan yükümlülük, hatta davranış yükümlülüğü olabileceği yönünde, Kapancı, s. 90; aynı yönde Koziol, s. 163 vd.; Schopf, s. 109. Ayrıca bkz. Çağlayan Aksoy, s. 455.

⁴⁰⁶ Haksız rekabet hükümlerinin ihlalinin ekonomik faaliyette bulunma özgürlüğünü ihlal ettiğine dair, Ateş, Derya: “Sözleşmede Genel Ahlak Kurallarının Belirlenmesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 32, Y. 8 (Ekim 2017), s. 247-268, (Ateş, Ahlak Kurallarının Belirlenmesi), s. 262. Alacak haklarının haksız rekabet hükümleri ile korunamayacağını belirterek aksi yönde, Koziol, s. 64.

⁴⁰⁷ Hukukî sorumluluk açısından patrimuan kavramından bir kimsenin ekonomik değeri olan ve olabilecek bütün mallarının anlaşıldığı ve hakların da bu kavrama dâhil olduğu yönünde, Deschenaux/Tercier, s. 19, 20.

⁴⁰⁸ Koziol, s. 159, 160.

üçüncü kişinin hiçbir haklı sebep olmadan, sırf tamahkâr ve bencil ticarî duygularla hareket ederek diğer kimseleri büyük ticarî zararlara uğratmasının ve ticarî hayattaki güveni zedelemesinin hiçbir haklı ve mevzuatta yer bulan bir gerekçesi yoktur. Kişilerin maddi ve manevî varlıklarının korunması açısından Anayasa’da, alacak haklarını dışlayan veya borcun yerine getirilmemesi konusunda borçluya sınırsız özgürlük veren hiçbir hüküm bulunmamaktadır. Aynı şekilde Türk Hukuku Doktrini’nde alacaklar üzerindeki menfaatlerin, TBK m. 49/I’in koruma kapsamı dışında bırakılması, yalnızca Alman ve İsviçre Hukuku’nun etkisini taşıyan akademik geleneğin ürünüdür. Hükümde zarar gören malvarlığı konusunun niteliği hakkında bir belirleme ya da ayırım yapılmamış; sadece hukuka aykırı ve kusurlu bir fiil sonucu zarar görmüş olma şart koşulmuştur. O hâlde üçüncü kişinin haklı bir sebep olmadan, kusurlu bir fiille başkasını alacak menfaatleri açısından zarara uğratmış olması, ilk olarak Anayasa m. 48’de ifade edilen çalışma ve sözleşme hürriyetini ihlâl eder. Diğer yandan alacak üzerinde bir mülkiyet hakkı olduğu yönündeki teoriye⁴⁰⁹ göre, bu durum aynı zamanda mülkiyet hakkı ihlalini de oluşturmaktadır.

Bir başkasının sözleşme ilişkisine müdahale ederek alacak hakkının zarara uğratılması TTK kapsamında da yasaklanmıştır. TTK m. 55/1-b hükmü, genel olarak sözleşmeyi ihlale ve sona ermeye yöneltmeyi yasaklamakta, bu görünüme bürünen fiilleri örnekseyici bir biçimde açıklamaktadır. Dolayısıyla sözleşmeye müdahale TTK’da yer alan yasaklayıcı normu da ihlal etmektedir⁴¹⁰. Aynı yorumun İş Kanunu m. 23/a’da hükme kavuşturulan işçinin ayartılması olayları için de yapılması mümkündür.

⁴⁰⁹ Teoriler için bkz. § 6, A, 4, a, bb, aaa, bbb.

⁴¹⁰ TTK m. 55/1-b hükmünün doğrudan sözleşme ihlaline veya sona ermeye yöneltmeyi yasaklaması karşısında, söz konusu fiillerin TBK m. 49/II bağlamında ahlâka aykırılık değil, hukuka aykırılık oluşturduğu, bu sebeple de TBK m. 49/I hükmünün uygulanması gerektiği yönünde, Sarıkaya, s. 43. Haksız rekabet hükümlerinin ihlalinin, OR Art. 41/I anlamında hukuka aykırılık oluşturduğuna dair, Becker, s. 213. Haksız rekabeti yasaklayan TBK m. 57 ihlal edildiği takdirde sorumluluğun TBK m. 49/I çerçevesinde doğduğuna dair, TBK m. 49/I’de aranan illiyet bağı şartının bu fıkradaki sorumluluk açısından da arandığına dair, Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 70.

Sözleşme ilişkisine müdahale ederek ihlaline sebep olma, başka bir açıdan da dürüstlük kuralının ihlalidir⁴¹¹. Çünkü böyle bir durumda üçüncü kişi ya sahip olduğu ifade hürriyetini ya da sözleşme yapma ve teşebbüste bulunma hürriyetini, başkasına zarar verme kastı taşıyarak kötüye kullanmaktadır. Böyle bir hâl dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Diğer yandan dürüstlük kuralı malvarlığı açısından bir koruma normudur⁴¹². Hukuka aykırılığın belirlenmesinde dürüstlük kuralı da bir emredici norm olarak kabul edildiğinden⁴¹³, sözleşme ilişkisine müdahale bu açıdan da hukuka aykırılık taşımaktadır⁴¹⁴.

Başkalarının sözleşme ilişkilerine sırf zarar verme amacıyla ya da bu zararı göze alarak müdahale etmek, daha fazla kâr elde etmek amacıyla başkalarının ticarî ilişkilerini baltalamak, ahlâka uygun bir hareket olarak da değerlendirilemez. Yazısız kuralların⁴¹⁵ ve bu arada ahlâki kuralların ihlali de hukuka aykırılık oluşturur⁴¹⁶. O hâlde kusurlu bir fiil sonucu sözleşmeye müdahale ederek sözleşme yararlarını zedelemek, bu açıdan da hukuka aykırılık oluşturmaktadır.

Açıklanan sebepler göstermektedir ki, sözleşmeye müdahale ederek başkalarının alacak haklarına zarar vermek mutlaka emredici veya yasaklayıcı bir normu ihlal etmektedir⁴¹⁷. Bu sebeple TBK m. 49/I açısından hukuka aykırılık şartı oluşur. Alacak haklarının nispi haklar olduğunu ileri sürerek sorumluluğun olmadığını iddia etmek, durumun hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz. Diğer yandan zaten bu sorumluluk türünün ileri sürülmesi ile de nispilik ilkesinin bir kenara bırakılması istenmemektedir.

⁴¹¹ Bu yöndeki görüşleri için bkz. § 4, B, 6.

⁴¹² Müller, s. 51.

⁴¹³ Dürüstlük kuralının TBK m. 49/I kapsamında emredici norm olduğunu birtakım görüşler kabul etmekte, diğerleri bunu reddetmektedir. Biz emredici bir norm olarak dikkate alınması gerektiği görüşünü yeğliyoruz. Bu konudaki görüşler için bkz. bkz. § 4, B, 6.

⁴¹⁴ Böyle bir olayın TBK m. 49/I kapsamında hukuka aykırılık taşıdığına dair, Barlas, Müdahale, s. 433.

⁴¹⁵ Bkz. § 6, A, 4, a, aa.

⁴¹⁶ Bu yöndeki görüşler ve TBK m. 49/II hükmünün eleştirisi için bkz. § 6, B, 1.

⁴¹⁷ Müller'e göre burada alacağın mutlak tarafını ihlal etmeme şeklinde yükümlülüğün ihlali söz konusudur, s. 102.

Üçüncü kişiden talep edilen davranış, borçlunun edimini yerine getirmesi değil, bu edimden doğan yarara saygı göstermesi ve kusurlu fiillerle bunu zarara uğratmaktan kaçınmasıdır. Böylece sözleşmeye müdahale fiillerinin TBK m. 49/I hükmü açısından hukuka aykırılık şartını karşıladığı ortaya çıkmaktadır.

b) Hukuka Aykırılığın Olumsuz Unsuru

Bir fiilin haksız fiil sorumluluğu esasına göre tazminat gerektirmesi için diğer şartları taşıması gerekliliğinin yanı sıra, aynı zamanda yapılan fiilin hukuka uygun olmaması da gerekir. Hukuk düzeninin bir fiilin yapılmasına izin vermesi, diğer yandan da bu fiili hukuka aykırı olarak niteleyip tazminat yaptırımına bağlaması düşünülemez. Olaydaki fiil hukuka aykırıdır ya da uygundur. Bunun dışında üçüncü bir durum söz konusu değildir. Çünkü böyle bir hâl toplum için güvensizlik ve istikrarsızlık oluşturur. O hâlde fiilin hukuk düzenince uygun görüldüğü, yapılmasına izin verildiği durumlarda tazminat yaptırımı ortaya çıkmamalıdır.

Hukuka aykırılığın olumsuz unsuru, somut olaydaki fiili hukuka uygun olarak nitelemeye imkân tanıyan bir sebebin bulunmamasıdır⁴¹⁸. Hukuka uygunluk sebebinin olduğu bir durumda, birbiri ile çatışan iki hukukî yarar bulunur; ancak hukuka uygunluk sebebi vasıtasıyla korunan yarar, diğer yararın önüne geçer⁴¹⁹. Hukuk düzeni bu yararlardan birini tercih eder. Böylece yapılan fiil baştan itibaren hukuka uygun olduğu için tazminat borcu da doğmaz.

İsviçre Borçlar Kanunu 2020 taslağında da hukuka uygunluk sebeplerinden bahsedilmiştir. Ancak haksız fiildeki hukuka aykırılık anlayışının değişmesi, hukuka uygunluk sebeplerine de yansımıştır. Taslakta, hukuka aykırılık genel bir davranış yükümlülüğünün ihlaliyle bağlantılı olarak analiz edildiği için klasik hukuka uygunluk

⁴¹⁸ Eren, F., Borçlar Genel, s. 673; bu durumların hukuka aykırılığı değil, kusurluluğu kaldırdığına dair, Kaneti, s. 30.

⁴¹⁹ Eren, F., Borçlar Genel, s. 688.

sebeplerinin de aslında varlık nedenini kaybettiğinden bahsedilmektedir⁴²⁰. Bir durumun genel bir davranış yükümlülüğü gerektirip gerektirmediği, tüm hukuk düzeni dikkate alınarak değerlendirilir. Hukuk bir davranışın yapılmasını yasaklar, emreder veya izin verir. Böylece davranış yükümlülüğü ortaya çıkar. Bu, fiilin yapılmasından önce meydana gelen bir aşamadır. Fiilin hukuka aykırı ya da uygun olduğu değerlendirilmesi ise fiil gerçekleştirildikten sonra yapılan bir nitelemedir. Söz konusu niteleme de daha önce konulan emir, yasak veya izinlere göre olur. Emir-yasak-izin değerlendirme ölçütü, hukuka uygunluk ya da aykırılık bu değerlendirmenin sonucu, davranış normu ise ölçütlerin davranış modelidir. O hâlde aslında taslağın yeni hâli için de hukuka uygunluk sebeplerinin kalktığından bahsedilemez. Önceki hâlinden farkı, haksız fiil değerlendirmesinde sonucun (hukuka uygunluk veya aykırılık) değil, davranış normuna aykırılığın dikkate alınmış olmasıdır. Çünkü daha önce “hukuka aykırılık” lafzı, mutlak haklara aykırılık olarak anlaşıyordu. Bu da hukuka aykırılık ya da uygunluk değerlendirmesinde, uygulayıcıya dar bir alan veriyordu. Örneğin, kişiler ticaret alanında istedikleri teşebbüsü kurmakta özgürdürler. Bu bir izin normudur. Ancak kişiler bu faaliyetlerini yürütürken başkalarının ekonomik çıkarlarına zarar verebilir. Mevcut uygulamaya göre uygulayıcılar önlerine gelen uyuşmazlıkta fiilin hukuka uygunluk ya da aykırılık nitelemesi için böyle bir izin normu ve bunu engelleyen bir yasak normu olup olmadığına bakmalıdır. Haksız rekabet kuralları ve hukukun genel ilkeleri bir yana, genel olarak kişilerin teşebbüs özgürlüğünü engelleyen bir norm yoktur. O hâlde yapılan davranış bir başkasına zarar verse de hukuka uygun olacaktır. Oysa “genel davranış yükümlülüğü” değerlendirmesi fiile sadece mutlak hak olup olmadığı açısından değil, daha geniş bir çerçeveden bakmayı gerektirir. Özellikle normal, makul, dürüst bir kişinin somut olayda sergilemesi gereken davranış biçimi değerlendirme açısından belirleyicidir. Dolayısıyla verilen örnekte, kişinin teşebbüs özgürlüğü ile bu fiilinden güvenli ticaret

⁴²⁰ Huguenin/Hilty, s. 159.

hayatının zarar görüp görmediği, verdiği zarara karşı yararının tercih edilebilirliği, davranışının dürüst bir tacirin davranışına uyup uymadığı gibi pek çok unsur da değerlendirme gerektirir. Söz konusu yöntem daha hakkaniyetli bir uygulama ve hayatın dinamiklerine daha iyi cevap verecek bir değerlendirme olsa gerektir.

Genel olarak hukuka uygunluk sebepleri arasında, haklı savunma (meşru müdafaa), kanunun verdiği yetkinin kullanılması (kamu menfaatinin üstünlüğü), özel hukuktan doğan bir yetkinin kullanılması, zarar görenin zarara razı olması, zaruret hâli ve kişinin hakkını kendi gücüyle koruması sayılmaktadır⁴²¹. Fakat bunlardan hepsinin tazminat borcunu ortadan kaldırdığından bahsedilemez. Örneğin zaruret hali gerçekleştiği durumlarda, hâkim hakkaniyet gereği kısmen ya da tamamen zararın giderilmesine karar verebilir (TBK 64/II).

Üçüncü kişinin sözleşmeye müdahale ettiği ve bu yüzden bir zararın ortaya çıktığı durumlarda da yapılan fiil hukuka uygun ise tazminat borcu doğmaz⁴²². Ancak her türlü hukuka uygunluk sebebi sözleşmeye müdahale sorumluluğuna uygulanacak nitelikte olmayabilir. Aşağıda hukuka uygunluk sebeplerinin konu açısından incelemesine yer verilmektedir.

aa) Kamu Hukukundan Doğan Yetkinin Kullanılması

Kamu hukukunun ilgili görevliye verdiği yetkinin sınırları içinde kullanılması bir zarara sebep olsa da hukuka aykırı sayılmaz⁴²³. Borçlunun mallarının haczi, suç konusu veya suç sonucu elde edilmiş malların müsadere edilmesi, kolluğun yakalama veya

⁴²¹ Eren, F., Borçlar Genel, s. 689; Huguenin/Hilty, s. 159; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 485; Müller, s. 109; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 30; Kılıçoğlu, s. 372 vd.; Becker, s. 214 vd.; Keller, s. 111 vd.

⁴²² Baez III, s. 101; Huguenin/Hilty, s. 159; Stevens, s. 601.

⁴²³ Eren, F., Borçlar Genel, s. 689; Kılıçoğlu, s. 687; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 361; Stark, s. 62; Deschenaux/Tercier, s. 44; Oftinger/Stark, s. 72; Kaneti, s. 252; Keller/Gabi-Bolliger, s. 44; Olgaç, s. 265; Becker, s. 214; Keller, s. 112; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 28; Hatemi/Serozan, s. 134.

gözüne alma faaliyetleri gibi birtakım hâller, bu hukuka uygunluk sebebine örnek gösterilir⁴²⁴.

Kanunun verdiği yetkinin kullanılması dolayısıyla bazı hâllerde sözleşmeye müdahale oluşturan durumlar gerçekleşebilir. Örneğin, kişi eşyasını sattıktan sonra, ancak henüz alacaklı lehine zilyetlik tesis etmeden önce, borcu için bu malın haczedildiğini düşünelim. Böyle bir hâlde alacaklının istihkak iddiasında bulunması ve bunun için dava açması gerektiği ihtimali akla gelebilir (İİK m. 96, 102/I). Fakat henüz zilyetlik devredilmediği ve dolayısıyla mülkiyet geçmediği için alacaklı böyle bir dava açsa bile başarılı olamayacaktır. Sözleşmeye müdahale dolayısıyla da dava açma yetkisi kabul edilemez. Çünkü icra memuru kanunun kendisine verdiği yetkiyi kullanmaktadır. Buna karşılık eşya daha önce satılmış, zilyetliği hükmen alacaklıya devredilmişse mülkiyet alacaklıya geçmiştir. Böyle bir durumda da sözleşme zaten ifa ile sonlandığı için sözleşmeye müdahaleden bahsedilemez.

Müsadere edilmesi gereken bir eşya üzerinde sözleşme yapılması ve bu sözleşmeye müdahale edilmesi durumunu, hukuka uygunluk meselesi açısından ayrı değerlendirmek gerekir. Mesela, uyuşturucu maddenin ya da cinayet işlenmiş bir silahın satışı hâlinde durum böyledir. Söz konusu durumlarda belirtilen madde ve eşyaların satışı zaten yasaktır. Taraflar arasındaki sözleşmenin konusu emredici hukuk kuralına aykırı olduğu için sözleşme baştan itibaren zaten kesin hükümsüzdür (TBK m. 27). Hüküm ifade etmeyen bir sözleşmeye müdahale edilmesinden de bahsedilemez. Satışa yasak bir eşyanın söz konusu olmaması durumunda ise hukuka uygunluk sebebi gerçekleşmiş olur.

Borçlunun yakalama, tutuklama veya gözaltı işlemine tâbi tutulması da borcun ifasına engel olabilir. Dolayısıyla alacak hakkının zarar görmesine neden olabilir. Böyle

⁴²⁴ Becker, s. 214; Keller, s. 112; Oser/Schönenberger, s. 365; Eren, F., Borçlar Genel, s. 680; Akıncı, Borçlar, s. 222; Kılıçoğlu, s. 388; Keller/Gabi-Bolliger, s. 44, 45; Oftinger/Stark, s. 72.

bir durum normalde borçluya fiziksel etkide bulunarak ifanın engellenmesi durumunu oluşturur. Ancak kolluk memuru bu noktada kanun emrini yerine getirmektedir. Dolayısıyla alacaklı bu sebeple zarar görmüş olsa da memurun yaptığı fiil hukuka aykırı değildir. Memurun borcun varlığını ve işlem sebebiyle borçlunun bunu ifa edemeyeceğini bilmesi durumu değiştirmez.

Taşınmaz bir malın tapu dışı satışı ya da kiralanması ve bundan sonra taşınmazın kamulaştırılması hâlleri de hukuka uygunluk sebepleri açısından değerlendirilebilir. Taşınmazın tapu dışı satıldığı, tarafların ilerleyen bir tarihte resmi işlemleri ve tescil işlemini gerçekleştirmek için anlaştığı, ancak bundan önce kamulaştırma işleminin gerçekleştiği bir durum düşünüldüğünde, aslında henüz sözleşme resmen kurulmamıştır. Taşınmaz satış işlemlerinin tapu dışında gerçekleştirilmesi, şekil eksikliği sebebiyle hükümsüzlüğe sebep olur. Sözleşmenin varlığı söz konusu olmadığı için de müdahale edildiği düşünülemez. Esasen tapu sicilinde hem borçlandırıcı işlemin hem tasarruf işleminin birbiri ardına gelecek şekilde kısa zamanda yapılması da böyle bir ihtimalin ortaya çıkmasını güçleştirir. Fakat taşınmaz satış vaadi sözleşmesi geçerli bir şekilde yapılmış ve bundan sonra satış sözleşmesi yapma borcu ifa edilemeden taşınmaz kamulaştırılmışsa, artık böyle bir hâlde devletin yetkili organlarının sözleşmeye müdahalesi bulunduğu bahsedilir. Ne var ki kamulaştırma işlemi şartlarına uygun şekilde yapılmışsa, durum kanundan doğan yetkinin kullanılması teşkil ettiği için hukuka aykırılıktan da bahsedilemez. Kiralanan taşınmazın kamulaştırılmasında da aynı sonuç söz konusu olur.

Eski binaların yıkılması da hukuka uygunluk sebepleri açısından değerlendirilebilir. Son derece eski bir binanın bulunduğu taşınmazın satışı ve ardından bina hakkında yıkım kararı alınması da tıpkı kamulaştırma işlemi gibi bir değerlendirmeye tâbi tutulmalıdır. Satış ve tescil işlemi birbiri ardına gerçekleştiği için sözleşmeye müdahale etmek zordur. Fakat söz konusu taşınmaz için taşınmaz satış vaadi

sözleşmesi yapılmış, ardından da bina yıkıldığı için alacaklı zarara uğramışsa, bu hâlde müdahale fiili gerçekleşmiştir. Bununla beraber yıkım için kullanılan yetki, kanunun verdiği bir yetki olduğu için müdahale fiili de hukuka uygun hâlde gelmektedir.

Bir taşınmazın ileride kamulaştırılacağı ya da üzerindeki binaların yıkılacağından bahisle gerçeğe aykırı olarak tapu memurunun alıcıyı resmi sözleşmeden sonra ancak tescilden önce caydırması gibi istisna bir durum da gündeme gelebilir. Böyle bir hâlde tapu memurunun beyanı göreviyle bağlantılı tutulmayıp, olağan kişilerin beyanı gibi değerlendirilmeli, tapu memuru yaptığı fiil haksız fiil teşkil ediyorsa sorumlu olmalıdır. Henüz satış sözleşmesi gerçekleşmeden önce söz konusu beyanlarla caydırma girişimi ise sözleşme görüşmelerine müdahale teşkil eder. Bu da çalışma kapsamı dışında olup, sorumluluk dışındadır.

bb) Zarar Görenin Rızası

Genel hukuka uygunluk sebeplerinden bir diğerini zarar görenin zarara razı olması oluşturur. Ortaya çıkan bir zarara hak sahibi onam vermişse, bu durumda artık fiilin hukuka aykırı olduğundan bahsedilemez. Bahsi geçen rıza, zarar ortaya çıkmadan önce verilen rızadır; zarar oluşuktan sonra verilen rıza, fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz, yalnız hak sahibinin tazminattan vazgeçmesi ya da zarar vereni ibra etmesi anlamına gelir⁴²⁵. Verilen rıza sorumluluğu tamamen ortadan kaldırabileceği gibi, tazminatta indirim de gerektirebilir (TBK m. 63/II). Açık ya da örtülü olarak zarara rıza gösterilmesi mümkündür⁴²⁶.

Sözleşmeye müdahale fiili için de zarar gören önceden rıza göstermiş olabilir. Örneğin kişi daha önce sözleşme yapmış olsa bile, rakibinin sözleşme yaptığı müşterileriyle aynı konuda yeni bir sözleşme kurması hususunu kabul etmiştir. Böyle bir

⁴²⁵ Eren F., Borçlar Genel, s. 693; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 490; Akıncı, Borçlar, s. 215; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 32; Kaneti, s. 244; Oser/Schönenberger, s. 362; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 28.

⁴²⁶ Eren F., Borçlar Genel, s. 691; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 28.

durum artık genel itibariyle sorumluluğa sebep olmaz. Bununla birlikte sorunun her ayrı olayda detaylı bir şekilde değerlendirilmesi gerekir. Mesela piyasada serbest piyasa düzeninin olması ve o alanda iş yapanların bu hususu piyasaya girerken bilmeleri, yaptıkları sözleşmelerinin rakipleri tarafından bozulmasına önceden rıza verdikleri anlamına gelmez. Bu hâl bir örtülü rıza değildir. Çünkü serbest piyasa, kıyasıya ve ne pahasına olursa olsun verilen bir ticarî mücadele değil, kişilerin bir kontrol mekanizmasının etkisi altında olmadan arz-talep dengesi ile dürüst bir ticaret hayatı sürdürmeleri anlamına gelir⁴²⁷. Müşterinin kararına önem vermeden bir başkasının müşterilerini çalmak ise böyle bir piyasa düzenine aykırıdır.

Sözleşmeye müdahale fiiline rızadan bahsedebilmek için rızadan önce bir sözleşmenin kurulmuş olması şarttır. Henüz ortaya çıkmamış ancak doğması beklenen ekonomik fırsatlardan vazgeçilmiş olması, sözleşmeye müdahale fiiline rıza gösterilmesi şeklinde nitelenemez. Buna karşılık söz konusu irade açıklamaları, rekabet hukuku alanında ya da diğer ilgili alanlarda öneme sahip olabilir.

Kişilik hakları kendilerinden vazgeçilebilecek haklar değildir (TMK m. 23). Dolayısıyla bu haklardan vazgeçme sonucuna varan rıza, hukuka uygun olarak verilmiş bir rıza olmaz. Sözleşmeye müdahale konusunda verilen rızalar ekseriyetle malvarlığını ilgilendirse de kişilik haklarına zarar veren bir içeriğe sahip olabilir⁴²⁸. Mesela, bir tâcirin bundan sonra süresiz olarak ticarî hayattan çekileceği ve tüm müşterilerini rakibinin alabileceği ya da süresiz olarak rekabette bulunmayacağına dair taahhütler, ekonomik kişilik hakkını doğrudan ortadan kaldırır. Böyle bir rıza TBK m. 27'ye aykırı olduğu için kesin hükümsüzdür. Rakip tarafından taahhüde uyma talep edilemez ve zarar görenin de tazminat talebi ortadan kalkmaz. Kişinin ekonomik mahvına sebep olacak uzun süreli

⁴²⁷ Kişinin ekonomik faaliyetinin ya da iktisadî kişiliğin hedef alındığı durumlarda rekabet fiilinin yaptırma bağlandığına dair, Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan: Cilt II Kişiler Hukuku, 23. Baskı, İstanbul 2022, s. 145.

⁴²⁸ Dural/Öğüz, s. 145.

taahhütler de bu şekilde değerlendirilmelidir. Malvarlığı hakkını etkileyen durumlar için ise rıza verilmesi mümkündür⁴²⁹.

Verilen rızanın sorumluluğu ortadan kaldırması için geçerli surette verilmiş olması şarttır; böylece zarar gören fiil ehliyetine sahip olmalı ve iradesi sakatlanmamış olmalıdır⁴³⁰. Bunun gibi verilen rıza emredici hukuk kurallarına, ahlâka ya da kamu düzenine aykırıysa geçerli olmaz, rıza kesin hükümsüz olur (TBK m. 27). Bu noktada takdiri kesin hükümsüzlük yaptırımının ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Bir durumun kesin hükümsüzlüğe yol açıp açmadığının hâkimin ya da idarî bir makamın takdiri ile belirlendiği takdiri kesin hükümsüzlük⁴³¹ hâli, sözleşmeye müdahale açısından önem arz eder. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 27. maddesine göre Rekabet Kurulu, rakipler arası yapılan anlaşmaların, uyumlu eylem ve kararların, rekabeti önleyici nitelikte olup olmadığı konusunda karar alma ve yaptırım uygulama yetkisine sahiptir. Anlaşma, uyumlu eylem ve karar hâllerinde rakipler rekabetin varlığına ve sürdürülmesine engel olacak şekilde birtakım faaliyetlerde bulunurlar. Söz konusu durumlar anlaşmaların yapılmasından sonraki aşamaya etki ediyor ve kurulan sözleşmelerin bozulması sonucunu doğuruyorsa, durum aynı zamanda sözleşmeye müdahale oluşturur. Böyle bir hâlde Kurul kesin hükümsüzlük kararı alıp yaptırım uygulayabilir. Bu durumda müşterilerle kurulan hukukî sözleşmelerin bozulması ya da ihlali için verilen rızalar da kesin hükümsüz olur.

Rızanın verilişi genel olarak belli bir şekil şartına bağlı değildir. Ancak rızanın içinde verildiği işlem, özel bir şekil kuralı gerektiriyorsa, rıza da bu şekil kuralına riayet edilerek verilmiş olmalıdır. Örneğin, alacağın devri ya da sözleşmenin devri gibi bir işlemle alacaklı sözleşmesel haklarına müdahaleye izin vermişse, alacağın devri âdi yazılı

⁴²⁹ Becker, s. 215; Eren F., Borçlar Genel, s. 692; Hatemi/Serozan, s. 135; Akıncı, Borçlar, s. 216; bununla ilgili örnekler için bkz. Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 24, 25; Oftinger/Stark, s. 75.

⁴³⁰ Eren F., 2018 baskı, s. 691; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 359; Akıncı, Borçlar, s. 216.

⁴³¹ Dural/Sarı, s. 163; Oğuzman/Öz, Cilt-1, s. 183; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 885.

şekil şartına (TBK m. 184/I), sözleşmenin devri de devredilen sözleşmenin şekil şartına (TBK m. 205) tâbi olur. Sözleşmeye katılmada da aynı şekil kuralları uygulanır (TBK m. 206).

Kişinin kurduğu sözleşmesel ilişkiden vazgeçmesi için ona bir bedel önerilmiş ve bu bedel de zor durumda kalma, düşüncesizlik veya deneyimsizlik dolayısıyla kabul edilmişse, aşırı yararlanma dolayısıyla rızanın verildiği bu sözleşmenin iptali mümkündür (TBK m. 28). Zarar gören taraf sözleşmeyi ortadan kaldırmak yerine orantısızlığın giderilmesini de talep edebilir (TBK m. 28).

Sözleşmeye müdahale izin verilen rıza hukuka uygun olmasına rağmen rızanın sınırı aşılmış olabilir. Örneğin, bir sözleşme ilişkisinin ihlaline izin verilmesine rağmen, rakip diğer sözleşme ilişkisine de zarar verebilir. Böyle bir durumda, sınırın kapsamı içinde kalan müdahaleler hukuka uygun olurken, diğer müdahaleler için rıza hukuka uygunluk sebebi teşkil etmez⁴³².

cc) Haklı Savunma

Haklı savunma, bir kimsenin kendisinin ya da başkasının şahıs veya malvarlığına yönelmiş hemhâl bir tehlikeyi ortadan kaldırmak için saldırıda bulunana karşı yaptığı savunmadır⁴³³. TBK m. 64/I'de haklı savunmada bulunan kimsenin, saldıranın şahıs ya da malvarlığına verdiği zarardan sorumlu olmadığı hükmüne yer verilmiştir. Böylece haklı savunma genel bir hukuka uygunluk sebebidir.

Bir olayda haklı savunma dolayısıyla hukuka uygunluk sebebinin gerçekleştiğinden bahsedilebilmesi için, ilk olarak kişinin, kendisinin veya başkasının şahıs ya da malvarlığına yönelmiş bir tehlikenin varlığı gerekir. Gerçek olmayan, henüz

⁴³² Rıza sınırını aşan fiillerin hukuka aykırı olduğu hakkında, Eren, F., Borçlar Genel, s. 693.

⁴³³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 486; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 357; Deschenaux/Tercier, s. 45; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 33; Eren, F., Borçlar Genel, s. 694; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 30, 31; Kaneti, s. 255; Keller/Gabi-Bolliger, s. 45; Stark, s. 63; Deutsch, s. 174; Vito, s. 23.

gerçekleşmemiş tehlike için haklı savunma yapılamaz⁴³⁴. Bunun gibi saldırı, hayata, vücut bütünlüğüne, özgürlüğe, ırza veya şerefe yapılmış olabileceği gibi, saldırının malvarlığına yönelmesi de mümkündür⁴³⁵. İkinci olarak, saldırı mutlaka devam ediyor olmalıdır; henüz başlamamış ya da bitmiş bir fiil için haklı savunmada bulunulamaz⁴³⁶. Haklı savunmanın gerçekleşmesi için gereken üçüncü şart, saldırının haksız olması gerekliliğidir; çünkü hukuka uygun bir fiile, özellikle haklı savunmaya karşı haklı savunma yapılamaz⁴³⁷. Ayrıca saldırı bir insandan sadır olmalıdır; hayvan fiilleri ya da rüzgâr, sel gibi doğal kuvvetlere karşı haklı savunmadan bahsedilemez⁴³⁸. Son olarak saldırı fiili ile savunmada kullanılan güç orantılı olmalı, sınır aşılmamalıdır⁴³⁹.

Sözleşmeye müdahale fiilinin bir haklı savunma olup olmadığı meselesi incelendiğinde ise ilk olarak sözleşme yapma fiilinin bir saldırı olmadığı görülür. Dolayısıyla sözleşmeyi bozma hareketini gerçekleştiren kişinin fiili bir savunma değildir. Bu kişi ya doğrudan zarar verme kastıyla ya da kendi adına bir ekonomik yarar elde ettiği için ortaya çıkması muhtemel zararı kabullenerek hareket etmektedir. Diğer yandan, ilk kurulan sözleşme, başkasına zarar vermek amacıyla da yapılmamaktadır. Böylece üçüncü kişinin malvarlığına yönelmiş bir tehlike de yoktur. Ayrıca hukukî işlem yaparak haklı savunmada bulunmak da haklı savunmanın mahiyeti ile bağdaşmamaktadır. Çünkü burada hukukî işlem ya da hukukî işlem benzeri bir fiil yapacak kadar düşünülecek bir

⁴³⁴ Deutsch, s. 174; Vito, s. 24; Eren, F., Borçlar Genel, s. 695; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 32; Akıncı, Borçlar, s. 217; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 35; Kaneti, s. 256; Kılıçoğlu, s. 374; Oftinger/Stark, s. 83; tehlikenin yeterli olduğu, gerçekleşmiş olmasının aranmadığı yönünde, Hatemi/Serozan, s. 131.

⁴³⁵ Kaneti, s. 255; Eren, F., Borçlar Genel, s. 694; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 486; Akıncı, Borçlar, s. 217; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 34; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 31; Deutsch, s. 174; malvarlığına yönelik saldırılar için haklı savunma yapılamadığı konusunda, Kılıçoğlu, s. 373.

⁴³⁶ Eren, F., Borçlar Genel, s. 695; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 486; Akıncı, Borçlar, s. 217; Kaneti, s. 256; Deutsch, s. 174; Vito, s. 24; Kılıçoğlu, s. 374; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 31, 32.

⁴³⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 486; Eren, F., Borçlar Genel, s. 695; Akıncı, Borçlar, s. 217; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 34; Kaneti, s. 255; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 31; Hatemi/Serozan, s. 131; Oftinger/Stark, s. 83, 84.

⁴³⁸ Akıncı, Borçlar, s. 217; Kaneti, s. 256; Eren, F., Borçlar Genel, s. 695; Deutsch, s. 174; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 31; Hatemi/Serozan, s. 132.

⁴³⁹ Keller/Gabi-Bolliger, s. 45; Deutsch, s. 174, 175; Kılıçoğlu, s. 375; Eren, F., Borçlar Genel, s. 695, 696; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 487; Akıncı, Borçlar, s. 218; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 35; Kaneti, s. 256; Vito, s. 24; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 32.

zaman, örneğin bir polise ihbarda bulunabilecek kadar dahî bir süre yoktur. Dolayısıyla kural olarak haklı savunma sözleşmeye müdahale fiili için hukuka uygunluk sebebi olamaz. Ancak bazı durumlarda gerçekleşmesi düşünülebilir. Örneğin, borçlunun alacaklısına sinirlenip darp etmeye hazırlandığı bir durumda, bunu fark eden üçüncü kişi, tehlikeyi önlemek için borçluyu hapseder ve bu arada borçlu da borcunu ifa edemezse, üçüncü kişi alacaklıya yönelik bir tehlikeyi def ettiği için haklı savunmada bulunmuş olur. Fakat bu noktada soyut durumlarda yola çıkılarak bir karara varılmamalıdır. Mesela, borçlunun ekseriyetle borcunu ödemeyen bir kimse olarak bilindiği için bu borcunu da ödemeyeceği tahmini ile sözleşmeden caydırıldığı bir durumda, haklı savunmadan bahsedilemez. Böyle bir hâlde saldırı söz konusu değildir.

dd) Zaruret (Zorunluluk) Hâli

Bir kimsenin, kendinin ya da başkasının şahıs veya malvarlığına yönelmiş, açık ve yakın bir tehlikeyi def etmek için başkasının malvarlığına zarar verdiği durumlarda zaruret hâlinde söz edilir⁴⁴⁰. Zaruret hâlinde kişi tehlikeyi ortadan kaldırmak için sadece malvarlığı değerlerine zarar verebilir; kişilik haklarına, vücut bütünlüğüne veya yaşam hakkına zarar verilmesini zaruret hâli haklı gösteremez⁴⁴¹.

Zaruret hâlinin varlığı için açık ve yakın bir tehlikenin varlığı gerekir⁴⁴². Tehlike insandan, yangın, fırtına gibi doğal güçlerden ya da hayvandan kaynaklanmış olabilir⁴⁴³. Ancak malvarlığına zarar verilen kişi ile tehlike kaynağı aynı kimse olmamalıdır; çünkü böyle bir hâlde durum haklı savunmaya dönüşür⁴⁴⁴. Üçüncü kişinin zarar verilen

⁴⁴⁰ Deschenaux/Tercier, s. 46; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 37; Eren, F. Borçlar Genel, s. 696, 697; Akıncı, Borçlar, s. 218; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 357; Kaneti, s. 257; Keller/Gabi-Bolliger, s. 46; Stark, s. 65; Vito, s. 24; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 33.

⁴⁴¹ Tandoğan, Mes'uliyet, s. 39; Eren, F. Borçlar Genel, s. 698; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 487; Akıncı, Borçlar, s. 218; Kılıçoğlu, s. 378; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 34.

⁴⁴² Kaneti, s. 258; Akıncı, Borçlar, s. 219; Eren, F. Borçlar Genel, s. 698; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 38.

⁴⁴³ Eren, F. Borçlar Genel, s. 697; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 487; Tandoğan, s. 38; Kaneti, s. 258; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 33.

⁴⁴⁴ Vito, s. 25; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 38; Akıncı, Borçlar, s. 219; Eren, F., Borçlar Genel, s. 697; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 487; Kaneti, s. 259.

malvarlığı değeri sadece taşınır olabilir; taşınmazlar için TMK m. 753 uygulanır⁴⁴⁵. Nihayet üçüncü kişinin malvarlığına zarar vermeden tehlikeyi geri çevirme imkânı olmaması ve tehlike ile kişinin uğrayacağı zarar, başkasının malvarlığının uğrayacağı zarardan önemli ölçüde büyük olması gereklidir⁴⁴⁶. Bu şartlar gerçekleştiği takdirde fiil hukuka uygundur. Fakat hâkim hakkaniyet gereği zararın tamamının ya da bir kısmının giderilmesine karar verebilir (TBK m. 64/II).

Kişinin bir tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla sözleşmeye müdahale ettiği ihtimali, zaruret hâlinin özü ile bağdaşmamaktadır. Nitekim doğal güçlerden ya da hayvandan gelen bir tehlike, sözleşme yapmak suretiyle savuşturulamaz. İnsandan kaynaklanan tehlike konusunda ise; saldırganın savunmada bulunana, şayet sözleşme yapmazsa öldüreceği gibi bir ihtimal düşünülebilir. Bu ihtimalde sözleşme korkutma sonucu kurulduğundan, sonradan iptal edilerek sözleşmenin sona erdirilmesi mümkündür. İptal kurulan ikinci sözleşme ile ilgili olduğundan ve doğrudan önceki sona eren sözleşmeden doğan zararları karşılayamayacağından, böyle bir hâlde alacaklının zararlarını talep edilebilmesi düşünülür. Bu sebeplerle ekseriyetle zaruret hâli sözleşmeye müdahale için bir hukuka uygunluk sebebi olarak görülemez. Ancak örnekteki gibi istisna durumlarda zaruret hâli şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılarak bir sonuca varılmalıdır⁴⁴⁷.

ee) Kişinin Hakkını Kendi Gücüyle Koruması

Kişilerin haklarını kural olarak Devlet gücü ile savunmaları ve aramaları gerekir. Çünkü aksi bir durum, toplumda karmaşaya ve ölçüsüz güç kullanımına yol açar. Fakat bazı durumlarda hakkın savunulması için yetkili organların müdahalesini beklemek, hak kaybına neden olabilir veya hakkın kullanılmasını önemli ölçüde güçleştirebilir. Böyle

⁴⁴⁵ Kaneti, s. 259, 260; Eren, F., Borçlar Genel, s. 697.

⁴⁴⁶ Eren, F., Borçlar Genel, s. 698; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 487; Akıncı, Borçlar, s. 219; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 39; Kaneti, s. 258, 259; Vito, s. 25.

⁴⁴⁷ Alacak hakkından daha fazla gözetilmesi gereken yararların zaruret hâli kapsamında korunduğuna dair, Koziol, s. 199.

bir hâlde hakkın korunması başka yollarla mümkün değilse, kanunkoyucu yapılan fiili hukuka aykırı olarak görmemektedir. TBK m. 64/III'e göre bu tür bir durum, verilen zarar için hukuka uygunluk sebebi oluşturur.

Hakkını kendi gücüyle koruma dolayısıyla hukuka uygunluk sebebinin varlığından bahsedilebilmesi için ilk olarak korunması gereken bir hak olmalı ve bu hak koruma fiilini gerçekleştirenin kendisine ait olmalıdır⁴⁴⁸. İkinci olarak, polis, icra memuru, jandarma gibi yetkili makamın zamanında müdahale etmesi mümkün olmamalıdır⁴⁴⁹. Ayrıca hak sahibinin hakkını korumak için başka bir imkânı bulunmaması ve hakkı korumak için kullanılan güçte uygun bir denge gözetilmesi de gereklidir⁴⁵⁰. Bu şartlar gerçekleştiği takdirde zarar veren kimse için tazminat yükümlülüğü doğmaz.

Sözleşmeye müdahale için kuvvet kullanımı değerlendirildiğinde bu sebebin sözleşmeye müdahale sonunda oluşan zarar için hukuka uygunluk sebebi olamayacağı görülür. Zira kuvvet kullanımında maddî bir fiil söz konusudur. Oysa sözleşmeye müdahalede üçüncü kişi alacaklının yararlarına hukukî işlem yaparak zarar vermektedir. Korunması gereken bir hakkın varlığı noktasında ise üçüncü kişi, alacaklının kendi müşterilerini aldığı için misilleme olarak onun sözleşmesel yararını bozduğunu ileri sürebilir. Her ne kadar böyle bir ihtimal gerçekleşebilirse de kişinin bu şekilde hakkını koruması hukukî değildir. Zira hak zaten zarar görmüştür ve dava yoluna gidildiği zaman çalışmanın konusunu oluşturan sorumluluk yolu ile zararların tazmini mümkündür. Bu

⁴⁴⁸ Keller/Gabi-Bolliger, s. 47; Deschenaux/Tercier, s. 46, 47; Eren, F., Borçlar Genel, s. 699; Akıncı, Borçlar, s. 221; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 41; Kaneti, s. 260, 261; Kılıçoğlu, s. 379; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 35. Korunan hak kişinin kendisine ait değilse, hakkaniyet gereği tazminatta indirim yapılabileceği veya tazminatın tamamen ortadan kaldırılabilmesi yönünde, Hatemi/Serozan, s. 134.

⁴⁴⁹ Tandoğan, Mes'uliyet, s. 42; Kaneti, s. 262; Hatemi/Serozan, s. 133; Eren, F., Borçlar Genel, s. 700; Deutsch, s. 180; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 489; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 35; Kılıçoğlu, s. 379; Akıncı, Borçlar, s. 221; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 358; Keller/Gabi-Bolliger, s. 47; Deschenaux/Tercier, s. 47.

⁴⁵⁰ Akıncı, Borçlar, s. 221; Deschenaux/Tercier, s. 47; Kılıçoğlu, s. 380; Hatemi/Serozan, s. 133; Eren, F., Borçlar Genel, s. 700; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 489; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 42; Kaneti, s. 262; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 35.

sebeplerle kuvvet kullanarak hakkın korunması, sözleşmeye müdahale için hukuka uygunluk sebebi olarak görülmemelidir.

ff) Vekâletsiz İş Görme

Haksız fiiller için bir başka hukuka uygunluk sebebi vekâletsiz iş görmedir. Bir kimsenin, lehine iş görülecek kişinin işin görülmesi konusunda iradesi ya da yasaklaması olmaksızın, onun yararına iş gördüğü durumlarda gerçek vekâletsiz iş görmeden bahsedilir⁴⁵¹. Hukuka uygunluk sebebi olan vekâletsiz iş görme, gerçek vekâletsiz iş görmedir⁴⁵². Vekâletsiz iş görme maddi fiille yapılabileceği gibi, hukukî fiiller de bu kapsamda değerlendirilir⁴⁵³.

Gerçek bir vekâletsiz iş görmeden bahsedebilmek için; bir iş görülmeli, görülen iş başkasına ait olmalı, işin görülmesi konusunda iş sahibinin iradesi bulunmamalı, işin görülmesi iş sahibi için zorunlu olmalı ve iş gören başkasının işini görme iradesine sahip olmalıdır⁴⁵⁴. Bir iş görme söz konusu olduğu için ancak yapma şeklindeki hareketlerle vekâletsiz iş görülebilir⁴⁵⁵. İş görenin iş görme iradesine sahip olması ise ilk olarak onun ayırt etme gücüne sahip olmasını gerektirir⁴⁵⁶. Dolayısıyla iş gören başkasının menfaatine hareket ettiğinin bilincinde olmalıdır. Bu noktada iş görenin bencil değil, diğercil bir amaç gütmesi gerektiği ifade edilir⁴⁵⁷. İkinci olarak, iş görenin iş sahibini tanıma şartı da yoktur; hatta iş sahibi müstakbel bir şahıs dahî olabilir⁴⁵⁸.

⁴⁵¹ Eren, F., Borçlar Genel, s. 693; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2022, (Eren, F., Borçlar Özel), s. 913; Aydoğdu/Kahveci, s. 822; Yavuz, Cevdet/ Acar, Faruk/Özen Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Birinci Cilt-İkinci Cilt, 11. Baskı, İstanbul 2022, İkinci Cilt, s. 1480; bu tür için caiz vekâletsiz iş görme adlandırması için, Akıncı, Borçlar, s. 223; Zevkliler, Aydın/Gökyayla, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 21. Bası, İstanbul 2021, s. 678.

⁴⁵² Eren, F., Borçlar Genel, s. 693; Akıncı, Borçlar, s. 223.

⁴⁵³ Yavuz/Acar/Özen, İkinci Cilt, s. 1479; Eren, F., Borçlar Özel, s. 914.

⁴⁵⁴ Zevkliler/Gökyayla, s. 679; Aydoğdu/Kahveci, s. 822, 823; Yavuz/Acar/Özen, İkinci Cilt, s. 1481 vd.; Eren, F., Borçlar Özel, s. 915, 916.

⁴⁵⁵ Eren, F., Borçlar Özel, s. 914; olumlu insan davranışı gerektiği yönünde, Zevkliler/Gökyayla, s. 679.

⁴⁵⁶ Zevkliler/Gökyayla, s. 679; Eren, F., Borçlar Özel, s. 915; Yavuz/Acar/Özen, İkinci Cilt, s. 1482; tam ehliyetlilerin de vekâletsiz iş görebileceği yönünde, Aydoğdu/Kahveci, s. 824.

⁴⁵⁷ Eren, F., Borçlar Özel, s. 915.

⁴⁵⁸ Eren, F., Borçlar Özel, s. 915.

Vekâletsiz iş görmenin sözleşmeye müdahale fiili için de hukuka uygunluk sebebi olup olmadığı, vekâletsiz iş görmenin unsurları değerlendirilerek tespit edilmelidir. Sözleşmeye müdahalede bir kimse, başkasının kurmuş olduğu sözleşmesel ilişkiye, onun bozulmasına ya da ihlaline sebep olmak suretiyle zarar vermektedir. Bozulmaya ya da ihlale sebebiyet veren fiil, konuşma, ikna ya da fizikî olarak borçlunun engellenmesi gibi çok çeşitli şekillerde gerçekleşebilir⁴⁵⁹. Ancak bu fiillerden hiçbirinin iradesi, sözleşmedeki alacaklı lehine davranmak değildir. Her şeyden önce müdahale fiilinin haksız fiil olarak nitelenebilmesi, bu unsur ile bağdaşmaz. Çünkü haksız fiilde başkasına zarar verme kastı ya da ihmalle zarara sebep olunması söz konusudur. Oysa vekâletsiz iş görmede başkasının yararına hareket etme bilincinin varlığı zorunlu unsurdur. Dolayısıyla kural olarak vekâletsiz iş görmenin, sözleşmeye müdahale fiili için hukuka uygunluk sebebi olduğundan bahsedilemez. Ancak çok istisnâî durumlarda aksi durum gerçekleşebilir. Örneğin, bir esnaf, komşusunun sözleşme yaptığı kişinin bir dolandırıcı olduğunu sonradan fark etmiş olsun. Böyle bir hâlde esnaf, sözleşme yapan kişiyi komşusu ile yaptığı sözleşmeden caymaya ikna ederse, komşusunun yararına iş görmüş olur. Ancak bu tür durumlar istisnâî hallerde gerçekleşebileceğinden, vekâletsiz iş görmenin ekseriyetle sözleşmeye müdahale için hukuka uygunluk sebebi olamayacağını söylemek mümkündür.

gg) Bazı Özel Durumların Hukuka Aykırılığın Olumsuz Unsuru Açısından Değerlendirilmesi

Yukarıda sayılan genel hukuka uygunluk sebeplerinin dışında, diğer bazı hak ya da faaliyetler de müdahale fiilini uygun hâle getirebilir. Söz konusu durumlardan birkaçı şu şekildedir:

⁴⁵⁹ Bkz. § 6, A, 1.

aaa) Sözleşmeye Müdahale Fiilinin Anayasal İfade Hürriyeti Olarak Değerlendirilmesi

Sözleşmeye müdahale fiilinin Anayasa’da düzenlenmiş bir hakkın sınırlara uygun kullanımı olarak somutlaştığı hâllerde hukuka aykırı bir durumdan bahsedilemez. Böyle bir durum hukuka aykırı nitelik taşımadığı için tazminat şeklindeki bir yaptırıma da sebep olmaz. O hâlde sözleşmeye müdahale fiillerinin, anayasal bağlamda bir hakkın kullanım sınırları içinde kalıp kalmadığı değerlendirilmelidir.

Anayasa’nın 48. maddesine göre “*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir*”. Maddeye göre herkesin istediği alanda ve konuda sözleşme yapma ve teşebbüste bulunma özgürlüğü bulunmaktadır. Anayasa’da bu özgürlüklerle ilgili söz konusu madde içerisinde bir sınır getirilmiş değildir. Fakat bu durum onların hiçbir şekilde sınırlanamayacağı anlamına gelmez. Nitekim Anayasa’nın 14. maddesinin ikinci fıkrasına göre “*Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, Devlete ve kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesi veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz*”. O hâlde kişiler görünüşte sözleşme yapıyor olsalar da bu durum onların diğer kişilerin hak ve hürriyetlerini kullanmalarını imkân dışı bırakacak şekilde sonuçlanamaz. Bir başkasının kurulmuş sözleşmesine müdahale etmek ve onun sözleşme yaparken güttüğü tek gaye olan alacak hakkını etmesine engel olmak, esasında onun sözleşme yapma ya da teşebbüste bulunma hürriyetini elinden almaktır. Çünkü böyle bir durumda kişinin sözleşme ile hedeflediği ekonomik amaca ulaşması engellenmektedir. Bu durumda da kendisine verilen sözleşme ve teşebbüste bulunma özgürlüğünün içi boşalmaktadır. Kişilere başkalarının yaptıkları sözleşmeleri bozma yetkisi vermek, sözleşme yapma hakkının olmaması ile eşittir. Hatta sadece görünürde böyle bir hakkın olduğunu sonuçlamaktadır. O hâlde kişilerin bir başkasına sözleşme teklifinde bulunmalarının bir sınırı olmalıdır. Örneğin, bir başkasının

daha önce aynı konuda bir başkası ile sözleşme kurduğunun bilinmesine rağmen, başka teklifle yapılan sözleşmeden caydırılması konusunda haklı bir sebep bulunamaz. Ancak kişi böyle bir sözleşmeden haberdar değilse ya da onu bilmesi gerekmiyorsa, böyle bir durumda zaten kastı olmadığı için sorumluluğu da gündeme gelmeyecektir.

Kişilerin Anayasal temel hak ve özgürlüklerinin bir başka sınırını da hukukun genel ilkeleri ile getirilmiş olan sınırlar oluşturur. Böylece emredici hukuk kurallarına, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olan işlemler kesin hükümsüzdür (TBK m. 27). Aynı şekilde dürüstlük kuralına aykırı olarak ya da kötüye kullanılan hakkı da hukuk düzeni korumaz. Söz konusu sınırların Anayasa’da hakkın sınırlanması sebebi olarak öngörülmediği itirazı ileri sürülebilir. Ancak bu sınırların Anayasa’da düzenlenmemiş olması, bu kurallara aykırı olan haklı olması gerektiği şeklinde bir çıkarımı haklı kılar ki bu durum da hiçbir hukuk sisteminde tercih edilmeyecek bir sonuçtur. Aksi takdirde, örneğin üretilmesi, satılması yasak malların da satışı konusunda sözleşme yapmanın serbest olması gerekirdi. O hâlde her hak ve özgürlük, hukukun genel ilkeleriyle ve TBK m. 27 ile sınırlı olmalıdır.

Anayasa’nın 26. maddesine göre kişiler düşüncelerini açıklama ve yayma hürriyetine sahiptirler. Ancak bu hürriyetler, hem Anayasa’da sayılmış olan sınırlarla hem açıkça öngörülmüş olmayan içkin sınırları ile hem de hukukun emredici kuralları ile sınırlıdırlar. Nitekim bir temel hak ve özgürlüğün içkin sınırlarını, diğer temel hak ve özgürlükler oluşturur⁴⁶⁰. Sınırsız temel hak ve hürriyet, gerçek anlamda özgürlük teşkil etmez. O hâlde kural sözleşme yapma veya düşünce ifade etme konusunda özgürlüğün olmasıdır. Kişiler bu özgürlüklerini söz konusu sınırlara uygun kullandıkları takdirde ortaya çıkan zararlardan sorumlu tutulamazlar. Bu durumda, sözleşmeye müdahale fiilinin, bahsi geçen sınırlar içerisinde kalıp kalmadığının değerlendirilmesi

⁴⁶⁰ Bkz. § 4, A, 2.

gerekmektedir. Eğer kişiler, kurulmuş bir sözleşmenin varlığını ve yaptıkları beyan sonucunda bu sözleşmedeki yararın zarar görebileceğini biliyorlar ya da bilmeleri gerekiyorsa, beyanları, düşünce açıklama ve yayma hürriyeti kapsamında değerlendirilmez. Ancak, örneğin sözleşme kurma hazırlığında olan bir müşteri, kendilerine o eşya hakkındaki fikrini soruyorsa, bu durum artık söz konusu hürriyet kapsamında değerlendirilir.

bbb) Sözleşmeye Müdahale Fiilinin Rekabet Etme Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi

Rekabet, ticarî hayatın varlığı ve devamı için vazgeçilmez bir unsurdur. Mal ya da hizmet sunulan alanda, sadece bir aktörün olduğu veya tek aktörün etken olduğu bir piyasanın, serbest rekabet ortamına gerçek anlamda hizmet ettiğinden bahsedilemez. Zira böyle bir durumda bireyler, mal ya da hizmet konusunda yeterli seçeneğe ulaşamaz. Aynı bedelle ya da aynı kişiden mal veya hizmet teminine mahkûm olurlar. Bu da kişilere o ticaret konusunun dayatılması anlamına gelir. Diğer yandan serbest rekabetin olmadığı bir ticaret hayatının gelişmesi de beklenemez. Çünkü rekabetin olması tâcirleri, tercih edilebilmek için mal veya hizmetlerini iyileştirmelerine, çeşitlendirmelerine ve farklılaştırmalarına sevk eder. Söz konusu durum, bireyler için arzu edilen bir ortamdır.

Bununla birlikte serbest rekabetin hâkim olduğu ticarî hayat ile kast edilen ortam, kıran kırana yapılan bir ticaret, rakibin ticarî hayattan silinmesine sebep olan bir faaliyet ya da kendi ekonomik çıkarları için rakibi karalamak dâhil her türlü yasa dışı yol demek değildir⁴⁶¹. Serbest rekabet, ancak dürüst bir tâcirin davranışı sergilendiği takdirde amacına ulaşmış olur. Bu bağlamda Anayasa m. 48'in birinci fıkrasında özel teşebbüs

⁴⁶¹ “...Sonra doğumunda hiçbir sakatlık bulunmayan bir hakkın kullanılması da serbest değildir. Bu salâhiyet ahlâk kaideleri ve onun ölçülerile tahdit edilmiştir. Vazî kanun kat’i bir ifade ile, hak sahibinin hakkın diğer tarafa zarar verecek şekilde kullanılmasına onun za’fiyetini veya saffetini istismar edecek tarzda hareket edilmesine müsaade etmez. Daha ilk maddelerinde hepimiz kanunun “hakkını suiistimal edemezsin” yolundaki emrile karşılaşyoruz...”, A. Esat Arsebük: Medenî Hukukta Ahlâk Kaidesinin Rolü, Ankara 1937, s. 9, 10.

kurmanın serbest olduğu belirtildikten sonra, ikinci fıkrada Devlet’in, “*özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri*” almakla yükümlü olduğundan bahsetmiştir. Gerçekten de dürüst bir tâcirden beklenmeyecek karalama veya başkalarının müşterilerini çalma gibi davranışlar, ne sosyal amaçlara hizmet eder ne de güvenli bir ticaret ortamı sağlar. Böyle bir ortam, bir yandan tüketicileri mal ve hizmet temini hususunda endişelendirirken, diğer yandan tâcirlerin de kurdukları sözleşmelerin akıbetini sürekli düşünme ihtiyacı duymaları sonucunda çekinerek ticarî ilişkilere girmelerine yol açar. O hâlde Devlet bu konudaki yükümlülüğünü yerine getirerek, hem tüketiciler hem de tâcirler için güvenin hâkim olduğu bir ticarî hayatı temin etmelidir. Bu da söz konusu davranışların yasaklanması ve yapıldıkları takdirde yaptırıma bağlanması yoluyla mümkün olur. İşte bu noktada haksız rekabet hükümlerinin önemi ortaya çıkmaktadır. Çünkü böyle bir durumda ticarî faaliyet serbest rekabet hakkının sınırlarından çıkıp, haksız rekabet sınırlarına girmekte; bir hak iken, yaptırıma bağlanan bir fiile dönüşmektedir.

Türk Ticaret Kanunu’nda hangi fiillerin haksız rekabet teşkil ettiği, önce genel bir tanımla belirtilmiş, sonrasında ise örnekseyici sayımla gösterilmiştir. TTK m. 54/II’de belirtilen niteliğe sahip olan fiillerin sadece haksız olmayıp, aynı zamanda hukuka aykırı olduğunun ayrıca ifade edilmiş olması dikkat çekicidir ve önemlidir. Çünkü bu ifade, söz konusu fiilleri hukuk düzeninin onaylamadığını, yapılmasına cevaz vermediğini ve ticarî fiil kapsamında değerlendirilemediğini göstermektedir. Aynı maddenin b bendinde ise sözleşmeyi ihlale ya da sona erdirmeye yöneltme fiilleri, örnekseyici olarak ve haksız rekabet teşkil eden fiil şeklinde nitelenmiştir. Dolayısıyla bir başkasının sözleşme ilişkisine müdahale etmek açıkça hukuka aykırı sayılmıştır. Böyle bir fiil, serbest rekabet ortamının olduğu gerekçesi ile hukuka uygun olarak nitelenemez. Kanun’un lafzı gayet açıktır ve aksi yorumu yapmaya yeterli gerekçe yoktur.

TTK'daki yasak normunun doğuş kaynağı da dürüstlük kuralıdır⁴⁶². Dürüstlük kuralı ise hukukun genel ilkesidir ve her alanda uygulanır. Kanun'daki haksız rekabet hükümlerinin diğer kaynağının, TBK'daki haksız fiil hükümleri olduğuna da işaret edilmektedir⁴⁶³. Bu durumda bir kaynaktan doğan hükme uyan davranışların hukuka aykırı olduğunu söylerken, kaynak norma uyan davranışları hukuka uygun olarak nitelemek büyük bir çelişkidir. O hâlde sözleşmeye müdahale edilerek bir başkasının sözleşmesel yararını zedelemek, ticarî bir işlem de olsa âdi bir işlem de olsa hukuka aykırıdır ve aynı zamanda haksız rekabet sayılır. Piyasada serbest rekabet ortamı olmasına ya da başka bir sebebe sığınarak, dürüst olmayan hareketlerle başkalarının kurulmuş hukukî ilişkilerine zarar vermek, hukuka uygunluk sebebi teşkil etmez⁴⁶⁴.

Hangi tür fiillerin hukuka aykırı olduğu gerek TBK'da gerek TTK'da tanımlayıcı ve örnekseyici şekilde ifade edilmiş olsa da somut olayda hukuka aykırılık ile uygunluğun sınırını çizmek her zaman kolay olmayabilir. Ticarî ilişkilerde olaydaki fiil Kanun'da sayılan fiillerden biri ise zaten haksızlık gerçekleşmiş demektir⁴⁶⁵. Ancak sayılan fiillerden değilse, fiilin gelen tanımına bakarak haksız olup olmadığını saptamak gerekir. O hâlde fiil aldatıcı ya da diğer surette dürüstlük kuralına aykırı ise haksız rekabet fiili teşkil eder. Burada önemli olan nokta, fiilin dürüstlük kuralına uygun olup olmadığını belirlemektir. Somut olayda bir fiilin dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığını hâkim takdir eder. Dolayısıyla hâkim bu noktada temkinli davranmalı, serbest rekabet savunmasına geniş alan bırakmamalı, makul, dürüst, orta zekâda bir tacirin yapmaması gereken bir davranış olduğunu kabul ettiğinde, fiilin dürüstlük kuralına aykırı bir davranış olduğuna hükmetmelidir. Genel olarak hiç kimse, daha önce kurmuş olduğu bir sözleşmenin, ortada haklı bir sebep yokken, üçüncü kişilerin etkileri sonucu bozulmasını,

⁴⁶² 6102 sayılı TTK Gerekçesi m. 54.

⁴⁶³ Bkz. § 3, F.

⁴⁶⁴ Aynı yönde, Müller, s. 45.

⁴⁶⁵ Arkan, s. 354; haksız rekabet konusunda TTK'da belirlenen amaç ve ilkelere aykırı olan davranışın haksız rekabet olarak nitelendiğine dair, Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 397.

ifa edilmemesini ya da hükümsüz kalmasını istemez. Dolayısıyla hâkim olayda, Kanun'da sayılan müdahale türlerinden biri olmasa da onlarla aynı sonucu doğuran fiilleri de haksız kabul etmelidir.

Türk Borçlar Kanunu açısından müdahale fiilinin haksız kabul edilebilmesi, fiilin haksız fiil olarak nitelenmesine bağlıdır. Bunun için de fiil haksız fiilin unsurlarını taşımalı, özellikle hukuka aykırı surette gerçekleştirilmiş olmalıdır. Yukarıda sözleşmeye müdahale fiilinin hukuka aykırılık teşkil edip etmediği ve teoriler ışığında varılan sonuç ayrıntıları ile aktarılmaktadır⁴⁶⁶. Ancak bu başlık açısından denilebilir ki, hem malvarlığına dâhil bir unsurun zarar görmesi hem de kişinin serbestçe sözleşme kurma ve devam ettirme hakkının hükümsüz bırakılması sebebiyle, sözleşmeye müdahale fiili haksız fiil olarak kabul edilmelidir ve serbest rekabet düzeni bu durum açısından hukuka uygunluk sebebi kabul edilmemelidir⁴⁶⁷. Dürüstlük kuralına aykırılığın da bir hukuka aykırılık sebebi olduğu ve her iki normun da nihayetinde dürüstlük kuralına dayandığı düşünüldüğünde, fiilin ne derece hukuka uygun kabul edilebileceği, dikkate değer bir meseledir. Hukuk düzeni aynı konuda birbiri ile çelişen hükümlerden oluşamaz. Böylesi bir durum, hukuk düzeninin tesis etmek istediği güven ve istikrar ortamına aykırıdır.

ccc) Reklam Faaliyeti Olarak Sözleşmeye Müdahalenin Değerlendirilmesi

Kişinin mevcut sözleşmesini sona erdirmeye sebebi, üçüncü kişilerin yaptığı reklam faaliyetlerine dayanabilir. Reklam vesilesiyle fark edilen daha avantajlı teklifler, kişilerin kurdukları hukukî ilişkilere uygun davranmamalarına ya da onları sona erdirmelerine yol açabilir. Bu noktada reklam faaliyetlerinin bir hukuka uygunluk sebebi oluşturup oluşturmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

⁴⁶⁶ Bkz. § 6, A, 4, a.

⁴⁶⁷ Amerikan Hukuku'nda eyalet mahkemelerinin oybirliği ile sözleşmeye müdahale açısından ticarî rekabeti bir imtiyaz olarak kabul etmediklerine dair, Eulau, Comparasion, s. 52.

Genel olarak reklam, mal ve hizmet sunanların bu sunumlarına olan rağbeti arttırmak amacıyla yaptıkları faaliyetir⁴⁶⁸. Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un 3. maddesinin 3. bendinde radyo ve televizyon reklamı, *“Taşınmazlar, hak ve yükümlülükler dâhil olmak üzere mal veya hizmetlerin teminini teşvik etmek, bir amaç veya düşünceyi yaymak veya başka etkileri oluşturmak amacıyla ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı gerçek ve tüzel kişi tarafından, bir ücret veya benzeri bir karşılıkla yapılan her türlü duyuru veya öz tanıtım yayını”* olarak tanımlanmıştır. Yine, Basın İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanun'un 40. maddesinin ikinci fıkrasında da reklam, gazete ve dergilere özgü olmak üzere aynı içerikte tanımlanmıştır. O hâlde reklam, bir mal veya hizmetin tüketici tarafından tercih edilebilirliğini sağlamak üzere yapılan her türlü faaliyet olarak tanımlanabilir.

Bir faaliyetin reklam olarak nitelenebilmesi için bir ürünü ya da hizmeti tanıtmaya özelliği taşıması, tanıtımın ticarî amaca yönelik olması, reklam verenin kimliğinin belirtilmesi ve reklamın gazete, dergi, televizyon gibi belli bir mecra da yapılması gerekir⁴⁶⁹. Bu özellikleri taşımayan bir tanıtımın reklam olduğundan bahsedilemez. Ancak unsurları taşımadığı için reklam olmayan bir faaliyetin, hiçbir engele takılmadan yapılabileceği de söylenemez. Örneğin amacı sırf komşusunun mal veya hizmetini kötüleyerek zarar etmesini sağlamak olan bir kimsenin, hukuka uygun davranmış olmaz. Nihayetinde yaptığı fiil haksız fiildir.

Reklamların çok çeşitli içerik ve şekillerde ortaya çıkması mümkündür. Televizyon, radyo, dergi, gazete gibi araçların yanı sıra, açık havada mobil olarak, afişle ya da mağaza

⁴⁶⁸ Erol, Arzu: Türk Hukukunda Örtülü Reklam, 1. Baskı, İstanbul 2018, s. 5, ayrıca bkz., s. 23 vd.; Avşar, Zakir/Elden, Müge/Çaydere, Osman/Bakır, Uğur: Reklam ve Hukuksal Düzenlemeleri, 3. Baskı, İstanbul 2011, s. 24; Özdemir, Semih Sırrı: Haksız Rekabet Kavramı Açısından Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar, 1. Baskı, İstanbul 2013, s. 37 vd.; Şenocak, s. 195.

⁴⁶⁹ Özdemir, s. 44 vd.; Erol, s. 28 vd.; Avşar/Elden/Çaydere/Bakır, s. 28.

içinde görsellerle de reklam yapılabilir⁴⁷⁰. Reklamda amaç, tüketicinin dikkatini çekmek ve mal veya hizmetin tercih edilmesini sağlamak olduğu için reklam içerik olarak da çok farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Bununla birlikte her türlü içerikte reklam yapmak hukukî değildir. Reklam yapmak tıpkı rekabette bulunmak gibi bir haktır; ancak bu hakkın dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılması gerekir⁴⁷¹. Özellikle ticarî reklamın hangi sınırlarda kalması gerektiğini düzenleyen pek çok mevzuat bulunmaktadır. Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu m. 26, halkı aldatıcı, yanıltıcı, haksız rekabete yol açıcı, kötüleyici, memleketin ekonomik durumuna zarar verici reklam yapılamayacağı hükmünü içermektedir. Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulama Yönetmeliği m. 7’de ise reklamın doğru, dürüst olması ve haksız rekabete yol açmaması gerektiği; karşılaştırmalı reklam yapma şartlarının düzenlendiği m. 8’de de bu tür bir reklamın haksız rekabete yol açmaması zorunluluğu belirlenmektedir. Aynı Kanun’un 28. maddesine göre ise tüketicinin davranışını önemli ölçüde bozan ya da bozma ihtimali olan uygulama, haksız bir ticarî uygulamadır ve haksız ticarî uygulama tüketici işleminin her aşamasında yasaktır. Ayrıca aynı maddenin ikinci fıkrasında, tüketicinin bilinçli karar yeteneğini azaltarak normal şartlar altında taraf olmayacağı bir işleme taraf olmasına sebep olunması durumunda bu uygulamanın, tüketicinin davranışlarını önemli ölçüde bozduğu kabul edilmiştir.

Reklamın haksız rekabete yol açmaması gerekliliği, reklam konusundaki tüm sınırlayıcı hükümlerin neredeyse ortak noktasıdır. Bir ürünü ya da hizmeti tanıtmayı amaçlayan reklamlar hiçbir şekilde haksız rekabete yol açamaz. Bu sınır tüm haksız rekabet hâllerini kapsamasının yanı sıra, doğrudan sözleşmeye müdahale konusunu da

⁴⁷⁰ Avşar/Elden/Çaydere/Bakır, s. 89 vd.; Savaş, Firdevs: “Reklam Vasıtasıyla Ortaya Çıkan Saldırgan Ticari Uygulamalar”, Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, C. 18, S. 2, Y. 2017, s. 227-248, <http://esjournal.cumhuriyet.edu.tr/en/download/article-file/370370> , s. 238.

⁴⁷¹ Savaş, s. 239; Avşar/Elden/Çaydere/Bakır, s. 172; Poroy/Yasaman, s. 378; Bozer/Göle, s. 229; rakibin emeğini ve faaliyetini sömürücü nitelikte, onun tanınmışlığından yararlanarak mukayeseli şekilde yapılan reklamların dürüstlük kuralına aykırı olduğu yönünde, Şener, s. 611.

ilgilendirmektedir. Çünkü başkasını sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yöneltmek, TTK'da açıkça haksız rekabet olarak düzenlenmiştir (TTK m. 55/1-b). O hâlde hiçbir reklam bir kimsenin kurduğu sözleşmeye aykırı davranmasına ya da sona erdirmesine yol açacak saldırgan bir içerikte olmamalıdır.

Bir reklam sözleşmeden caymaya yönelttiği zaman saldırgan bir içerik taşıyıp taşımadığı konusunda bir ayrıma gidilmelidir. Zira bütün reklamlar esasen muhatabın davranışını değiştirmeyi, ürünün tercih edilmesini amaçlar. Hiçbir şekilde muhatabı etkilemeyen bir reklamın yapılması anlamsızdır. Ancak reklamın yaptığı değişiklik, muhatabın sözleşmeye aykırı davranması ya da sözleşmeyi sona erdirmesi şeklinde de ortaya çıkabilir. O hâlde reklamlar belirli sınırlar içerisinde yapılmalıdır. Söz konusu sınırı ilgili mevzuat hükümleri oluşturur. İlk olarak Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulama Yönetmeliği m. 28'e göre, ticarî uygulamalar ve bu arada reklamlar, tüketicinin davranışını önemli ölçüde bozacak nitelikte olamaz. Dolayısıyla elbette bir reklam sunulan mal ve hizmete rağbeti arttırmayı amaçlar ve amacına ulaştığında tüketicinin davranışının değişmesi kaçınılmazdır. Ancak bu değişiklik hiçbir şekilde, tüketicinin iradesinin zayıflatılması suretiyle, almayacak olduğu kararları aldırarak boyutuna ulaşmamalıdır. Reklam ya da diğer ticarî uygulama ile tüketiciye teklif sunulmalı, fakat yeni bir hukukî işlem sürecine girme kararı tüketiciye bırakılmalıdır.

Anılan mevzuat hükümlerinde yasaklanan reklam türleri yalnızca haksız rekabete yol açan ya da tüketicinin davranışını önemli ölçüde değiştiren reklamlar değildir. Rakibi kötüleyici reklamların yapılması da yasaklanmıştır. Kötüleyici reklamda amaç, rakip mal veya hizmetlerinin kötü gösterilmesi yoluyla, reklam yapanın mal veya hizmetinin doğrudan ya da dolaylı şekilde övülerek öne geçirilmesi ve böylece reklam yapanın mal

veya hizmetinin tercih edilmesidir⁴⁷². Kötülenen mal veya hizmet hakkında daha önce bir sözleşme kurulup kurulmamasının da kötüleyici şeklindeki nitelime için bir önemi yoktur. İster sözleşme kurulmuş olsun ister olmasın, başkalarının mal veya hizmetini kötüleyerek reklam yapılması, hem TTK m. 55/1-a'ya göre haksız rekabettir hem de Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu m. 26'ya göre yasaktır. Kötüleme, kişilerin daha önce kurdukları sözleşmelere aykırı davranmalarına ya da onları sona erdirmelerine de yol açabilir. O hâlde kötüleyici reklam yapmak da nitelik itibariyle sözleşmeye müdahaledir. Bu müdahale mevzuat hükümlerince, sözleşme öncesi safhaya yönelse bile haksız sayılmıştır. Dolayısıyla kurulan sözleşmenin sona erdirilmesine ya da ona aykırı davranılmasına yönelmiş bir reklam, rekabet hakkı olarak nitelenerek hukuka uygun sayılamaz.

Gerçek dışı ve yanıltıcı reklam da sözleşmeye müdahale ile sonuçlanabilir. Örneğin, sunduğu ürünün piyasadaki en iyi ürün olduğu reklamıyla tüketiciye ulaşan satıcı, kurulan diğer sözleşmelerin sona erdirilmesine sebep olabilir. TTK m. 55'e göre sırf böyle bir beyanda bulunulmuş olması haksız rekabet niteliği taşımakta olup, bu beyanın sözleşmeye müdahale ile sonuçlanması, haksız rekabet nitelmesi için gerekli değildir. Sözleşmeye müdahaleden doğan sorumluluk için ise elbette zarar, illiyet bağı, kusur gibi diğer haksız fiil unsurlarının varlığı şarttır. Bununla birlikte, durumun hukuka aykırılığına dikkat çekmesi açısından haksız rekabette, sadece hareketin gerçekleşmesinin aranması önemlidir. Gerçekten de böyle bir fiil dürüst tâcir ve dürüst ticaret kisvesine uygun değildir. Piyasadaki en uzun ömürlü ürünlerin kendisinde olduğunu söyleyerek muhatabı yanıltmak suretiyle, onun mevcut sözleşmesine aykırı davranmasını sağlamak, bir yandan haksız rekabet oluştururken, diğer yandan da tüketicinin korunmasını gerektiren bir durum ortaya çıkarır. Çok yönlü alanda hukuka

⁴⁷² Özdemir, s. 74, 75; Bozer/Göle, s. 239; yanlış, yanıltıcı ve gereksiz yere incitici olan reklamların kötüleyici reklam olduğu hakkında, Poroy/Yasaman, s. 378, 379; Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 403; karalama, değer düşürme ve küçümsetme anlamlarına geldiğine dair, Şener, s. 595.

aykırı olan bu durumun, unsurlarını taşıdığı takdirde haksız fiil olmadığını söylemek, hakkaniyet duygusuyla bağdaşmasa gerektir.

Aldatıcı unvan ya da meslekî adlar kullanılarak reklam yapmak ve bu suretle sözleşmeye müdahalenin gerçekleşmesi de mümkündür. Böyle bir reklam, hem TTK m. 55/1-2 gereğince doğrudan haksız rekabet oluşturur hem de Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu m. 26 ve TKHK'un çeşitli maddelerine göre yasaktır. Birçok hüküm tarafından hukuka aykırı olduğu belirtilmiş bir durum, sözleşmeye müdahale oluşturduğunda da hukuka uygun olarak nitelenmemelidir.

Yukarıda sayılanların dışında, çeşitli mevzuat hükümlerinde yasaklandığı şekilde gerçekleşen diğer reklam türleri de sözleşmeye müdahale oluşturabilir. Böyle durumlar ilgili mevzuata aykırılık teşkil etmesi dolayısıyla, o mevzuatta öngörülen yaptırımla karşılaşırken, haksız fiilin şartlarını sağladığı takdirde de tazminat sorumluluğuna sebep olabilir. Dolayısıyla mevzuattaki reklam sınırlarına aykırı olan reklamlar, reklam yapmanın hukukça öngörülen bir hak kullanımı olmaması dolayısıyla, muhtemel zararlarda hukuka uygunluk sebebi olarak görülemez.

c) Normun Koruma Amacı Teorisi Açısından Sözleşmeye Müdahale

Hukuka aykırılık başlığı altında değerlendirilmesi gerekli bir diğer konuyu, sözleşmeye müdahale dolayısıyla zarar gören menfaatin, normun koruma amacı teorisi açısından değerlendirilmesi oluşturmaktadır. Nitekim başka bir hukukî varlığı korumayı hedefleyen bir norm ihlal edildiğinde, aynı zamanda bir kimsenin sözleşmesine de müdahale edilmiş ve alacak hakkına zarar verilmiş olabilir. Örneğin, ifa konusunun bir eşya teslimi olduğu sözleşmede, borçlu eşyayı teslim etmeden önce, üçüncü kişi bu varlığı yok ederse, aynı zamanda alacak hakkı da zarara uğramış olur. Aynı şekilde, şahsen ifası gereken bir edimin ifasından önce borçlunun fiziksel bütünlüğü zarar görürse, bu durum

daha sonra edimin ifasını da engelleyebilir. O hâlde bu olayların normun koruma amacı teorisi kapsamında da değerlendirilmesi gerekir.

Normun koruma amacı teorisine göre, bir normun ihlali durumunda korunabilen hak, yalnızca o normun korumayı amaçladığı haktır⁴⁷³. İhlal sonucunda başka haklar zarar görmüş olsa da norm bu hakları korumayı amaçlamadığı için tazminat talep edilemez. Buna karşılık Alman ve Avusturya Hukuk Sistemleri'nde benimsenen hukuka aykırılık bağı teorisine göre ise davranışın hukuka aykırılığı esastır⁴⁷⁴. Teoriye göre normun koruduğu genel yararın yanı sıra, başka bir kişisel yarar da zarar görmüşse, hukuka aykırılık bu zarar açısından da oluşmuş sayılır⁴⁷⁵.

Normun koruma amacı teorisinin, çok geniş sınırlara ulaşabilen sorumluluk kapsamını daralttığı ve bu sebeple işlevsel olduğu yadsınamaz. Gerçekten de bir fiil dolayısıyla birden fazla zarara sebep olan failin bütün bu zararlardan dolayı sorumlu olması, her zaman hakkaniyete uygun değildir. Bununla beraber failin sorumluluk sınırına başka açılardan da bakılmalıdır. Örneğin, hız sınırını ihlal ederek aracını süratle kullanan ve sonrasında kazaya sebep olan bir fail düşünelim. Burada ilk olarak fail, hız sınırını aşarak idari bir normu ihlal etmiştir. Normun koruma amacı teorisine göre, hız sınırı yasağı ihdas eden normun amacı kişileri korumak değil, trafik düzenini sağlamaktır. Dolayısıyla zarar gören kişiler, bu teoriye göre zararlarının giderilmesini talep edemez. Ancak fail hız sınırını aşarak araç kullandığı zaman, objektif, makul ve dürüst bir üçüncü kişi gibi hareket etseydi, bu fiilin kazaya sebep olacağını öngörebilirdi. Dolayısıyla fail verdiği zarar noktasında, en azından ihmali olarak kusurludur. Diğer şartlar da uygun

⁴⁷³ Eren, F., Borçlar Genel, s. 684; Abik, Yıldız: "Normun Koruma Amacı Teorisi", AÜHFD, C. 59, S. 3, Y. 2010, s. 345-448, s. 347; Akıncı, Borçlar, s. 214; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 330; Müller, s. 13; Deutsch, s. 201; Vito, s. 20; aynı tanımın hukuka aykırılık bağı şeklindeki ifadesi için, Kaneti, s. 227, 228; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 639.

⁴⁷⁴ Eren, F. Borçlar Genel, s. 684; normun koruma amacı teorisi ile hukuka aykırılık bağı teorisinin aynı konuyu ifade ettiği yönünde, Abik, s. 347; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 330.

⁴⁷⁵ Eren, F. Borçlar Genel, s. 683.

olduğu takdirde, faile tazmin sorumluluğu yüklemek için bir engel olmasa gerektir⁴⁷⁶. Sırf normun koruma amacı teorisi olduğundan bahisle, böylesi zararları tazminatsız bırakmak hakkaniyete hitap etmeyebilir⁴⁷⁷. Aynı fiil ile birden fazla normu ihlal etme ve bu arada üçüncü kişilere de zarar verebilme yeteneğini gösteren failin tazminat yükümlülüğü altına girmemesi için hiçbir sebep yoktur. O halde normun koruma amacı teorisinin değerlendirildiği bir durumda olaya bakılmalıdır: Şayet söz konusu fiil ayrıca kişilerin korunması gereken yararlarını da ihlal ediyorsa, bu durumda artık teori gerekçe gösterilerek tazminat talepleri reddedilmemelidir.

Hukuka aykırılık bakımından üçüncü hukuka aykırılık teorisinin tercih edilmesi hâlinde normun koruma amacı teorisinin değerlendirilmesine gerek kalmayacaktır. Çünkü teoriye göre önemli olan genel bir davranış yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediğidir; hukuka aykırılığa karar vermek için yararın mutlaka bir norm tarafından korunmasına gerek yoktur.

Doktrindeki bir fikre⁴⁷⁸ göre sözleşmeye müdahaleden kaynaklanan zararlar da temel ve özel koruma normlarının koruması dışında olan ve salt malvarlığı zararı oluşturan türlerden bir tanesidir. Bu fikirden yola çıkıldığında alacak hakkı, kendisini doğrudan koruyan bir normdan yoksundur. Türk Hukuku'nda normun koruma amacı teorisinin hâkim görüş olduğu düşünüldüğünde, sözleşmeye müdahaleden doğan zararların, sadece doğrudan kastın ispat edilebildiği hâllerde tazmin edilebilmesi gerekir

⁴⁷⁶ Toplum menfaatlerini korumasının yanı sıra, bireysel yararları koruma amacı da güden ve özellikle özen yükümlülüklerine aykırı olan davranışların BK m. 41 (TBK m. 49/I) anlamında hukuka aykırı olduğuna dair, Kaneti, s. 186; eğer bir fiil doğrudan mutlak hakkı da ihlâl ediyorsa dolaylı koruyucu normlarla uğraşmanın gereksiz olduğuna dair, Müller, s. 16.

⁴⁷⁷ Türk Hukuku'nda normun koruma amacı teorisinin benimseniyor olması, hukuka aykırılık anlayışına çok dar yaklaşılmasına sebep olmaktadır. Bu yüzden tazmini gerekmesine rağmen hukukî zemini oluşturulamayan zararlar için farklı sorumluluk türleri geliştirilmeye çalışılmaktadır, aynı yönde, Çağlayan Aksoy, s. 580, 581.

⁴⁷⁸ Çağlayan Aksoy, s. 427 vd.; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 371; salt malvarlığı zararı olduğu ve bu tür zararların da ancak istisnâî hâllerde tazmini gerektiği, dolayısıyla sözleşmeye müdahaleden doğan sorumluluğun olmaması gerektiği yönündeki fikirler için, bkz. § 4, A, 5.

(TBK m. 49/II). Çünkü alacak hakkını doğrudan koruyan norm, bu fikre göre bulunmamaktadır. Oysa fikir kendi içinde eleştiriye açık bazı noktalar barındırmaktadır.

İlk olarak alacak hakkı da tıpkı malvarlığında yer alan diğer konular gibi bir malvarlığı hakkıdır. Ne Anayasa’da ne de başka bir mevzuat hükmünde, alacak haklarının korumasız bırakıldığına dair bir hüküm vardır. Üçüncü kişilerin kasıtlı ihlallerinde bu hakkın korunmaması için hiçbir gerekçe yoktur. Diğer yandan, TBK m. 49/I’e göre zarar gören malvarlığı değerinin alacak hakkı olmayacağına dair herhangi bir kısıtlama da yoktur. Sadece mutlak hakların TBK m. 49/I kapsamında korunabildiğine dair yorum, doktrinde karşılaştırmalı hukuktan etkilenecek yapılan bir yorumdur. Dolayısıyla alacak hakkı temel bir koruma normu ile korunmuyor değildir. Bu noktada Anayasa birincil koruma normunu oluşturur. Ayrıca TTK da sözleşmeyi ihlale teşvik eden fiilleri doğrudan yasaklamaktadır. Alacak hakkını koruyan bir temel koruma normunun olmadığı kabul edilse bile, sözleşmeye kasıtlı müdahale ederek alacak hakkına zarar vermek dürüstlük kuralına aykırıdır. Dürüstlük kuralı ise TBK m. 49/I kapsamında kabul edilen temel koruma normlarından⁴⁷⁹. Bu sebeple alacak hakkı TBK m. 49/I çerçevesinde korunan bir hak olarak görülmelidir. Koruma için mevzuat değişikliğine ihtiyaç bulunmamaktadır. Üçüncü kişi müdahalelerinin, şartların varlığı hâlinde haksız fiil olarak görülmesi, korumanın zemini için yeterli olacaktır.

İkinci olarak değinilmesi gereken husus ise normun koruma amacı teorisinin ileri sürülme sebebi ile sözleşmeye müdahale durumlarının bağdaşp bağdaşmadığıdır. Teori, aynı fiilin birden fazla yararı ihlal ettiği durumlarda, hukuka aykırı ihlal kapsamında değerlendirilen hakkın, yalnızca koruma normunun doğrudan hedeflediği yarar olduğu fikrini temel almaktadır. Amacı sorumluluğu daraltmaktır. Oysa üçüncü kişinin müdahalesi ile alacak hakkının zarara uğratıldığı durum, bundan çok farklıdır. Çünkü

⁴⁷⁹ Bu konudaki fikirler için bkz. § 6, A, 4, a, aa.

burada fail doğrudan alacaklının menfaatini hedef olarak hareket etmektedir; yoksa bir konuya zarar verirken, aynı zamanda başkasının alacak hakkını da zarara uğratmış değildir. Örneğin, park yasağının amacı trafik güvenliğini sağlamaktır. Bu yasağa aykırı davranılarak bir kişinin aracına zarar verilirse, normun koruma amacı teorisine göre, park yasağı normundan yola çıkılarak bu zararın giderimi istenemez⁴⁸⁰. Oysa sözleşmeye müdahale edilerek alacak hakkına zarar verilen bir olayda, durum bundan çok farklıdır: Mesela, tâcir A daha fazla kâr elde etmek için tâcir B'nin sözleşme yapmış müşterilerini ikna yoluyla kendi işletmesine çeksin. Bu örnekte A, doğrudan B'nin alacak hakkını hedef almakta, fiilin başarıya ulaşması hâlinde B'nin zarar göreceğini bilmekte, kabullenmektedir. Dolayısıyla normun koruma amacı teorisinin işletilmesine zemin hazırlayan sebepler, sözleşmeye müdahalede yoktur. Sözleşmeye müdahalede failin kusurlu davranışı zaten doğrudan faile yöneliktir. Bu sebeple doğrudan sorumluluğa başvurulması gereken bir durum ortaya konulmaktadır.

İfade etmek gerekir ki, doğrudan ekonomik düzeni korumayı amaçlayan normlardan birinin ihlalinin, aynı zamanda kişisel menfaatleri zarara uğrattığı örneklerle de rastlamak mümkündür. Örneğin, rakiplerin teşebbüs ve faaliyetlerinin zorlaştırılmasının, kısıtlanmasının yasaklandığı Rekabet Kanunu m. 4/d'ye aykırı davranış, müşterileri ikna etmek suretiyle de gerçekleştirilebilir. Kanunun amacı rekabetin korunmasını sağlamaktır (4054 s. k. m. 1). Ancak ihlal gerçekleştiğinde hem rekabet düzeni hem de rakip firma zarar görebilir. Bu durumda normun koruma amacı teorisi kabul edildiğinde, rakip firma zararlarını bu norma dayanarak talep edemez. Oysa fiilin ne derece hukuka aykırı olduğu açıkça ortadadır. Sözleşmeye müdahale sorumluluğu da kabul edilmezse, rakip firma zararını ancak TBK m. 49/II kapsamında, fiil ahlâka aykırı olarak yorumlandığında talep edebilir. Ne var ki Türk Hukuku'nda

⁴⁸⁰ Örnek için bkz. Müller, s. 13, 14.

ahlâka aykırılığın yorumu konusundaki tutum oldukça sınırlayıcıdır⁴⁸¹. Böylece hukuki yarar açıkça korumasız kalmaktadır.

Normun koruma amacı teorisi bu şekilde dar yorumlandığı takdirde, sorumluluk sınırının zarar veren aleyhine çok fazla genişleyeceği düşünülebilir. Ancak bu noktada, normun koruma amacı teorisi ile bir sorumluluğun doğması için gerekli şartları aramanın birbirinden farklı olduğuna dikkat edilmesi gerekir. Örneğin, Orman Koruma Kanunu aleyhine kesim yapan idarenin bu kesim sonucu bir işçinin zarar görmesine sebep olduğu takdirde, işçi yakınlarının normun koruma amacı teorisi gereğince, söz konusu kanuna dayanarak zarar talebinde bulunamayacağı doktrinde ifade edilmektedir⁴⁸². Bu durumda işçi yakınlarının tazminat talep edememesi ne derece hukuka uygundur? Haksız fiilin şartları doğrudan oluşmaktadır. Ayrıca davacı mahkemeye sadece talebini belirtir; talebin hangi hukukî zeminde bulunacağını tespit etmek hâkimin işidir. Bir davada haksız fiil şartlarını göz ardı edebileceğine dair hâkimin önünde bir kural da yoktur. O hâlde normun koruma amacı teorisi gerekçesiyle alacak hakkının koruma dışı bırakılması hakkaniyete uygun bir sonuç değildir. Sorumluluk şartlarının oluşup oluşmadığı ile normun koruma amacı teorisinin farklılığını vurgulaması açısından şu örnek daha ayırt edicidir: A, işçi İ'ye olan husumeti dolayısıyla onu öldürse ya da yaralasa, onun işvereni B'nin A'dan haksız fiil dolayısıyla zarar talep etmesi mümkün değildir⁴⁸³. Çünkü burada A'nın kastı, B'nin işine zarar vermek değil, İ'ye zarar vermektir. B'nin zararı yansıma zarardır ve yansıma zararlar ancak kanunun izin verdiği hâllerde tazmin edilebilir⁴⁸⁴. Burada haksız

⁴⁸¹ Bkz. § 6, B, 1.

⁴⁸² BGE 30 II 372, karar için bkz. Eren, F., Borçlar Genel, s. 685; Kaneti, s. 187, 188; Oser/Schönenberger, s. 356, 357; bu unsurun zarar verme yasağının ihlali şeklinde ifadesi için, Deschenaux/Tercier, s. 43, 44. Aynı olayı konu alan diğer kararlar için bkz. Müller, s. 15.

⁴⁸³ Örnek için bkz. Müller, s. 11.

⁴⁸⁴ Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 318; bu tanımın yanı sıra ilk zarardan sonra meydana gelen zararlar için de aynı terimin kullanıldığı yönünde, Deschenaux/Tercier, s. 22; hukuka aykırılık bağının ayrıca aranması gerektiği ve ancak bu bağın varlığı hâlinde yansıma zararların tazmin edildiği yönünde, Kapancı, s. 37. Yansıma zarar ile dolaylı zarar kavramının farklı olduğu, dolaylı zararın nedensellik bağıyla, yansıma zararın ise aynı fiilden birden fazla kişinin zarar görmesi ile ilgili olduğu yönünde, Keller, s. 74.

fiil şartları oluşmadığı için B'nin zararı tazmin edilememektedir. Oysa yukarıdaki mevzuata aykırı ağaç kesme örneğinde, bir fiil doğrudan kişinin şahıs varlığına zarar vermiştir ve kusur, illiyet bağı, hukuka aykırılık gibi unsurlar açısından da haksız fiil şartları oluşmuştur. Yansıma yolla oluşan bir zarar söz konusu değildir.

Açıklanan sebeplerle alacak haklarının normun koruma amacı teorisi gerekçe gösterilerek koruma dışı bırakılmasını doğru bulmuyoruz. Normun koruma amacı teorisi, failin geniş sorumluluk alanını daraltmaya yönelik olarak ileri sürülmüş bir teoridir. Bir alacak hakkına gelen zararın tazmin edilip edilmeyeceği değerlendirilirken, haksız fiil şartlarının oluşup oluşmadığı göz önünde bulundurulmalıdır. Bu şartlar sağlandığı takdirde sorumluluğa hükmedilmeli, aksi hâlde tazminat talebi reddedilmelidir.

5. Haksız Fiilin Kusur Unsuru ve Bu Unsur Açısından Sözleşmeye Müdahalenin Değerlendirilmesi

Sözleşmeye müdahaleden dolayı sorumluluğun doğması için gerekli olan bir başka haksız fiil şartı kusurdur. Kusursuz sorumluluk türleri bir yana, hiçbir sorumluluk türünde failin kusuru olmaksızın zarardan sorumlu olması düşünülemez. Çünkü kusur, zararın faile isnat edilebilmesini, sorumluluğun ona yüklenebilmesini sağlar.

Çalışma kapsamında kusur konusu, Türk Hukuku'nun bu meseleye yaklaşımı çerçevesinde incelenmektedir. Ancak Mehaz Kanun olan İsviçre Borçlar Kanunu değişikliğinde, haksız fiil maddesine ilişkin büyük farklılıklar yer almaktadır. Türk Hukuku'na bu değişimin yansıması, farklı kusur görüşlerinin ileri sürülmesi şeklinde de ortaya çıkabilir. Bu sebeple taslağın kusurla ilgili kısmına çalışmanın bu bölümünde yer vermek istiyoruz.

İsviçre Borçlar Kanunu 2020 taslağı, kusurun anlamını Fransız Hukuku'ndaki anlayışla benzer şekilde yorumlayarak kusura yeni bir boyut kazandırmıştır. Taslağa göre kusur nesnel olarak anlaşıldığından, genel davranış yükümlülüğünün ihlali aynı zamanda

kusuru ifade eder⁴⁸⁵. Kusurlu davranış, kanunun öngördüğü davranış yükümlülüklerine veya genel sağduyu (dikkat, özen) yükümlülüğüne saygı göstermemek suretiyle oluşan davranıştır⁴⁸⁶. Kusurlu davranışın tespiti noktasında, failin özel yetenekleri de dikkate alınmalıdır: örneğin, entelektüel bir kişiliği sahip olan kimseden beklenen özen yükümlülüğü daha fazladır⁴⁸⁷. Ancak somut olayda kişiden uzman kişilerin davranış modeli beklentisi varsa, failin bireysel kapasitesi dikkate alınmaz⁴⁸⁸. Bir alanda uzman kimseler, bu alanda beklenen ortalama özenin altında bir özen gösterdiklerinde, ortalamanın altında yeteneğe sahip oldukları gibi bir mazeret kural olarak kabul edilmez⁴⁸⁹. Fakat bu özensizlik ehliyetsizlik gibi genel bir sebebe dayanıyorsa, kusur gerektirmeyen sorumluluk türleri dışında, fail yine zarardan sorumlu değildir⁴⁹⁰. Deneyimsizlik, öfkeli ya da âşık olma, hormonal ya da duygusal olarak rahatsız olma gibi durumlar, genel davranış yükümlülüğüne uygun davranmama konusunda bir mazeret olarak kabul edilmemelidir⁴⁹¹. Bu tür bir nesnel anlayış çerçevesinde düşünüldüğünde kusur, hukuka aykırı fiilden ayrı değerlendirilemez⁴⁹².

a) Genel Olarak Kusur ve Türleri

Kusur, benzer koşullar altında ortalama bir kişiden beklenen davranış biçimine uymayan davranışın vasfıdır⁴⁹³. Kusur değerlendirmesi failin zihinsel davranışı

⁴⁸⁵ Huguenin/Hilty, s. 158. Buna karşılık Müller'e göre kusurun ne olduğu davranış normundan ortaya çıkmaz, Müller, s. 21. Geleneksel kusur anlayışında mutlak hak ihlalinin kusur olarak anlaşıldığı yönünde, Vito, s. 63.

⁴⁸⁶ Huguenin/Hilty, s. 158; kötü davranış ya da irade zayıflığı sonucu özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi şeklindeki tanım için, Deschenaux/Tercier, s. 49.

⁴⁸⁷ Huguenin/Hilty, s. 158. Türk Hukuku'nda aynı yönde, Eren, F., Borçlar Genel, s. 654, 655.

⁴⁸⁸ Huguenin/Hilty, s. 158.

⁴⁸⁹ Huguenin/Hilty, s. 158.

⁴⁹⁰ Huguenin/Hilty, s. 158.

⁴⁹¹ Huguenin/Hilty, s. 158. Kişisel mazeretlerin göz önünde tutulmaması gerektiğine dair, Eren, F., Borçlar Genel, s. 663.

⁴⁹² Huguenin/Hilty, s. 158. Müller'e göre ise hukuka aykırılık ve kusur sorunlarının birleştirilmesi, eşyanın doğasındaki haklı gerekliliğe ve Art. 41 OR'in yapısına uygun değildir. Bu sorunların ayrı tutulması, bilimsel yönetime daha uygundur, Müller, s. 21.

⁴⁹³ Eren, F., Borçlar Genel, s. 653; Müller, s. 21; Becker, s. 226; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 45; hukuk düzenince benimsenmeyen zihin ve ruh hâli şeklindeki tanım için, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 492; aynı yönde Akıncı, Borçlar, s. 224; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 364; Keller/Gabi-Bolliger, s. 52; Keller, s. 115. Hukuk düzeni tarafından dayatılan ödevleri yerine getirmede eksiklik şeklindeki tanım için, Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 429.

hakkındadır; ona sitem edilmesinin sebebi, iradesini kötü ya da zayıf yönettiği içindir⁴⁹⁴. Gösterilmesi gereken davranış biçimi belirlenirken, o sosyal ve meslekî çevrede yaşayan kişinin makul davranış şekli göz önünde bulundurulur⁴⁹⁵. Böyle bir davranış sergileme imkânı varken bunu tercih etmeyen kimseler, başkasına verdiği zararlar ilgili kusurlu davranmış olurlar. Kusur, sorumluluğun ve miktarın belirlenmesinde kusur sorumluluğu için kurucu özelliğe sahiptir.

Türk Hukuku'nda kusur ile hukuka aykırı fiil farklı kavramlardır. Kusur, objektif ve sübjektif olmak üzere iki yönü ile değerlendirilir. Kusurun objektif yönü, aynı toplumda, sosyal ve meslekî açıdan aynı çevrede yaşayan, makul, dürüst, orta zekâda bulunan kişilerden beklenen davranıştan sapan davranıştır⁴⁹⁶. Sübjektif yönü ise failin sorumluluk ehliyeti ile ilgili olup, davranışın ona yükletilebilmesini ve zarardan sorumlu tutulabilmesini anlatır⁴⁹⁷. Bu da onun ayırt etme gücüne sahip olmasını gerektirir⁴⁹⁸. Tüzel kişiler kusurlu davranamazlar; ancak organlarındaki kişilerin kusurlu davranışları tüzel kişilere isnat edilebilir⁴⁹⁹.

Ayırt etme gücünün ortadan kalktığı durumlarda, kişilerin davranışlarını idrak ederek kontrol edebilmeleri düşünülemez. Bu sebeple fiil işlendiği anda ayırt etme gücü yoksa, fiil sonucu ortaya çıkan zarardan da sorumluluk yoktur. İstisnaen, ayırt etme gücünün geçici kaybına kişi kusurlu fiili ile neden olmuşsa (TBK m. 59) ya da ayırt etme

⁴⁹⁴ Müller, s. 21; Kaneti, s. 24; Deschenaux/Tercier, s. 49; Olgaç, s. 266; Keller/Gabi-Bolliger, s. 52; Becker, s. 226.

⁴⁹⁵ Eren, F., Borçlar Genel, s. 653.

⁴⁹⁶ Akıncı, Borçlar, s. 225; Eren, F., Borçlar Genel, s. 654; ortalama zarardan kaçınma noktasında, kanunen gerekli olan davranıştan sapmayı anlattığı yönünde, Keller/Gabi-Bolliger, s. 52.

⁴⁹⁷ Keller/Gabi-Bolliger, s. 52; Olgaç, s. 267; Eren, F. Borçlar Genel, s. 654; Müller, s. 22; Akıncı, Borçlar, s. 225; Kaneti, s. 25; Deschenaux/Tercier, s. 49; Oser/Schönenberger, s. 373.

⁴⁹⁸ Deschenaux/Tercier, s. 49, 50; Eren, F., Borçlar Genel, s. 656, 657; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 64; Müller, s. 22; Olgaç, s. 267; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 365; Kaneti, s. 25; Keller, s. 116; Oser/Schönenberger, s. 373; Hatemi/Serozan, s. 152, 153.

⁴⁹⁹ Eren, F., Borçlar Genel, s. 658; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 65; tüzel kişilerin de haksız fiil sorumluluklarının olabildiği yönünde, Oftinger/Stark, s. 6.

gücünden tamamen yoksun bir kimsenin hakkaniyet gereği zararı tazmin etmesi gerekiyorsa (TBK m. 65), zararın fail tarafından giderilmesine hükmedilir.

Sorumluluk hukukunda kusur temel olarak kast ve ihmal şeklinde sınıflandırılır. Hangi tür kusurun olduğu genel olarak önem taşımaz; her iki tür de az ya da çok miktarda etki etmek üzere failin sorumluluğuna sebep olur. Ancak TBK m. 49/II'de kastın ve TBK m. 294/I'de ağır kusurun aranması gibi bazı durumlarda, kusur türünün ayırt edilmesi gerekir. Yine TBK m. 52'de de failin hafif kusurunun olması durumunda, hükümdeki diğer şartları da sağladığı takdirde, hâkimin tazminatta indirim yapabileceği hükmüne yer verilmiştir.

Kast, failin hukuka aykırılığı bilerek ve isteyerek hareket ettiği durumlarda ortaya çıkan kusur hâlidir⁵⁰⁰. Böyle bir hâlde fail, zararlı ve hukuka aykırı sonucun kendi fiili ile ortaya çıkacağını, bilmekte, idrak etmekte ve istemektedir⁵⁰¹. Failin davranışı doğrudan bu sonuca yönelmiştir⁵⁰². Kastın tespitinde genel olarak, o sosyal ve meslekî çevredeki insanların ortalama davranışı dikkate alınmakla birlikte, eğer fail daha iyi bir bilgi ve yeteneğe sahipse, ortalama davranış değil, bu düzeydeki bir davranış göz önünde bulundurulur⁵⁰³.

Kast, bilme ve isteme şeklinde iki unsurdan oluşur⁵⁰⁴. Bilme, hukuka aykırı sonucun fail tarafından öngörülmesi, bilinmesi ya da tasarlanması hâlidir⁵⁰⁵. İrade dışı

⁵⁰⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 493; Eren, F., Borçlar Genel, s. 696; Müller, s. 21; Akıncı, Borçlar, s. 226; Olgaç, s. 268; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 365; Keller, s. 118; Kaneti, s. 27; Hatemi/Serozan, s. 155; Deschenaux/Tercier, s. 52; Becker, s. 226; Deutsch, s. 217; Oser/Schönenberger, s. 374; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 46; istenen veya kabullenilen durumlarda ortaya çıktığına dair, Keller/Gabi-Bolliger, s. 53.

⁵⁰¹ Akıncı, Borçlar, s. 226; Eren, F., Borçlar Genel, s. 659; Olgaç, s. 268; Kaneti, s. 27; Deschenaux/Tercier, s. 52; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 46; Keller, s. 118; Deutsch, s. 218.

⁵⁰² Deschenaux/Tercier, s. 52; Eren, F., Borçlar Genel, s. 659; Becker, s. 226.

⁵⁰³ Eren, F., Borçlar Genel, s. 659; Oser/Schönenberger, s. 376, 377; meslekî çevrede ya da sanat çevresindeki anlayışların dikkate alınmayacağı, çünkü bunların yanlış ve kötü gelenekler olabileceği hakkında, Deschenaux/Tercier, s. 54.

⁵⁰⁴ Kaneti, s. 27; Eren, F., Borçlar Genel, s. 659; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 365; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 47; Deutsch, s. 218; Oser/Schönenberger, s. 374.

⁵⁰⁵ Eren, F., Borçlar Genel, s. 659; hukuka aykırılığın bilinmesi gerekmediğine dair, Keller/Gabi-Bolliger, s. 53; aynı yönde Olgaç, s. 265.

olan bir fiil, haksız fiil sorumluluğu açısından zaten hareket olarak değerlendirilmez ve kural olarak sorumluluğa da sebep olmaz. Zararlı sonuç ile bu sonucun bir hukuk normunu ihlal ettiği bilinci ise kusur meselesini ilgilendirmektedir. Dolayısıyla fail, fiilinin sonucunu ortalama davranış tipine göre idrak edemiyorsa ya da fiilinin hukuka aykırılığını tespit edememişse sorumluluğu da doğmaz⁵⁰⁶. Ancak burada ifade etmek gerekir ki sonucun hukuka aykırılığını bilebilecek durumda iken bilmemek geçerli bir savunma kabul edilmemelidir. Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz⁵⁰⁷.

Kastın isteme unsuru ise fail tarafından öngörülen sonucun aynı zamanda arzu edilmesi, hiç değilse kabullenilmesidir⁵⁰⁸. Böylece failin doğrudan amaçladığı zararlar kadar, fiili icradan çekinmeyerek ortaya çıkması için göz yumduğu, umursamadığı ya da kabullendiği zararlar da sorumluluğu kapsamındadır. Failin doğrudan hedeflediği zararlı sonuçlar doğrudan kast sonucu ortaya çıkarken, öngörerek kabullendiği zararlar için dolaylı kastının olduğundan bahsedilir⁵⁰⁹.

Kusurun diğer türü olan ihmalde ise fail zararlı sonucu istemez; bununla beraber zararlı sonucu önlemek için gerekli özeni göstermemektedir⁵¹⁰. İhmalde failin fiili konusundaki iradesi tamdır, fiilinin sonucunu da öngörmektedir; ancak kendisinden beklenen özen yükümlülüğü yerine getirmediği için hukuk düzeni onu sorumlu

⁵⁰⁶ Eren, F., Borçlar Genel, s. 660; fiilinin ihlal ettiği hukuk kuralını bilmesi gerektiğine dair, Kaneti, s. 27. Ancak böyle bir şart fail için hukuk kuralını bilmediğini iddia ederek sorumluluktan kurtulma konusunda bir imkân oluşturacağı için düşünmeye değerdir. Genel hukuk prensibidir ki kanunu bilmemek mazeret sayılmaz.

⁵⁰⁷ Kılıçoğlu, s. 370; hukuk hatasının geçerli bir mazeret olarak kabul edilmediği hakkında, Deutsch, s. 230; Oser/Schönenberger, s. 375.

⁵⁰⁸ Tandoğan, Mes'uliyet, s. 47; Keller/Gabi-Bolliger, s. 53; Eren, F., Borçlar Genel, s. 659.

⁵⁰⁹ Eren, F., Borçlar Genel, s. 659; aynı anlamda kullanılmak üzere ihtimali kast için Tandoğan, Mes'uliyet, s. 47; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 493; dolaylı ve olası kast terimlerinin aynı anlamda kullanımı için, Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 365; Becker, s. 226; Keller, s. 118; Deutsch, s. 219; Oser/Schönenberger, s. 376; basit hile ve olası (muhtemel) hile terimleri ile ifade edilen aynı kast türü için, Deschenaux/Tercier, s. 52.

⁵¹⁰ Olgaç, s. 268; Eren, F., Borçlar Genel, s. 661; Müller, s. 22; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 494; Akıncı, Borçlar, s. 226; Keller, s. 119; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 366; Deschenaux/Tercier, s. 52; Foster/Sule, s. 487; Fuchs/Pauker/Baumgärtner, s. 98; Palandt ve diğerleri, s. 370; Becker, s. 226; Hatemi/Serozan, s. 155; taksir şeklindeki ifade için, Kaneti, s. 28.

tutmaktadır⁵¹¹. Gösterilmesi gereken özenin belirlenmesinde objektif bir değerlendirme yapılır; kural olarak kişisel özellikler ve yetenekler göz önünde bulundurulmaz⁵¹².

Öngörülebilirliğin değerlendirmesinde sonucun objektif olarak, aynı şartlarda bulunan kimseler tarafından öngörülebilir olması yeterlidir, failin ayrıca öngörmüş olması aranmaz⁵¹³. Sonucun miktar açısından net olarak öngörülmesi de gerekmez⁵¹⁴. Zararlı sonucun oluşacağının tahmin edilebilir olması yeterlidir.

İhmalin türleri ile ilgili doktrinde⁵¹⁵ çeşitli ayrımlar yapıyor olsa da temel olarak ihmal, ağır ihmal ve hafif ihmal olmak üzere ikiye ayrılır. Ağır ihmal makul bir insanın alması gereken en basit önlemlerin alınmamış olması hâlinde ortaya çıkan kusur türüdür⁵¹⁶. Sadece dikkatli kimselerden beklenen özen yükümlülüğünün ihmali de hafif ihmali anlatır⁵¹⁷. İhmalin ağır ya da hafif olması arasında, sorumluluğun azaltılması (TBK m. 52) veya sorumsuzluk anlaşmasının yapılamaması (TBK m. 115) gibi, kanunun öngörmüş olduğu bazı farklılıklar bulunmaktadır.

b) Sözleşmeye Müdahale Açısından Kusurun Değerlendirilmesi

Sözleşmeye müdahale dolayısıyla haksız fiil sorumluluğundan bahsedilebilmesi için failin mutlaka kusurlu davranmış olması gerekir. Haksız fiil sorumluluğunun bir gereği olarak, kusur olmaksızın failin ortaya çıkan zarardan sorumlu olması düşünülemez.

⁵¹¹ Eren, F., Borçlar Genel, s. 661; Palandt ve diğerleri, s. 370; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 366; Foster/Sule, s. 487; Keller/Gabi-Bolliger, s. 53.

⁵¹² Fuchs/Pauker/Baumgärtner, s. 98; Eren, F., Borçlar Genel, s. 661; Müller, s. 22; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 366; Deschenaux/Tercier, s. 53; Becker, s. 228; Vito, s. 64.

⁵¹³ Olgaç, s. 269; Eren, F., Borçlar Genel, s. 661; Deschenaux/Tercier, s. 53; Keller/Gabi-Bolliger, s. 55, failin özel koşulları mazeret göstererek sorumluluktan kurtulamayacağı, önemli olanın somut olay koşullarının gerektirdiği özeni gösterip göstermediği olduğu yönünde, s. 55; Becker, s. 228.

⁵¹⁴ Oser/Schönenberger, s. 376; Eren, F. Borçlar Genel, s. 664.

⁵¹⁵ Şuurlu ve şuursuz ihmal şeklindeki ayrım için, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 495; ağır-hafif ihmal şeklindeki ayrım için, Akıncı, Borçlar, s. 225; Olgaç, s. 268; Keller/Gabi-Bolliger, s. 54, 55; Keller, s. 127 vd.; Palandt ve diğerleri, s. 370; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 62; ağır-orta-hafif ihmal ayrımı için, Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 367, 368; bilinçli-bilinçsiz ihmal şeklindeki ayrım için, Deschenaux/Tercier, s. 53.

⁵¹⁶ Palandt ve diğerleri, s. 370; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 62; Eren, F. Borçlar Genel, s. 665; Akıncı, Borçlar, s. 226; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 367; Olgaç, s. 269; Keller/Gabi-Bolliger, s. 54.

⁵¹⁷ Eren, F. Borçlar Genel, s. 665; Akıncı, Borçlar, s. 226; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 62; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 368; Keller/Gabi-Bolliger, s. 54, Palandt ve diğerleri, s. 370.

Müdahale davranışının hukuk düzenince kınanamadığı ve zararlı sonucun faile isnat edilemediği yerde, kural olarak fail sorumlu olmaz.

Failin kusurlu davrandığından bahsedilebilmesi için ilk olarak onun kusur yeteneğine, dolayısıyla ayırt etme gücüne sahip olması gereklidir. Sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun kimselerin kural olarak haksız fiilden sorumlulukları olmadığından⁵¹⁸, sözleşmeye müdahale ettikleri takdirde de sorumlulukları doğmaz. Ancak hakkaniyet gereği zararın tazmini gerekiyorsa, hâkim tamamen ya da kısmen zararın fail tarafından giderilmesine karar verebilir (TBK m. 65). Ayırt etme gücü geçici olarak kaybedildiği sırada müdahale gerçekleşmiş ve alacaklı zarar görmüşse, bu durumda da geçici kaybın, failin kusuru sonucu olup olmadığına bakılmalı, kusuru olduğu takdirde zararı tazmin etmesine karar verilmelidir (TBK m. 59). Örneğin, bilerek alkol almak suretiyle sarhoş olan kimse, bu durumdayken bir kimsenin müşterilerini kendisi ile sözleşme yapması konusunda ikna ederse, ayırt etme gücünün kaybında kusuru olduğu için zarardan sorumlu olmalıdır.

Genel haksız fiil sorumluluğunda kusur kast ya da ihmal şeklinde ortaya çıkabilirse de sözleşmeye müdahale açısından bu türlerin hangisi açısından sorumluluğun olması gerektiği doktrinde tartışmalıdır. Aşağıda bu görüşler ışığında failin hangi tür bir kusura sahip olması gerektiği tartışılmaktadır.

aa) Kast

Sözleşmeye müdahale sebebiyle sorumluluğun olduğunu kabul eden hukuk sistemlerinin tümünde, failin kastından dolayı sorumlu olduğu istisnasız kabul edilmektedir⁵¹⁹. Böylece fail icra ettiği fiili sonucunda borçlunun borca aykırı davranarak

⁵¹⁸ Bkz. § 6, A, 5, a.

⁵¹⁹ Amerikan Hukuku için bkz. Stevens, s. 601; Dobbs, s. 337; Simmons/Kabacoff, s. 714; Simester/Chan, s. 135; Eulau, Comparasion, s. 49; Dowling, s. 490; Baez III, s. 100; Avrupa Hukuku için, DCFR, s. 3254. İsviçre Hukuku'nda bu yöndeki görüş için, Schluep, s. 278; İngiliz Hukuku için Armitage/Blanco White/Dias/Ellis Lewis/Hall/Jolowicz/Odgers/Wedderburn/Yale, s. 334.

sözleşmeyi ihlal edeceğini biliyor ya da bilmesi gerekiyorsa⁵²⁰; fakat buna rağmen fiili yapmaktan kaçınmamışsa, ortaya çıkan zarardan sorumlu olmalıdır.

Kast dolayısıyla sözleşmeye müdahale sorumluluğunun doğması için, kastın bilme ve isteme unsurlarının gerçekleşmesi gereklidir. Failin bilgisinin zorunlu olarak arandığı ilk unsur, alacaklı ile borçlu arasında kurulmuş olan sözleşmedir⁵²¹. Sözleşmenin varlığından failin haberdar olmaması ya da olmasının gerekmemesi dolayısıyla, fiilin sonucunda, borçlunun sözleşmeyi ihlal edeceğini öngöremediği veya öngörmesinin beklenmediği durumlarda, sorumluluğu da söz konusu olmamalıdır⁵²². Failin mevcut sözleşmeyi bütün hükümleriyle bilmesi gerekli değildir; ihlaline neden olunan hükmün bilinmesi sorumluluk için yeterlidir⁵²³. Bu bilgi elbette zorunlu olarak, sözleşmenin varlığını da bilmeyi gerektirir. Failin görmezden geldiği sözleşmeler için failin bilgisinin olduğu varsayılmaktadır⁵²⁴. Fail başta sözleşmeyi bilmiyor, ancak durumun sonradan farkına varmış olabilir. Böyle bir hâlde, fail sadece ihlale neden olmaya devam ederse sorumlu olmalıdır⁵²⁵. Çünkü bilginin arandığı an, sözleşmenin veya haksız fiilin sonuçlandığı andır; sonradan gelen bilgi sonucu değiştirmez⁵²⁶. Sözleşmenin varlığını bilme açısından failin bir araştırma yükümlülüğünün olmadığı da ifade edilmektedir⁵²⁷.

⁵²⁰ Baez III, s. 101.

⁵²¹ Dobbs, s. 338; Simmons/Kabacoff, s. 714; Baez III, s. 100; Dowling, s. 490; Koziol, s. 134; Schopf, s. 88. Üçüncü kişi alacağın varlığını biliyor ya da bilmesi gerekiyorsa sorumlu olmalıdır, Müller, s. 91. Ayrıca bkz. Stevens, s. 601; Schluep, s. 278; Simester/Chan, s. 154; Fransız Hukuku'ndaki aynı yönde uygulama için, Eulau, Comparasion, s. 55; Barlas, Müdahale, s. 435; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 482, ancak yazarlara göre sorumluluk TBK m. 49/II kapsamında doğabileceği için, sırf sözleşmenin bilinmesi sorumluluk için yeterli olmayıp, aynı zamanda failin özel olarak zarara uğratma kastı taşıması gerekir, s. 482.

⁵²² Schluep, s. 278; ancak kişinin kamuya açıklık unsuru olmadığı için bilmesinin beklenmediği bir bilgiye erişmesi, dolayısıyla somut olayda bilgi sahibi olması durumunda yine sorumluluğunun olması gerektiğine dair, Koziol, s. 180, 181.

⁵²³ Bkz. Stevens, s. 602.

⁵²⁴ Bkz. Stevens, s. 603, zararın oluşabileceğini öngörüp buna rağmen görmezden geldiği durumlarda da sorumluluğun olduğuna dair, s. 609. Bir sözleşmenin var olduğunu failin ciddi bir düşünüşle bilebildiği durumlarda sorumluluğun olduğuna dair, Schluep, s. 278. “Bilebilecek durumda olma”nın haksız fiil sorumluluğu için yeterli olduğu, dürüstlük kuralının bir gerekliliği olarak, sözleşmelere hâkim olan nispi ilkesinin böyle bir hâlde genişlediğine dair, Işıktaç, s. 319.

⁵²⁵ Armitage/Blanco White/Dias/Ellis Lewis/Hall/Jolowicz/Odgers/Wedderburn/Yale, s. 324; ayrıca bkz. Stevens, s. 604, 605.

⁵²⁶ Müller, s. 101.

⁵²⁷ Schluep, s. 278; Müller, s. 99.

Bilinmesi gerekli olan sözleşme, geçerli ve uygulanabilir (yürürlüğe konulabilir, dava edilebilir) bir sözleşme olmalıdır⁵²⁸. Ehliyetsizlik, emredici kurallara aykırılık gibi sebeplerle geçersiz olan bir sözleşmeye müdahale edilmesi, haksız fiil sorumluluğuna yol açmaz⁵²⁹. İptal edilebilir bir sözleşmeye müdahaleden doğan sorumluluk için ise; sözleşmenin iptali için harekete geçildiği bir durumda sorumluluğun olmadığı, buna karşılık sözleşmedeki sakatlığa rağmen tarafların sürdürmek istediği bir sözleşmeye müdahalenin sorumluluğa yol açtığı ifade edilmektedir⁵³⁰. Bir görüş⁵³¹ de iptal edilebilir bir sözleşmeye müdahalenin sorumluluğa yol açmadığını söyler.

Sözleşmenin bir tarafı mağdur edilerek, örneğin gabin sonucu, sözleşme kurulmuş ve bu sözleşmeye müdahale suretiyle ihlaline sebep olunmuşsa, sorumluluk açısından bir ayırım yapılması gerektiği; hukuka aykırı davranan taraf ihlale teşvik edilmişse, diğer tarafın bundan mağdur olmayacağı, hatta kârlı bile çıkabileceği, mağdur olan taraf ihlale teşvik edildiği takdirde ise, teşvik edenlerin basit tavsiye veren ya da avukat gibi kimselerin olması hâlinde sorumluluğun olmaması gerektiği, aksi takdirde ise sorumluluğun olduğu belirtilmektedir⁵³². Dava ile ifası istenemeyen bir sözleşmenin ihlali için müdahalede ise yeknesak bir kabulün olmadığından bahsedilir⁵³³. Türk Hukuku açısından da sorun, bir ayrıma gitmek suretiyle ve her olayı kendi içinde değerlendirilerek çözülmelidir. Örneğin şekle riayet edilmemesi nedeniyle geçersiz olan bir taşınmaz satış sözleşmesine müdahale edilmesi ve taşınmazın daha sonra üçüncü kişiye satılması hâlinde, sözleşme geçersiz olduğu için kural olarak sorumluluk olmadığı kabul

⁵²⁸ Bkz. Stevens, s. 613; Simester/Chan, s. 135; Eulau, Comparasion, s. 48; Dowling, s. 513; hukuken geçerli bir sözleşme olması gerektiğine dair, Simmons/Kabacoff, s. 714; Schopf, s. 99; haksız rekabet hükümleri ile ilgili aynı yönde, Sarıkaya, s. 72; Öztekin, s. 428; hizmet sözleşmesi ile ilgili aynı yönde, Şenocak, s. 214.

⁵²⁹ Bkz. Stevens, s. 613; Şenocak, s. 214; Sarıkaya, s. 72. Hukuka aykırı ya da kamu yararına aykırı anlaşmanın ifa edilmemesini sağlamanın sorumluluğa neden olmayacağına dair, Eulau, Comparasion, s. 54

⁵³⁰ Bkz. Stevens, s. 614. Hizmet sözleşmesi ile ilgili olarak aynı yönde, Şenocak, s. 214.

⁵³¹ Baez III, s. 101; Kapancı, s. 92.

⁵³² Bkz. Stevens, s. 614.

⁵³³ Bkz. Stevens, s. 615, 616.

edilmelidir. Fakat şekil geçerli olmasa da taraflar reddedilmeyecek şekilde borçlarını ifa etmişlerse, bundan sonra sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürmek dürüstlük kuralına aykırı olduğundan⁵³⁴, müdahale sebebiyle sorumluluk da kabul edilmelidir.

Taraflardan birine, belli şartlar gerçekleştiğinde sözleşmeyi ortadan kaldırma imkânı veren bir sözleşmenin varlığı hâlinde, Amerikan Mahkemeleri sorumluluğun yine var olduğunu kabul etmektedir⁵³⁵. Türk Hukuku'nda ise hizmet sözleşmesinin usulüne uygun feshine sebep olan kimsenin kural olarak sorumluluğunun olmadığı belirtilmektedir⁵³⁶. Bir görüşe⁵³⁷ göre ise inisiyatifi borçlunun mu yoksa üçüncü kişinin mi aldığı belirleyici olmalıdır. Sözleşmenin fesih anında hâlâ var olduğundan yola çıkan bir görüş⁵³⁸ de bu tür bir sözleşmenin müdahaleye uygun olduğunu söyler.

Var olan bir sözleşmeye müdahale şartı arandığı için henüz sözleşme görüşmeleri aşamasında müdahalenin gerçekleştiği durumlarda bir fikre⁵³⁹ göre sorumluluk olmamalıdır. Diğer bir fikre⁵⁴⁰ göre ise bu durumda da failin sorumluluğuna gidilmelidir. Sorumluluğun sözleşme görüşmelerine genişletilmesi, zararın tespit edilebilirliği ve mahkemelerin soyut taleplerle meşgul edilmesi açısından sorun oluşturabilir. Ancak özellikle ticarî hayatta bazı hâllerde, henüz kurulmuş bir sözleşme olmasa bile, ticarî ilişkilerin bozulması da önemli zararlara yol açar. Örneğin, yabancı bir yatırımcının üretim konusunda bir firmaya iş vermeyi düşündüğü, fakat tam sözleşmenin yapılacağı sırada, rakip firmanın yatırımcıyı caydırdığı bir hâlde, üretici firma büyük bir ekonomik fırsatı kaçırmış olur. O hâlde sorumluluğun sözleşme görüşmelerine ya da diğer

⁵³⁴ Yargıtay İBBGK, T. 30.09.1988, E. 1987/2, K. 1988/2, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/e-1987-2-k-1988-2-t-30-9-1988> (Erişim Tarihi: 16.10.2022).

⁵³⁵ Baez III, s. 101; ilgili kararlar için bkz. Stevens, s. 616.

⁵³⁶ Şenocak, s. 214, 222, (haksız rekabet teşkil etmesinin ancak belli şartların gerçekleşmesi hâlinde söylenebileceğine dair, s. 223 vd.); Öztekin, s. 428.

⁵³⁷ Merz, Obligation, s. 59.

⁵³⁸ Sarıkaya, s. 74.

⁵³⁹ Şenocak, s. 214; Sarıkaya, s. 72; kural olarak sorumluluğun olmaması gerektiği, ancak ağırlaştırıcı koşullar varsa BGB § 826 (TBK m. 49/II) kapsamında sorumluluğa başvurulabileceği yönünde, Schopf, s. 103.

⁵⁴⁰ Çağlayan Aksoy, s. 439; Barlas, Müdahale, s. 430, 431; Baez III, s. 101.

ekonomik ilişkilere genişletilmesi, ancak ilişkilerin ve görüşmenin somut olarak ortaya konabildiği durumlara inhisar ettirilmelidir.

Taraflar geçersiz bir sözleşmeyi geçerliymiş gibi ifa etmeye devam etmişlerse, böyle bir sözleşmeye müdahale edilmesinin haksızlık teşkil etmediği belirtilir⁵⁴¹. Bir sözleşmenin varlığı gerekli olduğu için bu fikir kabule şayandır. Ancak sözleşmenin hükümsüzlüğünü ileri sürmek müdahale olayında kötüye kullanılıyorsa, bu durumda sözleşmenin olmadığı savunmasını mahkeme kabul etmemelidir.

Ard ardına yapıp ifa edilen sözleşmelerin varlığı hâlinde bu ilişkinin ihlaline teşvik etmenin sorumluluğu gerektirmediği de ileri sürülmektedir; zira bu görüşe⁵⁴² göre burada her sözleşme ifa ile ortadan kalktığı için geçerli bir sözleşmenin varlığı şartı sağlanmış olmaz. Ancak burada söz konusu ilişkiler açısından bir ayırım yapılmalıdır. Art arda teslimli bir sözleşmede, ortada tek bir sözleşme vardır; ancak bu sözleşmenin ifa süreci bir zamana yayılmıştır⁵⁴³. Dolayısıyla burada birden fazla sözleşmeden değil, tek bir sözleşmeden söz edilir. Bir edimin muaccel olup ifa edilmesi de sözleşmenin sona erdiği anlamına gelmez. Böylece sözleşme varlığını halen koruduğu için müdahaleye uygun bir durumdadır. Ancak ardı ardına yapılan sözleşmeler terimi, bu durumdan farklı bir ilişkiyi ifade eder. Burada tarafların başta yaptıkları bir çerçeve sözleşme vardır⁵⁴⁴. Fakat taraflar ihtiyaçlarına binaen alt sözleşmelerin içeriğini ilerleyen zamanlarda somutlaştırmaktadırlar. Örneğin, bir restoran et üreticisinden et temin etmek üzere bir çerçeve sözleşme yapar. Ancak aylık et ihtiyacı bir hafta 50 kg. iken, diğer hafta 75 kg.

⁵⁴¹ Sarıkaya, s. 73.

⁵⁴² Sarıkaya, s. 73, 74.

⁵⁴³ Burada bir tek sözleşme, ancak muacceliyet kazanması gereken birden fazla edimin söz konusu olduğu yönünde, Kuntalp, Erden: Ard Arda Teslimli Satım Akdi, Ankara 1968, s. 24; aynı yönde, Doğu, Hakkı Mert: Ardı Ardına Teslimli Satış Sözleşmesi, 1. Baskı, Ankara 2020, s. 51. Burada bir sözleşmeden bahsedilmeyip, bir çerçeve sözleşme ve bunun altında yer alan münferi edimleri konu alan diğer sözleşmeler olduğuna dair, Eren, F., Borçlar Genel, s. 615.

⁵⁴⁴ Çerçeve sözleşmede taraflar aynı türden olan birden fazla sözleşme yapmayı hedeflerler; ancak bunun bazı ortak hükümlerini çerçeve sözleşmede belirlerler, Barlas, Nabi: “Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Nitelikleri”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, 2. (Tıpkı) Baskı, İstanbul 2001, s. 807-828 (Barlas, Çerçeve), s. 808; Eren, F., Borçlar Genel, s. 227; Oğuzman/Öz, Cilt-1, s. 49.

olabilir. Bu sebeple alt sözleşmeler ilk ihtimalden farklı olarak aynı türden edimleri içermez. Fakat burada sözleşmeye müdahaleye uygunluk açısından böyle bir ayrım yapmaya gerek yoktur. Çünkü ikincisinde de çerçeve sözleşme varlığını devam ettirmektedir. Ayrıca böylesi sürekli bir borç ilişkisi, tarafların birbirlerine duydukları güveni daha fazla vurgular. Dolayısıyla hem ardı ardına teslimli sözleşmeler hem de çerçeve nitelikli sözleşmeler, sözleşmeye müdahaleye uygun olan ve bu fiillere karşı korunması gereken sözleşmelerdir.

Bir görüşe⁵⁴⁵ göre failin kastı, sözleşmenin ihlali ile alacaklıyı zarara uğratmak olmalıdır. Diğer bir fikre⁵⁴⁶ göre ise kast zarara değil, borçlunun borca aykırı davranmasına yönelmelidir. Bir kimsenin bir sonuca yönelik kasıtlı davranıp davranmadığı, failin iç dünyasına ilişkin bir konudur. Bu sebeple tespiti zordur. Zarara yönelik bir kast arandığı takdirde fail, hareketindeki amacının alacaklıyı zarara uğratmak değil, kendi ekonomik faaliyetini gerçekleştirmek olduğunu ileri sürebilir. Bunun aksini ispat etmek ise davacı için çok güçtür. Dolayısıyla sorumluluğun işlevsel hale getirilebilmesi için hareket sonucunda borçlunun borca aykırı davranacağını temin etme kastı yeterli sayılmalıdır. Diğer yandan fail alacaklıyı zarara uğratmamayı; fakat bu ilişkinin bozulmasından kendisine yarar sağlamayı amaçlamış da olabilir. Böyle bir amaç da yine sözleşmeye müdahale edilmiş olduğu sonucunu ortadan kaldırmaz. Çünkü fiilin doğal sonucu, borçlunun borca aykırı davranışdır. O hâlde fail, davranışının doğal ve muhtemel sonucunda sözleşmenin ihlal edilebileceğini biliyorsa ya da bilmesi gerekiyorsa, kast unsuru gerçekleşmiş kabul edilmelidir⁵⁴⁷. Ayrıca zarar kastı aranmamalıdır. Sözleşmeye müdahale hâlinde failin, davranışının doğal ve tahmin

⁵⁴⁵ Bkz. Stevens, s. 609; sorumluluğu TBK m. 49/II kapsamında kabul ederek bu hüküm açısından mutlaka özel zarar verme kastının gerçekleşmesi gerektiği yönünde, Kapancı, s. 31, 94; Barlas, Müdahale, s. 437; Şenocak, s. 229; Groh, s. 129.

⁵⁴⁶ DCFR, s. 3257; Simester/Chan, s. 154.

⁵⁴⁷ Simester/Chan, s. 155, 159; Baez III, s. 101; ayrıca bkz. Stevens, s. 611.

edilmesi güç olmayan sonuçlarıyla birlikte sözleşmeyi ihlale sebep olacağını bilmesi, kastının oluşması için yeterlidir.

Kastın varlığı ispatlandıktan sonra, bu kastın arkasındaki saik, sorumluluk açısından önemli olmamalıdır. Doktrinde de failin müdahale amacının ya da ek diğer amaçlarının önemli olmadığı⁵⁴⁸, kâr elde etme amacı taşımasının gerekmediği⁵⁴⁹ ifade edilmek suretiyle bu fikir desteklenmektedir. Gerçekten de failin bazı saiklerle fiili gerçekleştirmesinin aranması, ceza hukukunda dahî, yalnızca ağırlaştırıcı sebepler uygulandığı zaman mümkündür. Kusur araştırmasının bu hukuk dalındaki kadar ince yapılmadığı sorumluluk hukukunda, evleviyetle saik ya da başka amaç araştırmasından vazgeçilmelidir. Önemli olan failin sözleşmenin varlığı ile hareketi sonucu bu sözleşmenin ihlal edileceğini bilmesi, göze alması veya bilebilecek durumda iken sonucun oluşmasına göz yummasıdır. Sözleşmenin bozulması ile yeni bir sözleşme kurmak, alacaklıyı zarara uğratmak, alacaklının işletmesinin iflas etmesini ya da müşteri kaybetmesini sağlamak gibi amaçlar, kusur tespiti için önem arz etmemelidir.

Konu ile ilgili olarak ortaya konulması gereken diğer bir mesele de kastın kin güderek, kötüniyetle veya hukuka aykırı araç kullanmak suretiyle yansıtılmasının gerekli olup olmadığıdır. Karşılaştırmalı hukukta sorumluluğun ilk uygulamalarında, kastın tespiti için kötüniyetli olarak ya da kin güderek müdahale fiilinin yapılması gerekliliği aranmıştır⁵⁵⁰. Bugün için kötüniyetli davranmış olma fikri terk edilmiştir; fakat hukuka

⁵⁴⁸ Zulliger, s. 20.

⁵⁴⁹ Şenocak, s. 201, haksız rekabet alanında diğer işletmeyi zarara uğratma amacının arandığı, ancak bunun tespitinin zorluk arz ettiği, bu yüzden hâkimin emarelerle hareket etmesi gerektiği yönünde, s. 229 vd. Haksız rekabet hükümlerinde yer alan örnekseyici sayımlarda belli bir amaç arandığı görülse de bu hükümler sınırlı sayıda olmadığı için belli bir amaca yönelik müdahale fiilinin varlığı aranmamalıdır.

⁵⁵⁰ Simmons/Kabacoff, s. 714, 715; Baez III, s. 101; Dobbs, s. 337-342, bunun tespitinin çok zor olduğu yönünde, s. 349. İsviçre Federal Mahkemesi içtihatlarına göre, sözleşmeye müdahalenin varlığı ancak üçüncü kişinin kinci davranışları, intikam alma saiki taşıması gibi durumlarda hukuka aykırı hâle gelebilir, BGE 57 II 339, BGE 52 II 377, kararlar için bkz. Şenocak, s. 220; bu içtihatlara atıf yapılan bir karar, şartı şöyle ifade etmektedir, “...İçtihat Hukukuna göre, bir sözleşmeyi ihlalden yararlanmanın hukuka aykırı görülebilmesi ancak, tedarikçi adına intikam duygusuyla ya da kötü niyetli olarak aldatma kastıyla hareket edilmesi gibi hâllerde mümkündür...”, BGE 114 II 91, S. 101, <https://www.bger.ch/ext/eurospider/> (Erişim Tarihi: 04.04.2022).

aykırı bir araçla ihlale sebep olma şeklindeki gereklilik tartışılmaktadır. Bir kısım görüş sahiplerine⁵⁵¹ göre kastın mutlaka hile, aldatma, karşı tarafı yanıltma, karalama gibi araçlarla ortaya konulmuş olması gerekirken; aksi yöndeki görüşe⁵⁵² göre böyle bir şart gerekli değildir, kasıtlı ve hukuka aykırı olan tüm müdahaleler sorumluluk kapsamında olmalıdır. Müdahalenin hukuka aykırı bir araçla ya da salt kinci davranışlarla gerçekleştirilmesinin aranması, sorumluluğun uygulama alanını daraltan şartlardır. Diğer yandan böyle şartların kabul edilmesi, söz konusu hususların tespit edilmesi noktasında mahkemeleri zorlar. Bir kimsenin kin, intikam duygusuyla mı yoksa ticarî amaçlarla mı hareket ettiği failin iç dünyasına ve iradesine ilişkin bir meseledir. Davacının kusuru ispat yükü altında olduğu böyle bir davada, kastın bu tür özel dış vurumlarla gerçekleşmesinin aranması, davacının bunu ispat edebilmesine imkân vermeyeceğinden, davanın uygulama kabiliyetini ortadan kaldırır. Dolayısıyla bu davada davacının genel kastı ispat etmesi yeterli sayılmalıdır. Failin müdahale fiilindeki saiki veya kullandığı aracın türü önemli olmamalıdır. Gerçekten de sözleşmeye müdahale edildiği ve bunun sonucunda sözleşme ilişkisinin ihlal edileceğinin bilindiği veya bilinebildiği bir durumda, fiilin zarar vermek amacıyla mı yoksa kâr gütmek amacıyla mı ya da borçlunun kandırılarak mı veya ikna edilerek mi işlendiği, fiilin kınanabilirliği açısından önemli değildir. Sayılan durumların hepsinde, failin kusuru oluşmaktadır.

⁵⁵¹ Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 371; Keller/Gabi-Bolliger, s. 49; bu görüşün önemli savunucularından olan Perlman’a göre, ihlalin doğrudan mutlak bir hakkı ihlal etmek suretiyle hukuka aykırılık teşkil ettiği hallerde, davacının talebi kabul edilmelidir; ancak bunun dışında kalan ihlallerde, müdahalenin hukuka aykırı bir araçla gerçekleşip gerçekleşmediği test edilmelidir, Perlman, Harvey S.: “Interference with Contract and Other Economic Expectancies: A Clash of Tort and Contract Doctrine”, The University of Chicago Law Review, Vol. 49:61 Y. 1982, p. 61-129, <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4262&context=uclrev> (Erişim Tarihi: 04.04.2022), s. 128; hukuka aykırı araç testinin, dava sınırlarını daha iyi çizeceği yönünde, Dowling, s. 518, 519.

⁵⁵² Müller, s. 99. Günümüz Amerikan Hukuku uygulamasının bu yönde olduğuna dair, Simmons/Kabacoff, s. 714; yazarlar hukuka aykırı araçla müdahalenin gerçekleşmesini beklemenin, dava uygulamasını daralttığını belirtmektedir, s. 726; bu tür araçların gerekmediğine, yalnızca kastın yeterli olduğuna, hareketin yegâne kastının ihlal olmasının gerekmediğine dair, Eulau, Comparasion, s. 49; hukuka aykırı araçla ya da hukuka aykırı saikle ihlale sebebiyet vermenin aranmasının çok belirsiz bir alan olduğuna dair, Baez III, s. 101.

bb) İhmal

Sözleşmeye müdahale edilmesi, ihmal şeklindeki bir kusurla da işlenmiş olabilir. Bu durumda bir görüş⁵⁵³ failin zararlardan sorumlu olmadığını kabul edilmektedir. Diğer bir görüşe⁵⁵⁴ göre ise söz konusu hâlde de sorumluluk olmalıdır. TBK m. 49/I'nin uygulamasında kusur türü açısından herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Kastî ya da ihmalî şekilde gerçekleştirilen zarar, diğer şartlar da var olduğu takdirde tazminata hükmedilmesi açısından yeterlidir. Bu durum ancak tazminatın takdirinde göz önünde bulundurulur (TBK m. 51).

İhmalî hareketin sorumluluğa yol açıp açmadığı, ticarî hayat açısından daha fazla öneme sahiptir. Çünkü tâcir kimseler basiretli tâcir olarak hareket etmekle yükümlüdür (TTK m. 18/2). Basiretli bir tâcir, geleceğin ekonomik şartlarını düşünebilmeli⁵⁵⁵ ve ticarî hayatın gerektirdiği tüm tedbirleri alabilmelidir⁵⁵⁶. Böylece tâcir, hareketlerinin sonucunda ne olacağını önceden tahmin edip, hareketlerini buna göre yönlendirecek bir yeteneğe sahip olmalıdır. Bir başkasına yaptığı sözleşme teklifinin ya da sarf ettiği birtakım sözlerin, sözleşmesel ilişkinin ihlali ile sonuçlanabileceğini öngörmelidir. Tâcir, basiretli davranma yükümlülüğüne aykırı hareket ettiği takdirde, bundan doğan zararı gidermekle yükümlüdür⁵⁵⁷. Elbette bu özen yükümlülüğü hem objektif hem sübjektif yönden araştırılmalıdır. Örneğin, hammadde kıtlığının yaşandığı bir piyasada, hammaddenin daha önce A'ya satıldığı, fakat B'nin hammadde temin eden C'yi ikna

⁵⁵³ DCFR, s. 3254; Schluep, s. 278, Koziol, s. 181, 201.

⁵⁵⁴ Simester/Chan, s. 155. California eyaletinde bu yöndeki uygulama için, Dobbs, s. 335.

⁵⁵⁵ Bingöl, Muhammet Emin: Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Yükümlülüğü: Özellikle Tacirin Ücret ve Cezai Şartın İndirilmesini İsteyememesi, 1. Baskı, İstanbul Ekim 2018, s. 8; Poroy/Yasaman, s. 179; öngörülü bir tacirden beklenen özenin gösterilmesi gerektiği hakkında, Arkan, s. 153; aynı yönde, Bozer/Göle, s. 108; Şener, s. 188.

⁵⁵⁶ Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 153; Bozer/Göle, s. 108; Kizir, Mahmut: “Yargıtay Kararları Işığında Basiretli İşadamı gibi Hareket Etme Yükümlülüğünün Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanmasına Etkisi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 2, Y. 2011, s. 245-282, s. 249; Arkan, s. 153, 154; Poroy/Yasaman, s. 179; Şener, s. 188.

⁵⁵⁷ Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 153; bu sıfatla tâcirin külfeti de kapsayacak şekilde geniş bir sorumluluk altına girdiği yönünde, Poroy/Yasaman, s. 179; tâcirin basiretli davranmadığında ortaya çıkan zararı gidermekle yükümlü olduğunu gösteren bir örnekle aynı yönde, Şener, s. 189.

ederek, söz konusu hammaddelere daha yüksek fiyatla alıcı olduğunu bildirdiği bir durumda B, A'nın zararından sorumlu olmalıdır. Çünkü üretim sektöründe ve ayrıca hammadde kıtlığının yaşandığı bir piyasada, hammaddeyi kimlerin temin ettiğini bilmemek, anlaşılamaz bir durum değildir. Böyle bir piyasada hammaddenin önceden alınmış olabileceğini tahmin etmek, objektif olarak mümkündür. Buna ek olarak daha yüksek fiyat teklifinde bulunmak da kastı belirginleştiren bir olaydır. Fakat hammadde kıtlığının yaşanmadığı, herhangi bir üreticiden hammadde temin edilebildiği bir durumda, hammaddenin önceden başkasına satıldığını bilmeyen bir kimsenin, sorumluluğundan da bahsedilemez. O hâlde tarafların özen yükümlülüğünün derecesi, bulundukları piyasa şartları da göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir.

Üçüncü kişinin tacir olmadığı bir hâlde ise özen yükümlülüğü daha hafif tutulmalıdır. Böyle bir durumda kişiler, ancak sözleşmenin farkında olabilecekleri bazı olaylar gerçekleşmişse ihmali davranabilirler. Örneğin, K'nın evi için halı almaya gittiğini, mağazada beğendiği bir halıya başka bir alıcı bakarken, satıcının bu halıdan bir adet kaldığını konuşmaları duyarak öğrendiğini düşünelim. Diğer müşteri mağazadan ayrıldıktan sonra, satıcı bu halıyı K'ya satmaya çalıştığı takdirde, K önceki müşterinin halıyı almış olup olmayacağını düşünerek hareket etmelidir. Fakat böyle bir olaya tanık olmasaydı, halının daha önce satılmış olabileceğini K'nın tahmin etmesi beklenemezdi. Dolayısıyla âdi işlerde, ihmal şeklindeki kusur tespiti, daha sübjektif bir değerlendirmeyi gerektirecektir. Bu hâlde bir yandan olayın şartlarında genel olarak kişilerin nasıl hareket edeceği düşünülmesi gerekirken, diğer yandan da failin kendi olayına özgü olarak edindiği bilgiler göz önünde bulundurulmalıdır.

İhmalin ağırlığı veya hafifliği de sorumluluk olan kişi ve sorumluluk miktarı açısından önem taşır. Sözleşmenin gözetilmesi konusunda ağır ihmalde bulunan kimse, tacir olsa da olmasa da zarardan sorumlu olmalıdır. Buna karşılık hafif ihmalle bir başkasının sözleşme ilişkisinin ihlaline sebebiyet veren kimse eğer tâcirse, bu ihmali de

ağır ihmal gibi değerlendirilmelidir⁵⁵⁸. Çünkü tâcirlerin ilgili oldukları alanda göstermeleri gereken özen yükümlülüğü, olağan kimselere nazaran daha fazladır.

Bir başkasına verilen tavsiyede de ihmal söz konusu olabilir. Bu konuda tacir ve mesleki uzmanlığı olan ya da tavsiyeyi bir anlaşma gereği yapan kimseler ile olağan kimseler arasında bir ayrım yapılmalıdır. Tavsiye verenin olağan bir kimse olduğu ve tavsiye veren ile alan arasında sözleşmesel ilişkinin olmadığı bir durumda tavsiye verenin amacı, borçlunun ifayı yeniden düşünmesini sağlamaksa sorumluluğun olacağı; bununla beraber ihlal tavsiye veren için önemsizse ya da karar alındıktan sonra tavsiyede bulunmuşsa sorumluluğun söz konusu olmadığı belirtilmektedir⁵⁵⁹. Verilen tavsiyeye uyulması tavsiye veren için önemli ise zaten kasttan dolayı sorumluluk doğar; çünkü tavsiye veren fiili ile zaten doğrudan ihlali hedeflemektedir. Fakat verilen tavsiyeye uyulması, veren için önemsizse o zaman failin kusurunun, özellikle ihmalinin olup olmadığı değerlendirilmelidir. Örneğin, tencere markası konusunda komşusu K'ya danışan E, tavsiye aldıktan sonra, daha önce satın aldığı tencereyi iade ederse, burada K'nın sorumluluğu olmamalıdır. Çünkü K'nın ihmal derecesinde bile kastı yoktur; E'nin tencere almadan önce görüş sorduğunu düşünerek de K tavsiye verebilir. Ayrıca bu tür basit tavsiyeler, kast olmadan yapıldığından dolayı sorumluluğa sebep olmamalıdır.

Tavsiye veren kişi tâcir ise ya da tavsiyeyi bir sözleşmedeki borcunu ifa amacıyla veriyorsa durum elbette daha farklı değerlendirilir. Örneğin bir avukatın müvekkilinin haklarını korumak adına ya da bir yatırım danışmanlığı şirketinin başvurana verdiği

⁵⁵⁸ “...Bir güven kurumu olarak, basiretli tacir gibi davranması gereken bankalar, 818 sayılı BK'nın 99/2 ve 6098 sayılı TBK'nın 115/3 madde ve fıkraları uyarınca objektif özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden kaynaklanan hafif kusurlarından dahi sorumlu olup, banka olmaları nedeniyle de diğer tacirlere nazaran bütün hukuki ilişkilerinde daha yüksek özen borcu altındadırlar...”, Yargıtay 11 Hukuk Dairesi, T. 27.01.2016, E. 2015/10105, K. 2016/901, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2015-10105-k-2016-901-t-27-1-2016> (Erişim Tarihi: 05.04.2022). Yargıtay bu yorumu, bankaların çalıştığı alanı, TBK m. 115 kapsamında uzmanlık gerektiren bir meslek olarak gördüğünden dolayı yapmış olsa da Yüksek Mahkeme'nin hafif kusuru tacirler için sorumluluk sebebi olarak görmesi noktasında karar önemlidir.

⁵⁵⁹ Simester/Chan, s. 160.

tavsiye durumu hukuka uygun hale getirir. Taraflar arasında hukuka uygunluk sebebi özelliğine sahip bu tür bir sözleşmenin olmadığı durumda ise Federal Mahkeme, tacirin verdiği bilgidan doğan zararın, TBK 49/I (İBK m. 41) kapsamında karşılanması gerektiğine hükmetmiştir⁵⁶⁰.

B. AHLÂKA AYKIRI BİR FİİL İLE BAŞKASINA KASTEN ZARAR VERME AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

Sözleşmeye müdahalenin değerlendirilmesini gerektiren diğer görünümünü, TBK m. 49/II kapsamında bir haksız fiilin gerçekleşmesi oluşturmaktadır. Türk-İsviçre Hukuku ile Alman Hukuku'nda sözleşmeye müdahalenin yaptırıma bağlanması, esasen bu fıkra kapsamında kabul edilmektedir⁵⁶¹. Söz konusu hukuk sistemlerine göre, bir başkasının sözleşmesine müdahale ederek onun ihlaline sebebiyet veren kişi, emredici bir hukuk kuralını ihlal etmemekte; fakat ahlâka aykırı bir davranışla başkasının zararına sebep olmaktadır. Fakat hükmün uygulanması çeşitli açılardan zorluklara yol açmakta, hüküm doktrinde eleştirilmektedir.

1. TBK 49/II Hükmüne Getirilen Eleştiriler

Türk Hukuku'nda TBK m. 49/II'nin İsviçre Hukuku'nda karşılığını oluşturan hüküm mevcut hâli ile OR 41/II'dir. Mevaz Hukuk'ta bu hüküm, BGB § 826'dan esinlenilerek kanuna alınmıştır⁵⁶². Fıkra İsviçre'de büyük tartışmalar sonucu madde

⁵⁶⁰ BGE 111 II 471, karar için bkz. Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 354.

⁵⁶¹ Bkz. § 3, D, E, F.

⁵⁶² Eren, F., Borçlar Genel, s. 687; Alman İmparatorluğu'nun parçalanmasına çare bulmak üzere Medeni Kanun için 19. Yüzyılda, yeni kodifikasyon çalışmaları başlatılmıştır. Haksız fiil düzenlemeleri de bu kanun taslağında yer almaktaydı. Ancak taslak maddenin ilk hâli çok genel bulunduğu için reddedilmiştir. Ret gerekçesinde kusur, davacı ya da davalıların kimler olduğu ve hangi zararların tazmininin istenebileceği hususların çözümsüz kaldığı belirtilmiştir. *Ayrıca bu boşluklar dolayısıyla hâkime oldukça geniş yetkiler verilmiş olduğu, hâkimi bağlayıcı olan belirli nesnel ölçütler yer alması gerektiği* de gerekçede yer almaktadır. Bu sebeple haksız fiil hükmü olarak BGB § 823 ihdas edilmiş, bu maddede hâkimin aleyhine haksız fiil işlendiğine karar verebileceği mutlak haklar sayma yöntemiyle belirlenmiş, sayılmayan hakları dışarıda bırakmamak için de “diğer haklar” ve “bir başka kanunda korunmuş hak” ibareleri hükümde yer almıştır. Buna karşılık zamanla, sınırlayıcı sayım yöntemiyle belirlenmiş hakların yetersiz olduğu görülmüştür. Zira bir kişi kendisine tanınan bir hakkı kullanıyor olmasına rağmen bir başkasına kasıtlı olarak zarar verebilir. Bu sebeple boşluğu doldurması ve adaleti temin adına BGB § 826 hükmü oluşturulmuştur, Müller, s. 52 vd.; BGB § 823 ile BGB § 826 arasındaki sistematik tutarlılığın, Art. 41/I OR ile Art. 41/II OR arasında olmadığı yönünde, s. 61; BGB § 826'nın Pandekt Hukuku'nun çok dar ve katı olan haksız fiil hükmünü yumuşatmak için

metnine konulmuştur⁵⁶³. Gerçekten de “OR m. 41/II’nin m. 41/I karşısında uygulama kabiliyetinin neredeyse hiç olmadığı 1911 tarihli Borçlar Kanunu çalışmaları esnasında ileri sürülmüştü. Genel haksız fiil hükmü yeterli bulunarak, OR m. 41/II hükmünün varlığına özetle şu gerekçelerle karşı çıkmıştı:

- Önceki uygulama yeterlidir, bu sebeple hüküm gereksizdir.
- Hükümün esnekliği çok fazladır, tamamen hayata bakış açısına bağlı değişken bir durum vardır; bu, adalet duygusuna güvenilmediğini gösterir.
- Bölgesel olarak farklı uygulamaların doğmasına neden olabilir.
- Bu bir iyi ahlâk meselesi değil, hukuk meselesidir; yalnızca hukuka aykırılık zarara neden olabilir.

Uzun tartışmalar sonucunda m. 41/II kanundaki yerini almayı başarmıştır”⁵⁶⁴.

Ancak 2020 İsviçre Borçlar Kanunu Taslağı’nda artık bu hükmün karşılığının olmadığı görülmektedir⁵⁶⁵. Hüküm, Türk Hukuku Doktrini’nde de birçok eleştiriye maruz kalmıştır. Bir görüş⁵⁶⁶, hükmün uygulamasının zor ve içi boş olduğunu ifade etmektedir. Diğer bir görüş⁵⁶⁷ göre de TBK m. 49/I’in korumaya aldığı emredici kuralların içine,

kanuna konulduğunu, dolayısıyla söz konusu hükmün İsviçre Hukuku’na yabancı kalacağı konusunda, bkz. Hatemi, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık, s. 19, dn. 14.

⁵⁶³ Aşırılığı ve belirsizliği ileri sürülmüş olmasına rağmen hükmün yine de konulduğu yönünde, Pfister, Paul: Fragen aus dem Gebiete der Wiederrechtlichkeit, Aarau 1925, s. 99; Barlas, Müdahale, s. 419, 420; Davran, s. 284, ahlâk kuralları aynı zamanda geniş anlamda hukuka aykırılığa da anlattığı için hükmün, birinci fıkranın tekrarından ibaret olduğuna dair görüşler için bkz. s. 269, 270.

⁵⁶⁴ Söz konusu süreç ve ileri sürülen gerekçeler için bkz. Müller, s. 58, 59.

⁵⁶⁵ Hükümün kaldırılmasının tazmini gereken zararlarda daralmaya yol açtığı yönünde, Topuz, Murat: “İsviçre Borçlar Kanunu’nun (OR) Genel Hükümlerine İlişkin 2020 Tasarısında Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkilerinin Düzenleniş Biçimi ve Türk Borçlar Kanunu ile Karşılaştırılması”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan Cilt:3, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, C. 22, S. 3, Y. 2016, s. 2693-2714, s. 2697.

⁵⁶⁶ Barlas, Müdahale, s. 419, 420; İsviçre Hukuku için aynı yönde, Gauch/Schleup/Schmid/Rey/Emmegger, s. 726; Türk Hukuku için uygulama alanının olmadığı yönünde, Davran, s. 284.

⁵⁶⁷ Eren, F., Borçlar Genel, s. 686; Akıncı, Borçlar, s. 215, dn. 375; genel ahlâka aykırı bir fiilin zaten hukuka aykırı olduğuna dair, Kaneti, s. 177; ahlâka aykırılığın sıklıkla dürüstlük ilkesinin ihlâli anlamına geldiği ve böyle durumların da hukuka aykırılık sayıldığı yönünde, Keller/Gabi-Bolliger, s. 50; sosyal ahlâka aykırılığın zaten hukuka aykırılık kavramının içinde olduğuna dair, Tandoğan, Mes’uliyet, s. 29, 30; borçlunun, kendisine ait olmayıp başkasına ait traktörü alacaklıyı yanıltmak için kendisinin gibi gösterdiği bir olayda hem hukuka hem ahlâka aykırılıktan bahsedileceği ile ilgili, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, T. 16.06.1986, E. 1986/3849, K. 1986/4732,

yazılı olmayan kurallar da girer; ahlâk kurallarının da yazılı olmayan emredici hükümler olduğu düşünüldüğünde, bu hükmün ihdası gereksizdir. Söz konusu fikirden çıkan sonuca göre TBK m. 49/I bütün hukuka aykırılık hâllerini kapsayıcı niteliktedir. Bir başka görüşe⁵⁶⁸ göre ise hüküm dar bir uygulama alanına sahiptir. Ahlâka aykırılık gibi bir kriter başvurunun yeterince kesin bir kriter sağlamadığı ve bu kavramın çok belirsiz olduğu da ileri sürülen fikirler arasındadır⁵⁶⁹. Hükme daha felsefî açıdan bakan bir görüşe⁵⁷⁰ göre de hukuk yüksek insan kalitesini amaçlamaz; bu sebeple ahlâka aykırılık gibi bir kriter konulmamalıdır.

Tüm fikirler dikkate alındığında, TBK m. 49/II'ye yöneltlen eleştirilerin oldukça yoğun olduğu görülmektedir. Eleştiriler büyük haklılık payına sahiptir. Hükmün uygulama kabiliyetini kaybettiği ilk nokta, ahlâka aykırılığın tespitidir. Çünkü bir olayda ahlâka aykırı davranılıp davranılmadığı, davayı gören hâkimin takdir yetkisini kullanması suretiyle tespit edilir. Dolayısıyla ister istemez mesele, hâkimin olayı ahlâka aykırı olarak niteleyip nitelememesine bağlıdır. Örneğin, günümüz Yargıtay uygulaması, evli kişi ile onun evli olduğunu bilmesine rağmen ilişki yaşayan kimsenin davranışını ahlâka aykırı olarak nitelememekte, yine bu kimsenin aldatılan eşe yönelik zarar verme kastının olmadığını ifade etmekte, dolayısıyla aldatılan eşe ne TMK m. 24-25 hükümleri ne de TBK m. 49/II kapsamında tazminat hakkı tanımaktadır⁵⁷¹. Oysa Türk toplumun yapısı

<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/4-hukuk-dairesi-e-1986-3849-k-1986-4732-t-16-06-1986> (Erişim Tarihi: 13.05.2022); İsviçre Hukuku için aynı yönde, Müller, s. 65; ahlâka atfı yapıldığına ve kast arandığına göre bu hükmün gereksizliği görüşüne karşı çıkmak üzere, Davran, s. 270, 271; aynı yönde, Tüysüzoğlu, s. 190.

⁵⁶⁸ Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 369; von Tuhr, s. 369; Hatemi/Serozan, s. 125; Koziol, s. 39; ancak TBK'da muhafaza edilmesinin, kasten ve ahlâka aykırı olarak verilen zararların tazminatsız kalmaması adına yerinde olduğu yönünde, s. 126.

⁵⁶⁹ Mercier, s. 165.

⁵⁷⁰ Dobbs, s. 357.

⁵⁷¹ "...yasal düzenlemeler, yargısal ve bilimsel içtihatlarla bu çerçevede yapılan değerlendirmeler sonucunda "evlilik birliği devam ederken eşlerden biri ile evli olduğunu bilerek birlikte olan üçüncü kişiye karşı diğer eşin manevi tazminat isteminde bulunamayacağı" yönünde 06.07.2018 günü üçüncü görüşmede oy çokluğu ile karar verilmiştir..." İBBGK, T. 06.17.2018 tarih ve E. 2017/5, K. 2018/7 sayılı içtihadı birleştirme kararı, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/e-2017-5-k-2018-7-t-06-07-2018> (Erişim Tarihi: 17.04.2022); bu içtihat doğrultusunda verilmiş kararlar, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2021/19110, K. 2021/4762, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 15.04.2022); 4.

göz önünde bulundurulduğunda, böyle bir ilişki ve davranışı kaç kişinin ahlâka uygun kabul ettiğinden bahsedilebilir? Evlilik dışı bir ilişkiye zemin hazırlayan kimse toplumda ne kadar onaylanmaktadır? Üçüncü kişinin olaya katkısı olmasa, aldatan eşin tek başına sadakat yükümlülüğünü ihlal edeceğinden nasıl bahsedilebilir? Tüm bu sorulara aksi yönde yanıt vermek, bir yandan toplumun kabulleri ile bağdaşmazken diğer yandan hayatın olağan akışına da uygunluk göstermemektedir. Sadece TBK m. 49/II yönünden değil, ceza hukuku davalarında müstehcenlik yorumunda da aynı doğrultuda yorum yapılmakta, açıkça müstehcen olduğu belli olan durumların, müstehcen ve ahlâka aykırı sayılması konusunda tereddüt edilmektedir⁵⁷². Söz konusu uygulama örnekleri göstermektedir ki ahlâka aykırılık kriteri, belirli bir ölçüt değildir. Belirsiz olan bir ölçüt göz önünde bulundurularak karar verilmesi de doğru olmaz; hukuk belirsiz bir alanı barındırmaya uygun değildir.

Hüküm ile ilgili problemlere yol açan bir diğer durum, TBK m. 49/II’de aranan fiili kasten gerçekleştirmiş olma şartıdır. Problem, fiil sonucunda ortaya çıkan sonucun neredeyse kesin olarak fail tarafından bilinebilir olmasına rağmen, kast varlığının kabul edilmemesinden kaynaklanmaktadır⁵⁷³. Hükümün kast unsuruna aşağıda ayrıntılı şekilde yer verilecektir⁵⁷⁴. Ancak hükümün eleştirisi bağlamında belirtmek gerekir ki, kast ve bu arada diğer kusur hâlleri, failin iç dünyasına yönelik bir unsurdur. Mental bir aktiviteden

Hukuk Dairesi E. 2020/2587, K. 2020/3043, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 15.04.2022); Yargıtay 4. Hukuk Dairesi E. 2018/3337, K. 2020/1999, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 15.04.2022). Bu tür bir olayda en azından, davalının evliliği bilmesine rağmen umursamadan ilişkisine devam edip etmediği, aldatan eşin kendisini evli olmadığı konusunda yanıltıp yanıltmadığı gibi hususlar, kast açısından değerlendirilerek bir karara varılmalıydı.

⁵⁷² Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E. 2021/18538, K. 2021/21301, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 15.04.2022).

⁵⁷³ “...TBK’nun 49/2 (BK.41/2) maddeleri gereği, fiilin emredici bir norma değil de sadece ahlaka aykırı olması durumunda, sorumluluğa gidilebilmesi için, failin zarar görene zarar verme kastıyla yani somut olayda, davalının davacı aldatılan eşi bilerek ve isteyerek zarar vermeyi amaçlamış olması gerekir. Sadece birlikte olduğu eşin evli olduğunu bilmesi bu tür sorumluluk için yeterli değildir...”, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2019/789, K. 2019/2485, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 15.04.2022).

⁵⁷⁴ Bkz. § 6, B, 2, d.

ibaret olan böyle bir unsurun tespiti, ancak failin bu düşüncesini dışı vurumuyla mümkün olabilir. Failin kusuru açıkça ortaya çıktıktan sonra, bunun aksi yorum yaparak faili masum saymak, hakkaniyete uygun olmaz. Örneğin, bir fail silahla öldürdüğü mağdur hakkında, “ben onu aslında öldürmek istemedim, topluluğa açtığım ateş ona da denk geldi” şeklinde bir beyanda bulunsa, bu durumda öldürmeye yönelik kastının olmadığından nasıl bahsedilebilir? O hâlde haksız fiilin hangi türü olursa olsun, kusur türlerinin hepsinde haksız fiil işlenmiş sayılmalıdır. Kusur türü yalnızca tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınmalıdır⁵⁷⁵.

Son olarak ifade etmek gerekir ki ahlâk kuralları, TBK m. 49/I için doktrinde⁵⁷⁶ atıf yapılan yazısız davranış kurallarından ayrı düşünülemez. Ahlâk kuralları, toplum tarafından benimsenen ve doğru olduğu kabul edilen kurallardır⁵⁷⁷. Halkın doğru olduğuna kanaat getirdiği kuralların görmezden gelinerek, onlara aykırı davranışların tasvip edilmesi, bir yandan hakkaniyet duygusunu zedelerken, diğer yandan da toplum böyle bir çözümü benimsemediği için dayatma hâlini alır. Dolayısıyla TBK m. 49/II'deki hükme gerek yoktur⁵⁷⁸. Davranışın yazısız hukuk kurallarına aykırı olup olmadığı, zaten toplumun kabulleri gereği kendiliğinden ortaya çıkmaktadır.

Öğretideki eleştirilere ve uygulamada ahlâka aykırılığın tespiti açısından ortaya çıkan sorunlara göstermektedir ki hükmün varlığı gereksizdir, uygulanması zordur ve bu sebeplerle uygulayıcılara büyük görev düşmektedir. Diğer yandan sözleşmeye müdahaleden doğan üçüncü kişi tarafından karşılanabilirliği de Türk Hukuku'nda

⁵⁷⁵ Akıncı, s. 226; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 60; kusur sorumluluğunda sorumluluğun kurucu unsuru olduğu ve tazminatın belirlenmesinde dikkate alındığı yönünde, Eren, F., Borçlar Genel, s. 655.

⁵⁷⁶ Davranış normlarının yazılı ya da yazısız olabileceği hakkında bkz. § 6, A, 4, a, aa.

⁵⁷⁷ Ahlâkın dışarıdan dayatılan değil, varlığı insanlar tarafından kendiliğinden kabul edilip itaat edilen kurallar olduğu yönünde, Müller, s. 26.

⁵⁷⁸ BK m. 41/II (TBK m. 49/II)'nin gerekli olmadığı, eğer hukuka aykırılık yazılı olmayan emredici kurallar, dürüstlük ve ahlâk kurallarını da kapsayacak şekilde anlaşılırsa, ahlâka aykırı davranışların zaten doğrudan hukuka aykırı sayılacağı yönünde, Hatemi, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık, s. 22. Art. 41/II OR hükmünün dürüstlük kuralı dolayısıyla uygulandığı yönünde, Müller, s. 66.

yalnızca bu hükme dayandırılmaktadır. Bu sebeplerle çalışmada sözleşmeye müdahale olaylarının TBK m. 49/II hükmü açısından incelenmesine yer verilmektedir.

2. TBK m. 49/II'nin Uygulanabilmesi İçin Aranılan Unsurlar ve Bu Unsurların Sözleşmeye Müdahale Açısından Değerlendirilmesi

Bir fiilin TBK m. 49/II açısından tazminat borcuna yol açması için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. Buna göre fiil ahlâka aykırı şekilde gerçekleştirilmiş olmalı, kusur olarak fiil mutlaka kasta dayanmalı ve bu fiil sonucu bir zarar ortaya çıkmalıdır⁵⁷⁹. Söz konusu unsurlara sahip olmayan bir fiil, hüküm gereğince tazminatı gerektirmez. Doktrinde bir fikir⁵⁸⁰, failin fiilini gerçekleştirmekte hiçbir meşru menfaatinin olmaması gerekliliğini de buraya eklemektedir.

Unsurların incelemesine geçmeden önce, hükmün uygulama şartları noktasında değerlendirilmesi gereken bir meseleyi ifade etmek istiyoruz. Doktrinde bir fikre⁵⁸¹ göre, TBK m. 49'un ikinci fıkrası, maddenin birinci fıkrası karşısında tâli (ikincil) bir uygulama alanına sahiptir. Bu fikir doğrultusunda, ilk olarak durumun TBK m. 49/I çerçevesinde mutlak bir hakkı, özel bir koruma normunu veya yazısız diğer emredici kuralları ihlal edip etmediği tespit edilmelidir. Böyle bir sonuca ulaşılamıyorsa, ikinci fıkra ancak o zaman uygulama imkânına kavuşabilir. Fakat maddenin birinci fıkrası kapsamında, yazısız emredici kurallara ve bu arada ahlâka aykırılığın da hukuka aykırı olduğu düşünüldüğünde, bu yöntemin uygulanma imkânına hiç kavuşamayacağını tahmin etmek zor değildir. Diğer yandan TBK m. 27'de ahlâka aykırı işlemlerin kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlanmış olması da hukukî işlemler açısından ahlâka uygunluğun açık bir

⁵⁷⁹ Eren, F., Borçlar Genel, s. 687; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 371; Schwarzh, s. 107, 108; Barlas, Müdahale, s. 436; Kaneti, s. 175; Olgaç, s. 272; Fikentscher, s. 767, 768; Kılıçoğlu, s. 370.

⁵⁸⁰ Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 371.

⁵⁸¹ Kapancı, s. 7, von Tuhr, s. 369; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 368; hükme karşılık gelen OR m. 41/II'nin ancak son çare olarak uygulanabileceği yönünde, Oser/Schönenberger, s. 387. Aksi yönde, Davran, s. 280. Hükmün kaynak normlarını oluşturan BGB § 826'nın BGB § 823'e göre ikincil düzeyde olduğu, ancak OR m. 41/I ile OR m. 41/II arasında böyle bir ilişkinin olmadığı yönünde, Müller, s. 61.

emir olduğunu vurgular. Bu durumda hukukî işlemler için yazısız emredici norm arayışına dahi gerek kalmadan, fiil TBK m. 49/I'in uygulama alanında değerlendirilir. Söz konusu sorun aynı zamanda TBK m. 49/II'nin yerindeliği meselesi ile de ilgili olduğu ve sorun yukarıda incelendiği için bu kadarına değinmekle yetiniyoruz.

a) Ahlâka Aykırı Davranış

aa) Genel Olarak Ahlâka Aykırılık

Bir toplumu ayakta tutan değerler arasında ahlâk, varlığı reddedilemeyen ve değeri ölçülemeyen bir yere sahiptir. Kişilerin doğru ve uygun olduğuna inandıkları ortak değerler olarak bakıldığında ahlâk, toplum düzeninin devam ettirilmesi için, adeta görülmeyen ancak etkisi güçlü şekilde hissedilen bir öz gibi düşünülebilir. Çünkü kişiler bu kuralların doğru olduklarını reddetmezler ve kuralın gerekliliklerine uygun davranmayı hiçbir dayatma olmadan kabul ederler. Bu güçlü etkinin bir gereği olarak da toplumda herkes, diğer vatandaşların ahlâka uygun davranacağına dair bir güven duyar⁵⁸².

Toplum hayatında çok geniş bir alana sahip olmasına rağmen, ahlâkın ne olduğu konusunda herkes tarafından kabul edilen bir tanım yapılabilmiş değildir. Çünkü sergilenen bir davranış, kimine göre ahlâka uygun olabilirken, birtakım kimseler için ahlâk dışı değerlendirilebilir. Bu noktada ahlâkın hangi kabuller çerçevesinde değerlendirildiği meselesi de ahlâkın ne olduğu konusunda önem taşımaktadır. Gerçekten de bir felsefî sistemin ahlâka uygun kabul ettiği davranışı, bir din ahlâka aykırı sayabilir. Ahlâkla ilgili olarak yapılan incelemelerde ahlâkın ne olduğu ile ilgili çok çeşitli fikirler ileri sürülmüştür.

Ahlâk temellendirmeleri esasen üç fikir etrafında toplanır: Evrenin bir düzen içinde olup, bu düzenin üstün görülen bir “anlam”ca yönetildiği fikri, evrendeki düzenin ve dolayısıyla ahlâkî kabullerin rastlantı sonucu oluştuğu fikri ve evrendeki düzenin ve bu

⁵⁸² Müller, s. 37; Kapancı, s. 16.

arada ahlâkın yavaş yavaş oluştuğu fikri⁵⁸³. Bu üç fikir daha öz bir şekilde aşkın ahlâk görüşü, natüralist ahlâk görüşü ve eylemci ahlâk görüşü olarak sınıflandırılmıştır⁵⁸⁴.

“Realizm”, “idealizm” veya “metafizik ahlâk” şeklinde de adlandırılan aşkın ahlâk görüşüne göre, ahlâk oluşturulamayan, sadece sonradan keşfedilebilen bir değerdir⁵⁸⁵. Bilimin ortaya koyduklarını diğer görüşlerin üstünde tutan natüralist ahlâk görüşüne göre ise “geçerli bir ahlâk ancak insan doğasını meydana getiren psiko-biyolojik yönsemelerle bilgiler üstünde⁵⁸⁶” kurulabilir. Ancak bu görüş, bilimin olanı, ahlâkın ise olması gerekeni incelemesi⁵⁸⁷; ahlâkın kişilere yükümlülük yüklediği, oysa bilimde böyle bir şeyin sözü konusu olmadığı⁵⁸⁸, dolayısıyla ahlâkın bilimden doğmuş olamayacağı⁵⁸⁹ fikirleri ile eleştirilmiştir. Eylemci ahlâka göre de ahlâk kuralları temelini insanın ruhsal yapısında bulur; fakat psikolojiye bu bağlılık natüralizmdeki gibi temel anlamında değil, bir kılavuz olarak kabul edilmektedir⁵⁹⁰. Bu görüşün en ünlü temsilcilerinden birisi de Immanuel Kant’tır. Kant⁵⁹¹’a göre birey fiilde bulunma açısından özgürdür ve bu özgürlüğünün bir gereği olarak ahlâk kaynağının mutlak bir güce dayanmaması gerekir; bu sebeple ahlâk yasaları insanın kendisinden kaynaklanır. Aslında, tıpkı ahlâkın kaynağını dinde görenlerin düşündüğü gibi Kant’a göre de evrensel bir ahlâk olmalıdır ve insan buna uygun ödevlerini yerine getirdiği zaman ahlâka uygun davranmış sayılır⁵⁹². Fakat Kant’ın

⁵⁸³ Grégorie, François: (Çev. Cemal Süreya), Büyük Ahlak Doktrinleri, İstanbul 1971, s. 17, 18. Ahlâkın kaynaklarının din ve toplum sözleşmesi olmak üzere iki şekilde olduğu yönünde bkz. Cevizci, Ahmet: Felsefeye Giriş, 5. Baskı, İstanbul 2016, s. 219; eyleme dayalı ahlâk görüşleri ve davranışın sonuç ve başarısına göre ahlâk görüşleri olmak üzere ikiye ayrıldığına dair, Akarsu, Bedi: Ahlâk Öğretileri (I. Mutluluk Ahlâkı-II. Kant’ın Ahlâk Felsefesi), 3. Basım, İstanbul 1982, s. 10.

⁵⁸⁴ Grégorie, s. 20 vd. Metafizik ahlâk teorileri, bilimci ahlâk ve normatif ahlâk şeklinde ayrımları baz alan bir çalışma olarak, Ülken, Hilmi Ziya: Ahlâk, İkinci Baskı, İstanbul 2001.

⁵⁸⁵ Grégorie, s. 21; bu tür bir anlayışın metafizik ahlâkı temsil ettiği hakkında, Ülken, s. 20, 33 vd.

⁵⁸⁶ Ülken, s. 20; Grégorie, s. 28, 29; Aral, Vecdi: Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları, İstanbul 1984, s. 99.

⁵⁸⁷ Grégorie, s. 33, 34.

⁵⁸⁸ Kılıoğlu, İsmail: Ahlâk – Hukuk İlişkisi, İstanbul 1988, s. 181.

⁵⁸⁹ Grégorie, s. 33, 34; Kılıoğlu, s. 190, 191.

⁵⁹⁰ Grégorie, s. 35, 36; Akarsu, s. 10.

⁵⁹¹ Kant, Immanuel: Ahlâk Metafiziğinin Temellendirilmesi (Grundlegung zur Metaphysik der Sitten), İkinci Baskı, Ankara 1995, s. 4; Cevizci, s. 233; Kuehn, Manfred: (Çev. Bülent O. Doğan), Immanuel Kant, II. Basım, İstanbul 2017, s. 280; Grégorie, s. 138 vd.; Aral, s. 102.

⁵⁹² Cevizci, s. 233; Aral, s. 103; Akarsu, s. 12 vd.; bu ödevin sırf görev olduğu için ya da iyi hissetmek veya mutluluk duymak için değil, sırf ahlâk olduğu bilinci ile hareket edildiğinde ahlâka uygunluğun olduğuna dair, Kant, s. 12, 13; Kuehn, s. 277; “...yaşamın bütün güzelliği ise birtakım ödevleri yerine

görüşünü farklılaştırdığı nokta, ahlâkın kaynağının dine değil, ahlâk yasasına ve bunu da özgürlük kavramına dayandırmasıdır⁵⁹³.

Kant ve bu arada zikredilmiş diğer görüşler, ahlâkın mutlaka bir kaynaktan ortaya çıkmış olduklarını varsayarlar. Ancak modern görüşlere⁵⁹⁴ göre, ahlâk bağımsız varlığını korur, kaynağını kendinde bulur ve gelişimini de bu şekilde tamamlar. Modern görüşlerin önemli temsilcilerinden olan fakat bir kaynağa vurgu yapmayan HART⁵⁹⁵'a göre de ahlâk, *“bir toplumda genel kabul gören, pozitif veya konvansiyonel ahlâk kurallarına ve bunlarla şekillenen yükümlülüklerle işaret eder”*.

Ahlâka kaynak gösterilen fikirler doğrultusunda, doktrinde ahlâkla ilgili çok çeşitli tanımlar yapılmıştır. Herhangi bir görüşü çağrıştırmayacak şekilde genel bir tanımla ahlâk, insanların kendisi ya da diğer kişileri ilgilendiren davranışlarını düzenlemek amacıyla oluşturulmuş kurallar ve değerler bütünü şeklinde tanımlanmıştır⁵⁹⁶. Ahlâk kurallarının amacını “iyi”ye varmak şeklinde gören bir görüşe göre ise ahlâk, *“...insanın kendi şahsına ve diğer insanların şahsiyetlerine karşı... iyiliğe varılması için kendini uymaya zorunlu hissettiği manevi ve ruhi görevler ve bunlara ilişkin kurallardır”*⁵⁹⁷. Ahlâkın bireysel yapısına vurgu yapan bir tanım da ahlâkı *“...insanlığın kabul ettiği ve başka kesinlik ölçüleriyle ölçülemeyen hareketlerimize ait değerlerin toplamı”*⁵⁹⁸ ...” olarak ifade etmiştir.

Ahlâk konusunda yapılmış çeşitli tanımlardan da anlaşılacağı üzere, insanların doğru ya da iyi ile ilgili kabulleri değiştiği müddetçe, herkesin kabul edeceği bir ahlâk

getirmekte, çirkinliği ise bunları umursamamaktadır...”, sözüyle Kant’la aynı yönde fikir beyan etmek üzere, Cicero, s. 4. Kant ile Cicero’nun ahlâk anlayışlarının büyük ölçüde aynı olduğu yönünde, Kuehn, s. 277.

⁵⁹³ Cevizci, s. 233; Kant, s. 15 vd., özellikle s. 17.

⁵⁹⁴ Bkz. Kılıoğlu, s. 215 vd.; Grégorie, s. 150 vd.

⁵⁹⁵ Şahin Ceylan, Şule: “H.L.A. Hart’a göre Hukuk Ahlâk İlişkisi”, H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlâk Ayrımı (Ed. Sercan Gürler), 2. Baskı, İstanbul 2017, s. 33.

⁵⁹⁶ Cevizci, s. 218; Gürler, s. 11; Kuçuradi, s. 24, 25.

⁵⁹⁷ Özgen, Mahmut İhsan: Basın Ahlâk Kuralları ve Yasalar, İstanbul 1988, s. 29.

⁵⁹⁸ Ülken, s. 19.

tanımı yapmak mümkün görünmemektedir. Ancak gerek hukukun ve toplumun ahlâk kavramından ayrı düşünülememesi gerekse Anayasa⁵⁹⁹ ile kanun⁶⁰⁰ hükümlerinde ahlâk kurallarına atıf yapılmış olması, ahlâk kavramının içinin doldurulmasını gerektirir. Bu amaçla doktrinde ahlâkla ilgili genel bir çerçeve çizmek üzere çeşitli tanımlar yapılmıştır. Her şeyden önce ahlâk kavramından anlaşılması gerekenin, genel ahlâk olduğu vurgulanır⁶⁰¹. Buna göre genel ahlâk, bir toplumda belirli bir zamanda⁶⁰² orta zekâda, dürüst ve makul⁶⁰³ kimselerin göstermeleri gereken davranış biçimidir⁶⁰⁴. Daha elit bir anlayışa vurgu yapan bir başka tanıma göre ise “*bir sözleşme aydın, vicdanlı, makul ve namuslu insanların doğruluk ve namus duygularını inciten taahhütler ihtiva ediyorsa ahlâka aykırıdır*”⁶⁰⁵. Anayasa Mahkemesi’ne göre de “*genel ahlâk deyimi, belli bir zamanda bir toplumun büyük çoğunluğu tarafından benimsenmiş bulunan ahlâk kurallarıyla ilgili hareketleri gösteren ve kolayca anlaşılan bir anlam*”⁶⁰⁶ı ifade eder.

Ahlâk konusunda belirtilen tanımlar, gerek doktrinde gerekse uygulamada benimsenen ahlâk anlayışını ifade etmektedir ve her biri haklı tanımlardır. Ancak burada

⁵⁹⁹ Anayasa’nın 20., 21., 22., 28., 31., 33., 34., 51. ve 141. maddelerinde genel ahlâka, 24. maddesinde ahlâk eğitime ve 135. maddesinde meslek ahlâkına olmak üzere on bir ayrı maddede ahlâk kavramının yer verildiği görülmektedir.

⁶⁰⁰ Türk Borçlar Kanunu’nun 27., 49., 78., 81., 176., 281., 285. ve 527. maddelerinde, Türk Medeni Kanunu’nun 23., 47., 54., 56., 89., 101., 182., 340., 515. ve 557. maddelerinde ahlâk kavramına yer verilmektedir.

⁶⁰¹ Eren, F., Borçlar Genel, s. 371, 687; Işıktaç, s. 220; Davran, s. 271; Kapancı, s. 14, 15; Barlas, Müdahale, s. 422; Palandt ve diğerleri, s. 1446; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 70; ahlâkın ne olduğunun, herhangi bir felsefi sistemden değil, halkın bilincinde tanınıp kabul edilen görüşlerden çıkarıldığına dair, Müller, s. 37; tercih edilen ahlâkın, belli bir toplumun benimsediği değil, aydın kişilerin kabul ettiği ahlâk anlayışı olması gerektiğine dair, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 398; sübjektif değil, genel ve sosyal ahlâk anlayışının esas alınması gerektiği yönünde, Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 369; Tandoğan, Mes’uliyet, s. 27; âdil ve haklı düşünen insanların benimsediği hâkim ahlâk anlayışının kabul edilmesi gerektiği yönünde, Gauch/Schleup/Schmid/Rey/Emmegger, s. 131; halktaki hâkim görüşe göre ahlâka aykırılığın takdir edileceğine dair, Kaneti, s. 175, 176; topluma mâl olmuş ahlâk anlayışının kabul edilmesi gerektiği, Oğuzman/Öz, Cilt-1, s. 88.

⁶⁰² Ahlâk kuralları nisbidir ve zamana-yere göre değişebilir, Özgen, s. 29; Davran, s. 272.

⁶⁰³ Ne olgun bir zihniyetin ne de ahlâken pek düşük kimselerin ahlâk anlayışı dikkate alınmalıdır; burada istenilen itidalli olmaktır, Davran, s. 271; aynı yönde Ateş, Genel Ahlaka Aykırılık, s. 86; Kaneti, s. 176.

⁶⁰⁴ Eren, F., Borçlar Genel, s. 371, 687; Ateş, Genel Ahlaka Aykırılık, s. 87; Palandt ve diğerleri, s. 1446; Kapancı, s. 17; Fikentscher, s. 767.

⁶⁰⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 398.

⁶⁰⁶ AYM, T. 28.01.1964, E.1963/128, K.1964/8, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1964/8> (Erişim Tarihi: 23.04.2022). Aynı yönde bir tanım için, Ateş, Genel Ahlaka Aykırılık, s. 82.

bir hususa dikkat çekmek istiyoruz: Toplumdaki ahlâk anlayışı körelmiş ve zamanla sığlaşmış ise yine de doğru olduğu kabul edilen ahlâk, toplumun geneline hâkim olan ahlâk mı olmalıdır? Örneğin, Türk toplumunda bundan bir asır önce herkesin görebileceği bir yerde yemek yemek, ekonomik anlamda imkânı olmayan insanlar düşünülerek ahlâka ve görgü kurallarına aykırı kabul ediliyordu. Keza evlilik dışı yaşantılar hem ahlâka aykırı hem de suç kabul ediliyordu. Bugün için her iki davranış da artık toplumda doğal görülmektedir. Ancak ahlâki açıdan uygun davranışlar oldukları ne derece savunulabilir? Bu sebeple ahlâk kurallarının belirlenmesi, toplumun vicdanına değil, olması gereken hukuk vicdanına bırakılmalı, en azından yargı kararları verilirken ahlâk yorumunda olması gereken hukuk gözetilmelidir. HERBART'ın da belirttiği gibi ahlâk kişisel bir tercihten değil, herkesin kabul ya da reddedemeyeceği tek bir güçten kaynaklanmalıdır⁶⁰⁷. Aksi takdirde toplumun geneline hâkim olan ahlâk anlayışının dikkate alınması gerektiğini belirten görüşler kendi içinde çelişkiye düşmüş olur; zira o günün şartlarında bir ahlâk anlayışının kabulü, toplumun tarihteki diğer anlayışlarını dışlamak anlamına gelir. Kanunkoyucu ahlâkı belirlerken, tarihi, fiziki, hukukî, toplumsal, dini olmak üzere zamanın tüm şartlarını dikkate almalıdır ve böylece kültürü hukuk düzenine ve bu arada iyi ahlâka yansıtmalıdır⁶⁰⁸. Nasıl ki hukuk kuralları, herkesin uygun bulduğu takdirde kurala uyması şeklinde bir tercihe bırakıldığında ortadan kalkar ise ahlâk kuralları da zamanla değişebilen tercihlere bırakıldığında ortadan kalkar. En sonunda da mevzuatta ahlâka atıf yapılan hükümler, uygulanması mümkün olmayan içi boş hükümlere dönüşür.

Söz konusu değerlendirmelerden sonra kabul edilen görüş doğrultusunda şöyle bir ahlâk tanımı yapılabilir: Değer yargıları kişilerin tercihine bırakılamayan, dürüst bir vicdanın kabul ettiği reddedilemeyecek doğru ve iyi yargılardan oluşan ve toplumda barış

⁶⁰⁷ Herbart, Johann Friedrich, Sämtliche Werke, Herausgegeben von Karl Kehrbach, Neunter Band, Berlin 1897, s. 20; <https://archive.org/details/smtlichewerkei09herbuoft/page/n5/mode/2up> (Erişim Tarihi: 23.04.2022).

⁶⁰⁸ Müller, s. 31.

hâlinin devamı için gizli bir araç fonksiyonu gören değerler bütünü ahlâk olarak adlandırılır.

bb) Ahlâk – Hukuk İlişkisi

Ahlâkın mahiyeti konusu içinde öteden beri tartışıl原因 hususlardan birini de ahlâkın hukukla olan ilişkisi oluşturmaktadır. Bilindiği üzere, genel haksız fiil hükümleri olan TBK m. 49/I'de hukuka aykırılık aranırken, TBK m. 49/II'de ahlâka aykırılıktan bahsedilmektedir. Dolayısıyla bu durum, özellikle TBK m. 49/II'in gerekliliği eleştirileri de dikkate alındığında, hukuk ve ahlâk sınırının çizilmesini gerektirmekte, ikisinin birbiri ile ilişkisini belirlemeyi gerekli kılmaktadır.

Hukuk kuralları, kendilerini toplumdan ve onun değerlerinden soyutlamış kimselerin oluşturdukları kurallar bütünü değildir. Hukuk, görgü kuralları, din kuralları ya da toplumun önem yükleyip uyulmasını zorunlu telakki ettiği diğer kurallardan beslenir. Ahlâk kuralları da bu kaynaklardan biridir. Bununla birlikte, ahlâk kurallarının hukuk kuralları için yeri, belirlenmesi zor olan bir konudur. Şüphesiz bu noktada da kişilerin ahlâkın kaynağı noktasından benimsemiş oldukları görüşler belirleyici olmaktadır.

Roma Hukuku'nda Orta Çağ süresince 18. Yüzyıla kadar ahlâk ile hukuk arasında bir ayırım yapılmadığı görülmektedir; bu zaman diliminin ünlü düşünürleri Sokrat, Platon ve Aristo için hukuk ile ahlâk aynı şeyi ifade eder⁶⁰⁹. Fakat 18. Yüzyıldan sonra hukuk ile ahlâkı ayırma fikirleri oluşmuştur. Günümüz modern görüşlerinin çoğunluğuna göre de hukuk ve ahlâk birbirinden farklıdır. Bir görüşe⁶¹⁰ göre ahlâk davranışın iç yanıyla, yani dış dünyaya yansıyana kadarki süreci ile ilgilenirken, hukuk davranışın dış dünyada görüldüğü süreçle ilgilidir. Ancak nihayetinde hukuk ile ahlâk, kesişen iki küme gibidir;

⁶⁰⁹ Özgen, s. 40; Grégorie, s. 43 vd.

⁶¹⁰ Işıktaç, s. 217, 219.

iki kümenin kesişen alanları bulunduğu gibi diğerinin alanına girmeyen salt alanları da vardır. Aynı yöndeki başka bir görüşe⁶¹¹ göre, ahlâk hukuk kurallarından çok daha geniştir; fakat hukuk yaptırıma sahiptir ve asgarî ahlâklılığı amaçlar. Fakat ahlâk hukukun bir üst kavramı değildir⁶¹². Diğer görüşe⁶¹³ göre ise ahlâk bir yandan hukukun içinde yer alırken, diğer yandan da hukuk için tabii hukuk konumundadır. Dolayısıyla bu görüşe göre hukuk kuralına dönüşmemiş her ahlâki norm, hukuk normu olmaya adaydır. Ünlü filozof HART⁶¹⁴, a göre ise ahlâk hukuk için bir değer değil, kaynaktır. Hukuk ile eleştirel ahlâk karşılaştırıldığında, hukukun ne olduğu ya da ne olması gerektiği noktasında, hukuk ile ahlâk arasında bir bağlantı kurulamaz. Fakat bu durum ahlâkın hukuku etkilemediği anlamına gelmez; yalnızca ahlâk, hukukun varlığı için zorunlu koşul değildir. Ahlâkın kaynak olduğu fikrini paylaşan bir başka görüş⁶¹⁵ de hukuk temelinin adalet, adaletin ise bir ahlâki değer olduğunu, insanların da bu değere uygun davranmak zorunda olduğunu belirtir. Bu görüşe göre ahlâka dayanmayan bir hukuk kuralı düşünülemez.

Ahlâkın hukuk için konumu noktasında ilk olarak ifade etmek gerekir ki iki alanın birbirinden tamamen ayrı olduğundan kesinlikle bahsedilemez. Ahlâkın ve bu arada diğer toplumsal kuralların hukuk ile bağlantısı kaçınılmazdır. Çünkü hukuk kuralları bireylerin doğru ya da yanlış kabul ettikleri bütün değerlerden beslenerek oluşturulur (veya öyle olması beklenir). Toplumun değerleri ile uygunluk taşımayan kuralların uygulama kabiliyetinden de bahsedilemez; ya insanlar kurallara uygun yaşamalıdır ya da kurallar insanların hayat tarzına uygun değerlerden oluşmalıdır.

Ahlâk kuralları hukuk kurallarından çok daha geniştir. Ancak hukuk kuralına dönüşmüş ahlâk kuralları elbette ki ahlâka aykırı olamaz. Bir kaynaktan çıkan su nasıl ki su olmadığını iddia edemiyorsa, bunun aksini ileri sürmek de o derece mantığa ters düşer.

⁶¹¹ Hatemi, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık, s. 27.

⁶¹² Hatemi, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık, s. 32.

⁶¹³ Arsebük, s. 10, 11.

⁶¹⁴ Şahin Ceylan, s. 33 vd.

⁶¹⁵ Aral, s. 92, 93.

Birkaç hukuk kuralı ahlâki açıdan değerlendirmeye tâbi tutulduğunda, bu husus daha iyi anlaşılabilir: Örneğin, adam öldürmek, belgede sahtecilik yapmak, başkalarını aldatarak ya da hatalarından yararlanarak rant elde etmek ya da kira borcunu ödememek hukuk kurallarına aykırıdır. Aynı şekilde dürüst olmak⁶¹⁶ da hukuk kuralı tarafından emredilir. Söz konusu kuralların aynı zamanda ahlâka da aykırı olduğu açık bir gerçektir. Fakat elbette hukuk kuralına dönüşmemiş ahlâk kurallarının varlığı da mümkündür. Mesela, büyükler odaya geldiği zaman ayağa kalkmak ya da onlara yer vermek veya pişirilen yemekten yakın komşuya ikram etmek, birer hukuk kuralına dönüşmemiş ahlâk kuralıdır. Bunlar yüksek insan erdemleridir. Her insan sergilediğinde tasdik edilen, ancak sergilenmediğinde en nihayetinde ayıplanan davranışlardır. Oysa hukuk kurallarına aykırılık, ihlal edilen değerın yüksekliğine göre özgürlükten yoksun bırakılmayı, kimi toplumlarda öldürülmeyi veya tazminat adı altında birtakım ödemeleri gerekli kılabilir. Çünkü her bireyden hukuk kuralına riayet etmesi, yükümlülük arz edecek şekilde beklenir. Bu kuralların ihlaline bağlanan yaptırımın büyüklüğünden de o hukukî yararın önemi anlaşılır. O hâlde hukuk asgarî insan davranışını temin etmeyi amaçlar⁶¹⁷. Ahlâk ise asgarî insan davranışını sağlamaya hizmet etmesinin yanı sıra, hukuk kuralı olmaya aday diğer erdemleri de içerir.

İkinci olarak, ahlâk kuralları kişinin doğduğu çevrede hazır bulduğu, doğruluğuna ya da yanlışlığına çoğu zaman sorgulamadan inandığı değerlerdir. Bu kurallar iyi yetişmiş bir vicdan sahibi kimseler için “iç polis” konumundadır. Dışarıdan bir dayatma olmasa da kişiler bu kuralların gereğini yapmayı dilerler. Çünkü içlerindeki vicdan bunu emreder. Ahlâk kuralları hukuk kurallarına dönüştüğünde, toplumun hukuk kurallarını ihlal oranı

⁶¹⁶ Dürüstlük kuralının ahlâka aykırılıktan doğduğu ve bu iki ilkenin uyum içerisinde olduğu yönünde, Giritlioğlu, s. 7, 44; dürüstlük kuralının hukuk kurallarına ahlâki bir mülâhaza kattığına dair, Gutzwiller, s. 149; “...Dürüstlük kuralı, bir kimseden dürüst bir insan olarak beklenen davranışı ifade eder. Bir davranışın bu nitelikte olup olmadığı, toplumda geçerli ahlak ölçülerine gelenek ve göreneklere, karşılıklı uygulanagelen teamüllere ve hakları sağlayan ilişkilerin amacına göre tayin edilir...”, Yargıtay HGK, E. 2017/1300, K. 2021/922 <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 15.04.2022).

⁶¹⁷ “Hukuk, asgarî ahlâklılık istemektedir”, Hatemi, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık, s. 27.

azalır⁶¹⁸. Zira bireyler bu düzene yabancı değildir. İşte böyle bir düzen dikkate alındığında, hukuk kurallarının ahlâk kuralları ile bir uyum içinde olduğu ya da olması gerektiği görülür.

Kimi zaman kanunkoyucu tarafından toplumun ahlâk anlayışı ile bağdaşmayan kuralların oluşturulduğu görülebilir. Böyle kurallar için denilebilir ki uygulanabilirlik açısından ölü doğmuş kurallardır. Çünkü ahlâken desteklenmeyen kurallar toplumda bir çatışma oluşturur⁶¹⁹. O hâlde ahlâk ve hukuk kuralları arasındaki bağlantı için şöyle bir sonuca ulaşılabilir: Ahlâk kuralları içinde hukuk kurallarına dönüşmüş ya da bu kuralların dışında kalmış normlar vardır. Dışta kalan kurallar da hukuk kuralı olmaya uygun tabii hukuk kurallarından oluşur. Ancak kaynağını ahlâk kurallarında bulmasa da hukuk kuralına dönüşen her norm ahlâk kurallarına uygun olmak zorundadır. Aksi takdirde ya norm uygulama kabiliyetini kaybeder ya da toplum o kuralı ahlâka uygun olduğu zannıyla benimser.

cc) Hukukî İşlemlerde Ahlâka Aykırılık Hâlleri

Ahlâka aykırılık hukukî işlemlerde, bizzat işlemin ahlâka aykırı olması, amacın ahlâka aykırılığı ya da borçlanılan edimin ahlâka aykırılığı şeklinde üç biçimde gerçekleşebilir⁶²⁰. İşlemin ahlâka aykırı olmasında, bahsi geçen işlemi yapmak, edim ya da içerik araştırmaya gerek kalmaksızın başlı başına hukuka aykırıdır. Örneğin bir bedel karşılığında inancın değiştirilmesi ya da boşanılması⁶²¹ ya da kişilerin ekonomik özgürlüğünün aşırı şekilde sınırlandırılması⁶²² için yapılan sözleşmelerin yapılması başlı başına ahlâka aykırıdır. Edimin ahlâka aykırı olmasında ise o sözleşmenin yapılması

⁶¹⁸ Hukukun gerçekleştirilmesi ahlâktan güç alır, Işıktaç, s. 218.

⁶¹⁹ Işıktaç, s. 217; hukuk kurallarının ahlâk kurallarına uygun olması gerekliliği hakkında, Schwarz, s. 59.

⁶²⁰ Gauch/Schleup/Schmid/Rey/Emmegger, s. 129; Oğuzman/Öz, Cilt-1, s. 88, 89; Eren, F., Borçlar Genel, s. 372 vd.; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 258; amaç ya da içeriğin ahlâka aykırı olabileceğine dair, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 400; amaç ya da aracın ahlâka aykırı olabileceğine dair, Davran, s. 272; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Birinci Cilt, s. 556 vd.

⁶²¹ Bkz. Eren, F., Borçlar Genel, s. 372; Ateş, Ahlak Kurallarının Belirlenmesi, s. 260.

⁶²² Gauch/Schleup/Schmid/Rey/Emmegger, s. 129, 130; Ateş, Ahlak Kurallarının Belirlenmesi, s. 262.

başlı başına ahlâka aykırılık oluşturmaz. Fakat içindeki edimin yüklenilmesi ahlâka aykırıdır. Mesela, vekâlet sözleşmesi yapmak ahlâka aykırı değildir; ancak para karşılığında birinden adam öldürmesini istemek ahlâka aykırıdır⁶²³. Bunun gibi para karşılığında bir kimseye kadın bulunması veya cinsi münasebette bulunulması⁶²⁴ da ahlâka aykırılık oluşturur. Amacın ahlâka aykırılığında da esasen ne sözleşmenin yapılması ne de içindeki edimlerinin yüklenilmesi ahlâka aykırıdır. Ancak tarafların bu sözleşme ile ulaşmak istedikleri amaç, sözleşmeyi ahlâka aykırı hâle getirmektedir. Bir soygun yapmak için araç kiralınması⁶²⁵ ya da evli bir erkeğin metresine bir mal bağışlaması⁶²⁶ bu duruma örnek gösterilebilir. Amacın ahlâka aykırılığı söz konusu olduğunda yalnız bir tarafın bu amacı taşıması yetmez; sözleşmenin ahlâka aykırılık sebebiyle geçersiz olması için her iki tarafın da bu amaca sahip olması gerekir⁶²⁷.

Ahlâka aykırı hukukî işlemler TBK m. 27 hükmü gereğince kesin hükümsüzdür. Böylece ahlâka aykırı işlemin geçersizliğini, yararı olan herkes ileri sürebilir⁶²⁸. Hâkimin de davada bu hususu re'sen gözetmesi gerekir⁶²⁹. Birtakım unsurların sonradan eklenmesiyle ahlâka aykırı işlem sonradan geçerli hâle gelmez⁶³⁰.

dd) Sözleşmeye Müdahalenin Ahlâka Aykırı Fiil Olarak Değerlendirilmesi

Üçüncü kişinin sözleşmeye müdahale ederek alacaklının sözleşmesel haklarına zarar verdiği bir durum, tüm hukuk sistemlerinde hukukun kabul etmediği bir davranış

⁶²³ Eren, F., Borçlar Genel, s. 373.

⁶²⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 400; Gauch/Schleup/Schmid/Rey/Emmegger, s. 133; Ateş, Ahlak Kurallarının Belirlenmesi, s. 259, 260; Kılıçoğlu, s. 143.

⁶²⁵ Bkz. Eren, F., Borçlar Genel, s. 374.

⁶²⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 399.

⁶²⁷ Eren, F., Borçlar Genel, s. 375; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 401; Oğuzman/Öz, Cilt-1, s. 89; Alman Hukuku'ndaki aksi yönde görüş için, Gauch/Schleup/Schmid/Rey/Emmegger, s. 139; Groh, s. 136; Kapancı, s. 202.

⁶²⁸ Gauch/Schleup/Schmid/Rey/Emmegger, s. 138; klâsik kesin hükümsüzlük görüşünün bu yönde olduğu hakkında, Eren, F., Borçlar Genel, s. 389.

⁶²⁹ Gauch/Schleup/Schmid/Rey/Emmegger, s. 138; klâsik kesin hükümsüzlük görüşünün bu yönde olduğu hakkında, Eren, F., Borçlar Genel, s. 389.

⁶³⁰ Gauch/Schleup/Schmid/Rey/Emmegger, s. 138; klâsik kesin hükümsüzlük görüşünün bu yönde olduğu hakkında, Eren, F., Borçlar Genel, s. 389.

olarak nitelenmektedir. Ancak kimi hukuk sistemlerinde⁶³¹ bu durum, hukuka aykırı şekilde nitelenerek doğrudan yaptırıma bağlanırken, kimi hukuk sistemlerinde⁶³² ahlâka aykırı olarak görülmekte ve tazminata uygunluğu için bazı ek şartların gerçekleşmesi aranmaktadır. Sonuncu hukuk sistemleri arasında Türk Hukuku da bulunmaktadır.

Türk Hukuk Sistemi'nde hâkim görüşe⁶³³ göre başkasının sözleşme ilişkisine müdahalede bulunarak alacaklının haklarına zarar vermek ahlâka aykırıdır. Nitekim bir görüşe⁶³⁴ göre, üçüncü kişi kendi yararı için borçluyu ayartır ve kendisi borçlu ile yeni bir sözleşme yaparsa, bu sözleşme OR m. 20'ye göre geçersizdir; üçüncü kişi açısından ahlâka aykırılık, borçlu açısından hukuka aykırılık oluşmuştur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında⁶³⁵ böyle bir davranışı genel davranış kurallarına aykırı saymıştır; nitekim karara konu olayda, kiralayan ile ilk kiracının alt kiracıya zarar vermek amacıyla asıl kira sözleşmesini sona erdirmişler, Yargıtay da bu kimselerin alt kiracının zararını BK m. 41/II (TBK m. 49/II) hükmü gereğince karşılamakla yükümlü olduklarına karar vermiştir.

Gerek Türk-İsviçre Hukuku'nda gerekse kaynak hukuk Alman Hukuku'nda sözleşmeye müdahale belirtildiği şekilde ahlâka aykırı kabul edilmesine rağmen, somut olayın ahlâka aykırı olarak nitelenmesinde doktrinin ve yargı kararlarının oldukça dar yorum yaptığını ifade etmek gerekir. Böyle bir hâlde ahlâka aykırılıktan bahsedilebilmesi için bir görüşe⁶³⁶ göre, üçüncü kişi ile borçlu, alacaklının haklarına zarar vermek için bir komploya dayalı olarak birlikte hareket etmelidir. Ancak genel olarak doktrinde, bu şekilde genel ölçütün koyulması yerine, ahlâka aykırılığın varlığı için birtakım olayların

⁶³¹ Bkz. § 3, A, B, C.

⁶³² Bkz. § 3, D, E.

⁶³³ Görüş sahipleri için bkz. § 3, F. Pasif bir davranışla da ahlâka aykırı davranılabileceği yönünde, Becker, s. 232; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 16.

⁶³⁴ Müller, s. 113, 114.

⁶³⁵ Yargıtay HGK, T. 14.11.2001, E. 2001/6-1042, K. 2001/1030, <https://legalbank.net/belge/y-hgk-e-2001-6-1042-k-2001-1030-t-14-11-2001-kira/110929/> (Erişim Tarihi. 17.10.2022).

⁶³⁶ Groh, s. 129.

gerçekleşmesi aranmaktadır. Örneğin, borçlu sözleşmeyi ihlal ettiği takdirde, bundan doğan tazminat talepleri, yargılama masrafları veya cezaî şartın üstlenilmesi⁶³⁷, sözleşmeyi ihlale sevk etmede hiçbir meşru menfaatin bulunmaması⁶³⁸ veya menfaatin bulunmasına rağmen ağırlıklı olarak zarar verme amacının taşınması⁶³⁹ bu kabullerden bir kaçıdır. Aynı şekilde, üçüncü kişinin yegâne amacının alacaklıya zarar vermek olması⁶⁴⁰, borçluya sözleşmeyi ihlal etmesi için rüşvet gibi bir haksız çıkar temini⁶⁴¹, kötüniyetli olarak, aldatma ile ihlalin temin edilmesi⁶⁴² veya alacaklının kötülenerek borçluyu borca aykırı davranmaya sevk etmek⁶⁴³ davranışın ahlâka aykırılığına işaret eder. Ancak Yargıtay haksız çıkar temininin açık olduğu olaylarda bile haksızlığa hükmetme konusunda çekimser davranmaktadır. Karara konu bir olayda üçüncü kişi, bir bayie karşılıksız 50.000 TL vererek bayiin kendisi ile sözleşme yapmasını temin etmiştir. Fakat Yargıtay bu olayda, rakibe zarar verme amacı veya müşteri portföyünün ele geçirilmek istendiği kanıtlanamadığı için haksız rekabetin olmadığını kabul etmiştir⁶⁴⁴. Esasen somut olayda, belirtilen örneklerden birinin mutlaka gerçekleşmesinin aranması, uygulamayı haksız kararlar almaya sevk edebilir. Çünkü hangi olayların ahlâka aykırı olduğunu önceden tek tek tespit etmek mümkün değildir. Belirtilen örnekler, ahlâka aykırılığın bulunduğu güçlü bir şekilde işaret eder. Ancak bu örneklerin gerçekleşmediği bir durumda ahlâka aykırılığın olmadığını varsaymak, hakkaniyete uygun düşmez. Kanunkoyucu dahî böyle bir sayıma gitmemişken, doktrinin böyle bir

⁶³⁷ Sarıkaya, s. 42, 84; Barlas, Müdahale, s. 437; Groh, s. 127; Larenz/Canaris, s. 456. Kapancı'ya göre bu üstlenme ahlâka aykırılığın göstergesi olamaz, s. 93; aynı yönde, Koziol, s. 55, 75.

⁶³⁸ Barlas, Müdahale, s. 437; Sarıkaya, s. 42.

⁶³⁹ Çağlayan Aksoy, s. 463, 464; Barlas, Müdahale, s. 437; Palandt ve diğerleri, s. 1448. Elde edilecek yarar ile verilen zarar arasında aşırı nispetliliğin olduğu durumların hukuka aykırı olduğuna dair, Tandoğan, Mes'uliyet, s. 26.

⁶⁴⁰ Sarıkaya, s. 42; Barlas, Müdahale, s. 423; Müller, s. 80; borçlu ve üçüncü kişinin bu amaç için bilinçli ve planlı hareket etmeleri şeklindeki niteleme için, Sungurbey, s. 51.

⁶⁴¹ Kapancı, s. 93, Çağlayan Aksoy, s. 463.

⁶⁴² Müller, s. 80; ayrıca bkz. Schluep, s. 280.

⁶⁴³ Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. Eulau, Verleitung und Ausnutzung, s. 154, dn. 115. Kötüleme ve tazminat sorumluluğunu üstlenmenin, haksız rekabet göstergesi olduğu hakkında, 11. Hukuk Dairesi, T. 05.04.2021, E. 2020/2201, K. 2021/3297, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 02.11.2022).

⁶⁴⁴ 11 Hukuk Dairesi, 16.04.2012, E. 2010/15019, K. 2012/6150, karar için bkz. Sarıkaya, s. 65, dn. 128.

sınır koyması, kanunkoyucunun iradesine hiçe saymak olur. Bu sebeple ahlâka aykırılığın tespiti noktasında, örneklere bağlı kalınarak sınırlayıcı bir yorum yapmaktan kaçınılmalıdır⁶⁴⁵.

Ahlâka aykırılığın dar yorumlanmasına sebep olan bir başka durum da sözleşmeye müdahale sonucunda gerçekleşen ihlalde, müdahale edenin bir menfaatinin olmasıdır. Mesela borçlunun üçüncü kişi ile aynı konuda yeni bir sözleşme yapması, üçüncü kişinin kendi menfaati için yaptığı müdahaleler arasında sayılabilir. İfade etmek gerekir ki, ticarî hayatta birilerinin kaybederken, diğerinin kazanması kaçınılmaz bir sonuçtur. Örneğin, bir bardak alırken tüketicinin, A, B ve C satıcılarından C'yi tercih etmesi, C'yi kazandırırken A ve B'ye kazanç kaybı olarak geri döner. Fakat olması gereken, söz konusu kazanç ya da kaybın, serbest ve dürüst bir rekabet ortamında gerçekleşmesidir. Az önceki örnekte, tüketicinin C'yi tercih ettikten sonra, kararının B tarafından değiştirilmesi ve onun B ile yeni bir sözleşme yapması, dürüst ve bozulmamış bir rekabet ortamının varlığına işaret etmez. Aksine böyle bir ticarî ortamda, ticarî hayat aktörlerinin birbirlerine olan güveni sarsılır, herkes bir sözleşme yapacağı zaman büyük tereddütler yaşar ve bu da daha çok teminat isteği ve daha fazla masraf demektir. O hâlde sözleşmeye müdahale durumlarının ahlâka aykırılığı yorumlanırken dikkat edilmesi gereken nokta, üçüncü kişinin ifa yararı değil, ilk alacaklının zararıdır⁶⁴⁶.

Bir müdahalenin ahlâka aykırılığı değerlendirilirken, soyut genellemelerden ziyade, müdahale eden ve edilen kimselerin içinde bulunduğu koşullar da dikkate alınmalıdır. Ahlâka aykırılığın değerlendirmesinde belli bir sınıfın, örneğin tâcir kimselerin ahlâk anlayışının dikkate alınmasında, halk vicdanına aykırı düşmedikçe

⁶⁴⁵ Ahlâka aykırılığın yorumunda fazla katı davranılmaması gerektiği yönünde, Barlas, Müdahale, s. 439.

⁶⁴⁶ Merz, Obligation, s. 59; "...ahlâki telâkkilerimizce ferdin serbest takdirine bırakılması لازمگelen hususlarda dahi -velevki meşru, bir gayenin istihsaline masruf olsun- diğer bir irade üzerindeki tahakkümleri hukuk kabul etmez. Bilhassa suiniyet, bir çok hallerde, diğer tarafın himayesi için vazii kanunun müdahalesini icab ettirir", Arsebük, s. 9.

herhangi bir engel olmadığı ifade edilir⁶⁴⁷. Ancak bu noktada, halk vicdanının da olması gereken hukuk ve hukukun genel ilkeleri⁶⁴⁸ açısından bir sağlaması yapılmalı ve bunlara göre ahlâka aykırılık takdir edilmelidir. Örneğin, ticarî ilişkilerde saldırgan tutumu yasaklayan bir halk vicdanı yetişmediği için her türlü ticarî işleme salık verilmesi, hakkaniyet duygusu ile bağdaşmaz⁶⁴⁹. Böyle bir ortamda yapılan işlemlerin ahlâka uygun olduğuna karar verilirse, bu durum ancak şeklî olarak doğruyu gösterir; adaletin tesisine hizmet etmez. Bu da uzun vadede ekonomik düzenin sarsılmasına yol açar. Dolayısıyla ahlâka aykırılığın tespiti yapılırken, tarafların tâbi olduğu kesmin anlayışı da dikkate alınmalı; fakat bu anlayışın adalete ve hakkaniyete hizmet edip etmediği de düşünülmelidir.

b) Zarar

Hangi tür tazminat talebi olursa olsun, davacının fiil dolayısıyla bir zarara uğradığı tespit edilmedikçe, talebinin haklı görülmesi düşünülemez. Açılan tazminat davasının olumlu sonuçlanması için mutlaka davacının malvarlığı veya şahısvarlığı, zarar verici fiil dolayısıyla eksilmiş olmalıdır. Fiil en ağır kusurla işlenmiş olsa bile, malvarlığında bir eksilmeye sebep olmadıysa ya da beklenen kâr elde edildiyse, talebin haklı görülmesi mümkün değildir.

Çalışmada benimsenen fikir çerçevesinde, ahlâka aykırı davranışla zarar verme zaten TBK m. 49/I çerçevesinde bir haksız fiil olduğu için zarar unsuru da bu başlık açısından farklılık arz etmez. Tekrara düşmemek adına, bu başlık altında zararlar ilgili aynı hususlar yinelenmeyecektir. Bu başlık altında, doktrinde TBK m. 49/II hükmü

⁶⁴⁷ Davran, s. 271; Kaneti, s. 176.

⁶⁴⁸ Özellikle olaydaki durumun dürüstlük kuralı ile çelişip çelişmediği dikkate alınmalıdır. Nitekim Alman Hukuku'nda iyi ahlâk doğruluk ve güven ilkesini (dürüstlük ilkesi) kapsar, Müller, s. 50; Art. 41/II OR hükmü hukuktan ve örf-âdetten çıkarılamayan, fakat dürüstlük kuralından çıkarılabilen hükümlerin varlığı hâlinde uygulanır, s. 66; Art. 41/II OR dürüstlük kuralının yaptırımıdır, s. 69.

⁶⁴⁹ Hâkimin bir davranışın iyi ahlâka uygunluğunu ilk olarak Art. 2 ZGB (TMK m. 2)'de yer alan dürüstlük kuralına dayalı şekilde, halk arasında uygun genel görünüme uygunluğa göre, ikinci olarak da bu görünümün iyi ahlâka uygun olup olmadığını inceleyerek tespit etmesi gerektiği yönünde, Müller, s. 50.

kapsamında karşılanması kabul edilen zararlarla ilgili özellikli hâller ve bunların sözleşmeye müdahale kapsamında değerlendirilmesi yer almaktadır.

TBK m. 49/II çerçevesinde talep edilen tazminatlar için de bir zararın oluşması zorunlu unsurdur⁶⁵⁰. Bu kapsamda fail, malvarlığını doğrudan azaltan eksilmeleri (fiili zarar) ve zarar verici fiil olmasaydı elde edilecek kârı (yoksun kalınan kâr) tazmin etmekle yükümlüdür. Sözleşmeye müdahalenin ahlâka aykırı bir fiille gerçekleşmesi hâlinde de fail, tıpkı TBK m. 49/I çerçevesinde verilen zararlarda olduğu gibi, tazminat için gerekli fiil gerçekleşmeseydi, malvarlığı hangi durumda olacak ise o durumu tesis etmekle yükümlüdür⁶⁵¹. Zarar fiili zarar ya da yoksun kalınan kâr şeklinde gerçekleşmiş olabilir; her iki türdeki zararın da tazmini gereklidir⁶⁵². Ancak sözleşmeye müdahale dolayısıyla ortaya çıkan zararların genellikle salt malvarlığı zararı şeklinde olduğundan, malvarlığının doğrudan zarar gördüğü hâllerde bu zararların zaten TBK m. 49/I kapsamında tazmin edildiğinden bahsedilmektedir⁶⁵³.

Doktrinde bir görüşe⁶⁵⁴ göre manevî zararların TBK m. 49/II kapsamında tazmin edilmesi mümkün değildir; çünkü kişilik haklarının ihlali zaten TBK m. 49/I çerçevesinde hukuka aykırılık olarak değerlendirildiğinden, bu tür zararların, ahlâka aykırılık değil, hukuka aykırılık dolayısıyla tazmin edilmesi gerekir. Böyle bir sonuca varılmış olması, çalışmada savunmuş olduğumuz, TBK m. 49/II'nin gerekli olmadığı yönündeki fıkri doğrular. Çünkü TBK m. 49/I'deki hukuka aykırılık hâlleri, yazısız kurallara ve bu arada ahlâk kurallarına da dayanır. Ancak burada önemli olan, manevî zararların hangi hükme göre tazmin edilmesi gerektiği değil, tazmin edilmesi gerekliliğidir. Sözleşmeye

⁶⁵⁰ Eren, F., Borçlar Genel, s. 687; Palandt ve diğerleri, s. 1446; Oser/Schönenberger, s. 389; Fikentscher, s. 767.

⁶⁵¹ Groh, s. 138; Davran, s. 276.

⁶⁵² Oser/Schönenberger, s. 389; ayrıca bkz. Davran, s. 276.

⁶⁵³ Kapancı, s. 35.

⁶⁵⁴ Oser/Schönenberger, s. 389; Davran, s. 277, yazar çalışmasında, tüm gayretine rağmen sadece ahlâka aykırı olup hukuka aykırı olmayan bir kişilik hakkı ihlali bulamadığını ifade etmektedir. Manevî zararların TBK m. 49/II çerçevesinde tazmin edilemediğine dair, Kapancı, s. 182.

müdahalenin gerçekleştiği bir olayda, kişiler bu fiil ile manevî zarara uğramış olabilirler. Örneğin, A'nın borcuna sadık bir insan olmadığı, dolandırıcının teki olduğundan bahisle A'nın sözleşme ilişkilerinin bozulduğu bir örnekte, A aynı zamanda kişilik hakları açısından da zarara uğramaktadır. Dava açtığı anda A'nın yapması gereken, bu fiil dolayısıyla uğradığı manevî zararın da tazminini istemektir. Bu tazminin hangi hukukî sebep dolayısıyla gerçekleştiğini bulmak hâkimin işidir. Hâkim ise bu noktada, manevî zararların TBK m. 49/II çerçevesinde tazmin edilmediği görüşünden bahisle talebi geri çevirmemeli, manevî zarar tazmini için gerekli olan şartları inceledikten sonra bir hükme varmalıdır.

c) İlliyet Bağı

Ahlâka aykırı ve kasıtlı verilen zararlardan sorumluluk için aranan şartlardan bir diğeri de illiyet bağıdır. Her sorumluluk türünde olduğu gibi, bu tür bir sorumluluk için de illiyet bağı olmazsa olmaz unsurdur. Ahlâka aykırı davranış olmasa da zaten gerçekleşecek olan sonuçlar için zarar ile fiil arasında illiyet bağı kurulduğundan bahsedilemez. TBK m. 49/I'e dayanan haksız fiil sorumluluğunda olduğu gibi TBK m. 49/II'ye göre ortaya çıkan sorumlulukta da uygun illiyet bağı aranır.

TBK m. 49/II çerçevesinde sorumluluk için aranan illiyet bağı, genel olarak TBK m. 49/I için aranan illiyet bağından farklılık arz etmez. Dolayısıyla bu başlıkta aynı hususları tekrar etmemek adına, genel bilgiler açısından yukarıda açıklanmış olan illiyet bağı konusuna⁶⁵⁵ atıf yapmakla yetiniyoruz. Burada yalnızca ahlâka aykırı bir fiille zarar verme söz konusu olduğunda ve sözleşmeye müdahale olduğunda özellik arz eden durumlara yer verilmektedir.

Sözleşmeye müdahaleden doğan zararlardan TBK m. 49/II hükmü gereğince bir sorumluluğun doğması için de mutlaka zarar, ahlâka aykırı davranışın sonucu

⁶⁵⁵ Bkz. § 6, A, 3, a.

olmalıdır⁶⁵⁶. Burada gözetilmesi gereken illiyet bağı türü de uygun illiyettir⁶⁵⁷. Dolayısıyla ahlâka aykırı fiil sonucu ortaya çıkan her türlü sonuçtan değil, yalnızca hayatın olağan şartlarına ve tecrübeye göre o fiilden doğması uygun olan zararlardan sorumluluk söz konusu olmalıdır.

Sözleşmenin ihlal edilmesine ve böylece alacaklı açısından bir zararın ortaya çıkmasına, borçlu, borca aykırı fiiliyle ve üçüncü kişi de ahlâka aykırı fiiliyle olmak üzere, birlikte neden olmuş olabilirler. Böyle bir hâlde şayet birinin fiili olmadan diğeri tek başına zararlı sonucu meydana getirmeyecek idiyse, ortak illiyet söz konusudur. Örneğin, borçlu B daha önceden ihlal kararı almadan, üçüncü kişi Ü onu böyle bir karara sevk eder ve sonra da B sözleşmeyi ihlal ederse, B ve Ü zarara ortak illiyet ile sebep olmuş olurlar. Burada B, Ü kendisini ikna etmeseydi böyle bir zararın ortaya çıkmayacak olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. Aynı şekilde Ü de kendisi ikna fiilini gerçekleştirmiş olsa da sonuçta ihlal fiili ve kararı B'ye ait olduğundan bahisle sorumluluktan kurtulamamalıdır. Hâkim somut olayda hangisinin zarara ne oranda katkı yaptığını belirleyerek sorumluluğu takdir eder. Bu noktada B'de önceden ihlal fikrinin oluşması, fakat bunu hayata geçirmek için uygun fırsatı beklemesi gibi durumlar, sorumluluğun paylaşılmasında dikkate alınmalıdır.

Yarışan bir illiyetle borçlu ve üçüncü kişinin zarara birlikte sebep olmaları meselesi de özellik arz eden bir konudur. B'nin ahlâka aykırı ikna fiilinden önce sözleşmeyi ihlal ettiği bir olayda, üçüncü kişi Ü'nün sorumluluğu yoktur. Çünkü Ü'nün fiili, ihlale hiç etki etmemiştir. Her ne kadar fiili zararın oluşumu için yeterli olsa da, Ü'nün fiili olmasa bile B zaten sözleşmeyi ihlal edecekti. Burada fiilen mümkün olmayan bir ihlal teşviki

⁶⁵⁶ Kapancı, s. 40; TBK m. 49/I'de aranan illiyet bağı şartının bu fıkradaki sorumluluk açısından da arandığına dair, Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 69.

⁶⁵⁷ Kapancı, s. 40; TBK m. 49/I'de aranan illiyet bağı şartının bu fıkradaki sorumluluk açısından da arandığını belirtmek üzere dolaylı olarak aynı yönde, Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 69; ihmali davranışlarda illiyet bağı kurulabilmesi için zarar verenin zarar görende önceden bir güven oluşturması gerektiği yönünde, Hatemi/Serozan, s. 128.

vardır. Ancak hem B'nin ihlal kararı hem de Ü'nün ihlal teşviki aynı zamanda birleşmişse yarışan illiyet söz konusudur. Mesela, aynı anda B ihlal kararı almış, bu kararını kesinleştirmişse ve Ü'nün reddedilemeyecek kadar cazip iş teklifini kabul ederek bu kararını uygulamışsa, yarışan illiyetten söz edilir. Aynı anda sonucu tek başına meydana getirmeye elverişli iki sebebin mi yoksa fiilen mümkün olmayan bir teşvikin mi olduğunu ayırt etme noktasında, teşvikin ihlalden önce mi yoksa sonra mı olduğu dikkate alınmalıdır. Teşvik ihlal sonucuna hiç etki etmememişse, fiilen işlenemeyen bir müdahale olur ve konu yokluğundan dolayı sorumluluk ortaya çıkmaz. Buna karşılık sorumluluk için teşvikin en azından ihlal kararını tamamlamış olması gerekir.

Ahlâka aykırı bir fiille sözleşmeye müdahale olaylarında seçimlik illiyetin ortaya çıkması da mümkündür. Böyle bir hâlde borçlu ihlali gerçekleştirmiştir. Ancak ihlal kararının sadece borçlu tarafından mı alındığı, yoksa üçüncü kişinin etkisi ile mi gerçekleştirildiği belli değildir. Özellikle ispat yükünün davacıda olduğu ve olayın özellikleri gereği hangisinin zarara sebep olduğu tespit edilemediği durumlarda, bu tür bir illiyet bağı problemi ortaya çıkar. Söz konusu durumda, bir yandan borçlu kendisine bu kararın üçüncü kişi tarafından aldırıldığını iddia edecek, diğer yandan üçüncü kişi ihlalin, borçlunun inisiyatifinde bir karar olduğunu ileri sürecektir. Ancak bir zarar olduğu ve bunun karşılanması gerektiği muhakkaktır. Olayda seçimlik illiyet olduğu, hangisinin zarara gerçekten sebebiyet verdiğinin tespit edilememesi dolayısıyla tazminata hükmetmekten kaçınmak, hakkaniyete uygun bir çözüm olmaz. Bu sebeple hâkim, hem üçüncü kişinin hem de borçlunun sorumluluğu yönünde karar vermeli; tazminatı da tespit edebildiği kadarıyla kusur oranında paylaşmalıdır.

Üçüncü kişinin zaten borçlunun sözleşmeyi herhâlde ihlal edeceği yönündeki öne geçen illiyet savunması değerlendirilirken dikkatli davranılmalıdır. Borçlu ihlali, müdahale fiilinden önce yapmışsa, bu savunma işlenemeyen teşvik fiili kapsamında dikkate alınmalıdır. Ancak üçüncü kişi, borçlunun ihlal kararı kesinleşmeden bu kararın

oluşumuna ya da tamamlanmasına ahlâka aykırı şekilde katkıda bulunmuşsa, o zaman böyle bir savunma yerinde olmaz. Alman Federal Mahkemesi de bir uyuşmazlıkta davayı böyle bir açıdan değerlendirmiştir. Davaya konu olayda⁶⁵⁸, mâlik haciz tehlikesi ile karşı karşıya kalmıştır. Taşınmazın haciz yoluyla satılmasını önlemek için de üçüncü kişinin taşınmazı satın alması için onunla anlaşma yapmıştır. Haciz takibi başlatan alacaklı ise mâlik ile üçüncü kişinin yaptığı satış işleminin ahlâka aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme sözleşmenin BGB § 138'e göre ahlâka aykırılık dolayısıyla geçersiz olup olmadığı üzerinde durmuş ve geçersiz olduğu sonucuna varmıştır. Çünkü alacaklının BGB § 268'e göre borcu ödeme ve alacaklıya halef olma imkânı vardı. Yapılan anlaşma ile bu imkân ahlâka aykırı olarak engellenmiştir. Mahkemenin dikkat çektiği diğer husus ise bu taşınmazın nasılsa satılacak olmasını, ahlâka aykırı şekilde niteleme açısından bir savunma olarak dikkate almamış olmasıdır. Bu durum illiyet bağı değerlendirme noktasında, öne geçen illiyet söz konusu olduğu zaman, alacaklının sahip olduğu imkânlar başta olmak üzere, diğer ihtimallerin de göz önünde bulundurulması gerektiğini ortaya koyar.

d) Kast

Ahlâka aykırı bir fiille verilen zararlardaki kusur türü, TBK m. 49/I'de kabul edilen kusuru türleri açısından farklılaştırılmıştır. Nitekim TBK m. 49/I'de kusurlu bir fiille başkasına zarar verme aranmışken, TBK m. 49/II'de kusur ifadesi yerini kasta bırakmıştır⁶⁵⁹. Böylece TBK m. 49/II'de kınanabilirlik açısından daha ağır şartların arandığı görülmektedir.

Alman Hukuku'nda hükmün karşılığını oluşturan BGB § 826'da kusur türü “vorsatzlich” olarak ifade edilir. Mevaz Hukuk karşılığı olan İsviçre Borçlar Kanunu'nda

⁶⁵⁸ Karar için bkz. Groh, s. 133, 134.

⁶⁵⁹ Hâlbuki “...bir olayda “kusurdan” söz ediliyorsa, burada ahlâki yönden kınanacak bir davranış vardır...”, Deschenaux/Tercier, s. 57. Dolayısıyla başta ahlâka aykırılığın farklı bir fıkarda düzenlenmesi olmak üzere, söz konusu fıkarda kusur hakkında bir ayırım yapılmış olması da eleştirdiğimiz yönler arasında bulunmaktadır.

ise bu kusur “absichtlich” olarak yer almıştır (Art. 41/II OR). Her ikisi de kastı anlatıyor olsa da kapsam açısından iki terim arasında büyük farklılıklar bulunmaktadır. Nitekim “vorsatzlich” terimi genel kastı anlatmaktadır; tasavvur görüşü dikkate alınarak seçilen bu terim, kasttan bahsedilebilmesi için sonucun göze alınmış olmasının yeterli olduğunu, öngörmenin gerekli olmadığını ifade eder⁶⁶⁰. Buna karşılık “absichtlich” teriminde kast, irade görüşü baz alınarak seçilmiştir ve ancak sonuç istenmişse kast gerçekleşmiş olur⁶⁶¹. Hükümün ihmali sorumluluğu dışarıda bırakmış olması, zaten eleştiriye değer bir konudur. Çünkü ahlâkî bir yükümlülüğü ihlal ederek bir başkasına zarar veren kimsenin vurdumduymaz davranışları bu vesile ile ödüllendirilmiş olmaktadır. Ayrıca TBK m. 49/I’in ihlali sayılabilecek bir ahlâka aykırı ve ihmali davranış bu hüküm kapsamında tazminat ile karşılık bulurken, TBK m. 49/II bağlamında böyle bir davranışın yaptırımsız kalması, hukuk sistemi için çelişki oluşturmaktadır. Dolayısıyla zaten son derece dar bir uygulama alanı varken, bir de gerçekleşmesi gereken kast için doğrudan kastı aramak, hükmü daha da uygulanmaz bir alana itmektedir⁶⁶². Bu sebeple TBK m. 49/II kusur için hem zararlı sonucun birincil amaç olarak hedeflendiği doğrudan kast hem de doğrudan hedeflenmese de öngörülüp kabullenildiği olası kast yeterli kabul edilmelidir⁶⁶³. Ancak doktrinde doğrudan kastın mutlaka gerekli olduğunu, olası kastın sorumluluk için yeterli olmadığını savunan bir görüş⁶⁶⁴ de bulunmaktadır.

Sözleşmeye müdahale yoluyla verilen zararların TBK m. 49/II’ye göre karşılanabilmesi için kast aranması gerektiği mevcut hükümler karşısında kabul

⁶⁶⁰ Davran, s. 277; Tüysüzöğlu, s. 190, dn. 618; Çağlayan Aksoy, s. 371.

⁶⁶¹ Tüysüzöğlu, s. 191, dn. 619; Çağlayan Aksoy, s. 371; Davran, s. 277.

⁶⁶² Barlas, Müdahale, s. 425.

⁶⁶³ Fikentscher, s. 767; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Birinci Cilt, s. 17, dn. 30; Davran, s. 277; Barlas, Müdahale, s. 425; Çağlayan Aksoy, s. 485; Schluep, s. 273; Schopf, s. 114; farklı uyumsuzluklara göre farklı çözümler sunarak kısmen aynı yönde olmak üzere bkz. Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 72.

⁶⁶⁴ Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 369; Kapancı, s. 94.

edilmektedir⁶⁶⁵. Fakat kastın türü açısından da doktrinde fikir ayrılığı bulunmaktadır. Bir görüşe⁶⁶⁶ göre fiil mutlaka doğrudan kastla işlenmiş olmalıdır. İkinci görüşe⁶⁶⁷ göre ise fiilin olası kastla işlenmiş olması da sorumluluk için yeterlidir. Aslında burada sorun, böyle bir ahlâka aykırı fiili, olası kastla işleme imkânının olup olmadığı sorununa dayanmaktadır. Ancak olası kastla sözleşmeye müdahale edilebileceği açıktır. Örneğin, E ile D'nin sürekli olarak hammadde alışverişi yaptıkları, ancak yeni dönemde C'nin yine hammadde alım sözleşmesinin yapıp yapmadıklarını bilmediği bir olay düşünelim. Böyle bir ihtimal yüksek olmasına rağmen, C olası bilgilere kulağını kapayarak ve sonucu kabullenerek bu ilişkiye müdahale ederse sorumluluğu söz konusu olmalıdır. Çünkü C böyle bir ihtimalin gerçekleşebileceğini öngörmekte, düşünmekte, buna rağmen sonuç gerçekleşse de umurunda olmadığını müdahale fiilinde ısrar ederek ortaya koymaktadır. Bu noktada C'nin umursamazlığını ödüllendirmek için hiçbir sebep olmasa gerektir.

Hükümde kast unsurunun aranmış olması, kastın bazı unsurları kapsamasını zorunlu kılar. İlk olarak fail alacak hakkının, sözleşmesel ilişkinin varlığını bilmelidir⁶⁶⁸. Fakat bu bilgi için kesin bilgi aranmamalı, öngörü, güçlü bir tahmin yeterli kabul edilmelidir⁶⁶⁹. Failin kastının yalnız fiile değil, zararlı sonuca da yönelik olması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁷⁰. Ancak böyle bir yorum, sorumluluktan kaçmak isteyen kötüniyetli

⁶⁶⁵ Merz, Obligation, s. 59; Davran, s. 277; Çağlayan Aksoy, s. 373; ağır ya da hafif ihmal sorumluluğa yol açmaz, Barlas, Müdahale, s. 423; ihmali (savsamanın) sorumluluğa yol açabileceğini belirterek aksi yönde, Oser/Schönenberger, s. 389.

⁶⁶⁶ Kapancı, s. 31, 94; mutlaka özellikle zarara uğratma şeklinde özel kast gerektiği, Barlas, Müdahale, s. 437; sözleşmeyi ihlal dolayısıyla doğması muhtemel zarar ve masraf kalemlerinin üstlenilmesinin yeterli olmadığı, ayrıca alacaklıya zarar verme kastının gerekli olduğu yönünde, Şenocak, s. 229; Groh, s. 129; Müller'e göre fail olası kastla sözleşmenin varlığını bilemeyeceği için doğrudan kasta sahip olması gerekir (s. 102). Ancak yazar daha sonra ya kesin öngörünün ya da sonuç olarak gerçekleşeceğini öngörünün olması gerektiğini ifade ederek, ikinci ihtimal bağlamında olası kasta işaret etmektedir (s. 100).

⁶⁶⁷ Barlas, Müdahale, s. 425, 429; Ateş, Genel Ahlaka Aykırılık, s. 191; Kaneti, s. 175; Fikentscher, s. 767; failin kasıtlı zarar fikrine sahip olup bu sonucu onayladığı, dolayısıyla olası kastın yeterli olduğuna dair, Groh, s. 129.

⁶⁶⁸ Groh, s. 129; Çağlayan Aksoy, s. 485; Barlas, Müdahale, s. 435; Kapancı, s. 94.

⁶⁶⁹ Somut olayın şartlarına göre failin haberdar olmasının beklendiği hâllerde de sorumluluğunun olduğu yönünde, Schluep, s. 262.

⁶⁷⁰ Kaneti, s. 175; Barlas, Müdahale, s. 435; Olgaç, s. 268; Oftinger/Stark, s. 67; Alman Hukuku uygulamasında, üçüncü kişinin yalnız sözleşmeyi bilmesi ve sözleşmeye aykırı davranışa katılımı sorumluluk için yeterli görülmemektedir; üçüncü kişi aynı zamanda doğru ve dürüst bir tutumla bağdaşmayan bir davranış içerisinde olmalıdır, BGH, Urteil vom 23. 4. 1999 - V ZR 62-

kimseler için âdeta bir çıkış kapısı hâline gelebilir. Çünkü bu durumda fail, kendisinin yalnızca sözleşme yapmak istediğini, asıl amacının başkasına zarar vermek olmadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulabilir. Alacaklı da bunun aksini ispat edemeyeceği için sorumluluğun hiç işletilemeyeceği açıktır. Oysa böyle bir durumda fail, fiilinin sonucunda böyle bir zararın ortaya çıkacağını öngörebilmekte ve bu sonucu kabullenmektedir. Dolayısıyla sorumluluk açısından failin fiilini isteyerek gerçekleştirmesi ve bunun sonuçlarını öngörerek davranışlarını yönlendirebilecek yetenekte olması, sorumluluk için yeterli sayılmalıdır.

Failin fiiliyle kime zarar verdiğini bilmiş olması gerekmez; zarar verdiğini bilmesi yeterlidir⁶⁷¹. Çünkü fail zarar verdiğini bilerek ya da bu sonucu kabullenerek, kınanabilir iradesini zaten ortaya koymaktadır. Zararın bilinmesi gerekliliğini ifade eden görüşler, bu zararın tüm ayrıntılarıyla bilinmesinin gerekli olmadığını ifade ederler⁶⁷². Failin, fiilinin ahlâka aykırı olduğunu bilmesi de şart değildir⁶⁷³. Çünkü failin hayat tarzını, ahlâki kurallardan soyutlamış olması, onun sorumluluktan kurtulması için bir sebep olarak görülmesi gerektir.

Failin kast hususunda fiilî ya da hukukî hataya dayanabileceği ifade edilmektedir⁶⁷⁴. Bu noktada sorumluluğun ortadan kalkıp kalkmadığını tespit için hata edilen konu hakkında bir ayırım yapılmalıdır. Şayet hukuken böyle bir fiilin sorumluluğa bağlandığı

98 (Karlsruhe), NJW-RR, NJW Rechtsprechungs-Report, Zivilrecht, Heft 8/2022, <https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata/zeits/njw-rr/2022/cont/njw-rr.2022.h08.nameinhaltsverzeichnis.htm> (Erişim Tarihi: 08.05.2022). Bu kararlar aynı yönde, BGH, Urteil vom 23.04.1999 – V ZR 62/98 <https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fents%2Fnomos%2F1999%2Fcont%2Fbeckrs.1999.30056646.htm> (Erişim Tarihi: 08.05.2022).

⁶⁷¹ Çağlayan Aksoy, s. 376; Kaneti, s. 175; Barlas, Müdahale, s. 426.

⁶⁷² Kapancı, s. 33; Çağlayan Aksoy, s. 376, 485; Barlas, Müdahale, s. 426. Çalışmada kabul ettiğimiz görüşe göre fiilin sonucunu öngörmek yeterlidir.

⁶⁷³ Davran, s. 273; Kaneti, s. 175; Kapancı, s. 21; aksi yönde bir kabulün hükmün uygulama alanı daraltacağı, faili çok çabuk sorumluluktan kurtaracağı ve ispat sorunu oluşturacağına dair, Barlas, Müdahale, s. 427; aynı yönde, Çağlayan Aksoy, s. 379; Fikentscher, s. 767. Failin ahlâka aykırılığı bilmesi, yerleşmiş bir ahlâka aykırılık anlayışının göstergesi olduğu için bunun bilinmesi gerektiği hakkında, Deutsch, s. 232, 233.

⁶⁷⁴ Bkz. Davran, s. 273.

konusunda hataya düştüğünü iddia ediyorsa, böyle bir mazeret dinlenmemelidir. Çünkü kanunu bilmemek mazeret sayılmaz. Ancak fail sözleşmenin varlığı konusunda hata ileri sürebilir. Bunun gibi sözleşmenin daha önce sona erdiğini zannettiğı için yeni sözleşme teklifi sunduğunu iddia edebilir. Böyle bir hâlde iddia değerdendirilmeli, failin savunmasını delillendirmesi istenmelidir. Bununla birlikte değerdendirilmede dikkatli olunmalı, böyle bir savunmanın sorumluluktan kurtulmak için çıkış yolu olmasına mahâl verilmemelidir. Failin alacaklı konusunda hataya düşmüş olması önemli değildir. Çünkü burada önemli olan zararın kime verildiğı değil, zararın verilmesidir. Failin düşüncelerinin dikkate alınmayacağı zannıyla konuştuğunu, böyle bir sonucun gerçekleşeceğini tahmin edemediğini ileri sürmesi ise ancak failin kusur yeteneğı ile ilgili olarak, tazminattan indirim konusunda dikkate alınmalıdır.

Sözleşmeye müdahaleyi failin, her zaman kendi yararı için ya da mutlaka bir menfaat için gerçekleştirmiş olması gerekmez. Kendisinin ya da başkasının hiçbir menfaati yokken sözleşmeye müdahale etmiş olabileceğı gibi, başkası yararına da sözleşmesel ilişkiye zarar vermiş olabilir. Bu durum sadece saikle ilgilidir. Dolayısıyla failin sorumluluğunda değışikliğe yol açmaz. Fail başkası lehine ayartmada da verdiği zarardan sorumludur⁶⁷⁵.

⁶⁷⁵ Müller, s. 103; Sarıkaya, s. 90.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SÖZLEŞMEYE MÜDAHALE ÖRNEKLERİ

Bir uyuşmazlığın hangi hukukî sebep çerçevesinde çözümleneceğini tespit etmek, en az o uyuşmazlıkta kayba uğrayan hak kadar önem arz eder. Zira yanlış bir hukukî nitelendirme, davacının hakkını tamamen kaybetmesine yol açar. Sözleşmeye müdahalenin gerçekleştiği olaylarda da hukukî nitelendirmenin doğru yapılması, müdahaleden doğan sorumluluğa yol açan şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti çok önemlidir. Bu kapsamda çalışmanın üçüncü bölümü, sözleşmeye müdahale kapsamında değerlendirilen olayların incelenmesine ayrılmıştır. Bölümde ilk olarak, ilgili olaylar hakkında genel bilgilere yer verilmiş, sonrasında ise bu olaylara uygulamanın bakış açısı aktarılmış ve olaylar sözleşmeye müdahale şartları açısından değerlendirilmiştir.

§ 7. ÇİFTE SÖZLEŞMELER

Sözleşmeye müdahale fiillerinin sıklıkla görüldüğü alanlardan ilki, çifte sözleşmelerdir. Türk Hukuku için sözleşmeye müdahale ile çifte sözleşme olaylarının bağlantısı o kadar fazladır ki, konunun hep çifte satış ile anıldığından dahî bahsedilmiştir⁶⁷⁶.

Çifte satış olaylarında satış konusu nesne, ilk olarak bir kimseye satılmakta ya da satışı vaat edilmekte; fakat henüz bu kimsenin lehine tasarruf işlemi yapılmadan, söz konusu nesne ikinci bir kimseye satılmakta ve onun üzerine tescili yapılmakta veya zilyetliği tesis edilmektedir⁶⁷⁷. Böylece ilk alacaklının sözleşmesel menfaati zarara uğrar.

⁶⁷⁶ Paksoy, s. 3; Eulau, Verleitung und Ausnutzung, s. 5; Kapancı, s. 86; Zulliger, s. 7; Grossen, s. 127; Larenz/Canaris, s. 455; Hatemi/Serozan, s. 124, 125; Oftinger/Stark, s. 65; Koziol, s. 120; Schopf, s. 19. Kıta Avrupası Hukuku'nda da sözleşmeyi ihlale yöneltmenin özel bir türü olarak çifte satışların münferiden yaptırıma bağlandığı hakkında bkz. Sarıkaya, s. 31; Eulau, Comparasion, s. 45. Sözleşmeye müdahalelerin sıkça çifte satış şeklinde ortaya çıktığı ile ilgili, Sungurbey, Dürüstlük-Çifte Satış, s. 52, 53.

⁶⁷⁷ Eulau, Comparasion, s. 45; Eren, F., Borçlar Genel, s. 54, 55; Kapancı, s. 86 vd.; Koziol, s. 120; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Birinci Cilt, s. 17; Antalya, Cilt: V/1,3, s. 296; Sungurbey, Dürüstlük-Çifte Satış, s. 51 vd.

Çalışma kapsamında çifte satış, sözleşmeye müdahale sorumluluğu açısından ele alındığından dolayı, ifa konusunun cins ya da parça borcu olması önemli değildir. Çünkü müdahale dolayısıyla cins borcunun geç ifa edilmesi hâlinde de ilk alacaklı zarara uğrayabilir.

Türk Borçlar Hukuku'nda nisplik ilkesi kuraldır ve çifte sözleşmeler de bu özelliği korur. Böylece önceki sözleşmenin tarafı olan kimse, üçüncü kişiden kural olarak sözleşmenin ifasına dair herhangi bir talepte bulunamaz. O sadece borcunu ifa etmeyen borçludan tazminat talep edebilir⁶⁷⁸. Çünkü böyle bir hâlde, ya borcun ifası sübjektif açıdan imkânsız hâle gelir ya da geç ifa dolayısıyla alacaklı zarar görür. Fakat ikinci sözleşmenin, bu sözleşmeye taraf olan kimsenin müdahalesi sonucu kurulduğu hâllerde, aynı sonuca varmak düşündürücüdür. Zira bu kimse, ilk sözleşmeyi ifa etmemesi için satıcı ya da kiracıyı ikna veya teşvik etmekte, caydırmakta ya da ilk sözleşmenin gerekli şekilde ifa edilmemesi uğruna diğer şekillerde harekete geçmektedir.

Sözleşmeye müdahalenin gerçekleştiği çifte satış olaylarında üçüncü kişi müdahaleyi, kendi yararı için ya da sırf alacaklıyı zarara uğratmak için yapabilir. Sözleşmeye müdahale teşkil etmesi açısından iki saik arasında fark yoktur. Önemli olan, ilk alıcının sözleşme konusunu elde etme ve zararlarını tazmin açısından, ikinci alıcının sözleşmeye müdahale gereğince sorumluluğuna başvurup başvuramayacağıdır. Bu da sözleşmeye müdahalenin haksız fiil olarak değerlendirilmesine bağlıdır.

⁶⁷⁸ Yargıtay benzer bir olayda alacak hakları arasında kıdeme itibar ilkesine göre bir tercih yapmıştır; “...Böylesine durumlarda şahsi hakların yarışması söz konusu olur. Kural olarak da geçersiz olmadıkça veya sözleşme feshedilmedikçe yarışan şahsi haklardan önceki tarihli olanına değer tanınır. Buna göre yüklenici adına İİK m.94 uyarınca taşınmazı tescil ettiren alacaklıların alacağının doğum tarihinin, başka bir sebep yok ise en geç icra takip tarihinde doğduğu kabul edilerek yükleniciden haricen taşınmaz satın alan davacının temlik tarihi ile karşılaştırılarak hangisinin öncelikli olduğu belirlenip, yarışan şahsi haklar ilkesine göre değerlendirme yapılmak suretiyle tapu iptâli ve tescil konusunda sonucuna uygun karar verilmesi gerekir...”, 6. Hukuk Dairesi E. 2021/3698, K. 2021/663, T. 06.10.2021, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 19.07.2022). Alacaklar arasında kıdeme itibar ilkesinin uygulanmayacağı, üzerine tescil gerçekleştirilen ikinci alıcının mülkiyeti kazanacağı yönünde, Kapancı, s. 87.

Çifte satışın yapılabilmesi için hukukî işlem özelliklerinin buna imkân tanınması gerekir. Sebep işlem ile tasarruf işlemi arasında zaman aralığının olması ya da satış konusunun taşınır veya taşınmaz olması, bu özelliklerden birkaçıdır. Çalışma kapsamında da inceleme açısından taşınmaz ve taşınır malların çifte satışı şeklinde bir ayırım tercih edilmiştir.

A. ÇİFTE SATIŞ

1. Taşınmazların Çifte Satışı

a) Genel Olarak Taşınmazların Çifte Satışı ve İlk Sözleşmeye Müdahale İmkânı

Çifte satış uyuşmazlıklarının daha çok, taşınmaz malları konu alan satışlarla birlikte anıldığı söylenebilir. Zira ifanın sübjektif açıdan imkânsız hâle gelmesi ve dolayısıyla uyuşmazlık yaşanması bu tür satışlarda daha olasıdır. Ayrıca taşınır satışlarında satış konusunun ikâme edilebilirliği daha kolaydır. Söz konusu imkân da taşınırı konu alan çifte satış uyuşmazlıklarının azalmasına imkân tanır.

Resmî şekil şartını gerektirmesi dolayısıyla taşınmaz bir malın çifte satışından bahsedebilmek, aslında çok mümkün değildir. Çünkü uygulamada taşınmaz satışı konusundaki resmî sözleşme ve akabinde yapılan tasarruf işlemi olan tescil, çok kısa zaman aralıklarıyla gerçekleşir. Bu sebeple bir kimseyle taşınmaz satış sözleşmesi yapıp sonrasında bunun tasarruf işlemini yapmamak ve ardından ikinci bir satış yapmak çok imkân dâhilinde değildir. Fakat her nasılsa çifte satışın gerçekleştiği durumlarda, şartları gerçekleştiği takdirde, sözleşmeye müdahale sorumluluğu kabul edilmelidir.

Taşınmazların çifte satışının mümkün olabileceği diğer bir ihtimal, resmî şekle riayet edilmeden yapılan taşınmaz satışlarıdır. Bu ihtimalde taraflar, hiçbir şekil gözetmeden ya da âdi yazılı şekilde satış sözleşmesini gerçekleştirirler. Böyle bir hâlde kural olarak satış sözleşmesinin varlığından söz edilemez. Çalışma kapsamında var

olmayan bir sözleşmeye müdahale kabul edilmediğinden dolayı, sözleşmeye müdahale sorumluluğu da kural olarak olmaz. Ancak taşınmaz satışlarında şekle riayet edilmemiş olsa bile, hakkın ileri sürülemeyeceği bazı durumlar vardır. Örneğin, taraflar şekle uymamış olmalarına rağmen sözleşmeyi geçerli bir sözleşme gibi ifa etmişlerse, sonradan taraflardan biri hakkını kötüye kullanmak suretiyle şekle riayet edilmediğini ileri süremez⁶⁷⁹. Yine taraflardan birinin kendi yararı için şekle uymaması, fakat sonradan şekle uygun sözleşme yapılmadığını ileri sürmesi de böyledir⁶⁸⁰. Söz konusu durumlarda artık şekle aykırılık itirazı dinlenmediğinden ve sözleşme geçerli kabul edildiğinden, böyle bir sözleşmeye müdahale yapılabileceğini de kabul etmek gerekir. Dolayısıyla üçüncü kişi fiilinden sorumlu olur.

Taşınmazların çifte satışı açısından problem oluşturan olayların bir kısmı da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde⁶⁸¹, yüklenicinin almaya hak kazandığı bağımsız bölümleri, birden fazla üçüncü kişiye satmasında ortaya çıkmaktadır⁶⁸². Yüklenicinin ortaya çıkması umulan bu bağımsız bölümler üzerindeki hakkı bir alacak hakkıdır⁶⁸³.

⁶⁷⁹ Yargıtay İBBGK, T. 30.09.1988, E. 1987/2, K. 1988/2, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/e-1987-2-k-1988-2-t-30-9-1988> (Erişim Tarihi: 16.10.2022); Hatemi, Giriş, s. 198; Arat, Ayşe: Konut Satışında Üç Köşeli İlişkilerden Doğan Sorumluluk, 1. Baskı, İstanbul 2018, s. 75; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 244. Aksi yönde, 3. Hukuk Dairesi, T. 29.09.1962, E. 4629, K. 7109, karar için bkz. Kapancı, s. 191, 192. Burada dürüstlük kuralına aykırılığın olduğu, edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi olduğu için de TBK m. 112'nin uygulanması gerektiği yönünde, Kapancı, s. 192. Dürüstlük kuralının ihlalinin olduğu yerde çalışmada benimsenen görüş gereğince zaten TBK m. 49/I ihlali gerçekleşmiştir. Dolayısıyla bu hüküm gereğince oluşan zararların tazmini üçüncü kişiden istenebilir.

⁶⁸⁰ Yavuz/Acar/Özen, İkinci Cilt, s. 1189; Erman, Hasan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 3. Basım, İstanbul 2010, s. 30, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıpar, s. 107.

⁶⁸¹ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin temel mantığı, inşaat yapma imkânı olmayan taşınmaz mülklerinin taşınmazını, taşınmazı olmayan yüklenicinin ise iş gücünü değerlendirmek istemelerinde yatar. Sözleşmede taşınmaz mülki, birden fazla bağımsız bölüme sahip olan bir binanın yapılması ve bu bağımsız bölümlerden birkaçının kendisine verilmesi için taşınmazını yükleniciye tahsis eder. Yüklenici de sözleşme konusu bağımsız bölümleri yapmayı taahhüt eder ve emeğinin karşılığı olarak da anlaştıkları miktarda bağımsız bölümün mülkiyetini almaya hak kazanır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, çifte tipli karma bir isimli sözleşmedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yavuz/Acar/Özen, İkinci Cilt, s. 1174, 1175; Erman, s. 1; Arat, s. 71. Sözleşmeye dair tanım için bkz., 6. Hukuk Dairesi T. 06.12.2021, E. 2021/174, K. 2021/2034, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 26.07.2022).

⁶⁸² Yüklenicinin kendisine düşen bağımsız bölüm alacağını ilk olarak davacıya temlik ettiği, bunun ardından taşınmaz satış vaadiyle üçüncü bir kişiye sattığı ve uyuşmazlıkta davacının haklı görüldüğü benzeri bir olay için, bkz. 14. Hukuk Dairesi T. 20.11.2003, E. 2003/5341, K. 2003/8244, <https://legalbank.net/belge/y-14-hd-e-2003-5341-k-2003-8244-t-20-11-2003-yargitay-14-hukuk-dairesi-karari/474827/> (Erişim Tarihi: 05.06.2022).

⁶⁸³ Erman, s. 21; Yavuz/Acar/Özen, İkinci Cilt, s. 1185; Arat, s. 90.

Sözleşme devam ederken yüklenici, inşaatın finansmanını sağlamak için söz konusu alacak haklarını üçüncü kişilere devredebilir. Bu devir bir alacak hakkı devri olduğu için de yazılı şekilde yapılmış olması yeterlidir⁶⁸⁴. Uygulamadaki çifte satış sorunları da bu noktada ortaya çıkmaktadır. Çünkü birtakım olaylarda yüklenici, bir bağımsız bölüm üzerindeki alacak hakkını birden fazla kimseye satmakta, fakat sadece bir alıcıya taşınmazın devrini gerçekleştirilmektedir. Burada başlangıçta doğrudan bir taşınmaz satışı olmasa da bir hak satışı vardır ve bu hak, ileride ortaya çıkması umulan bir taşınmaz mülkiyetine yöneliktir. Dolayısıyla hakkın çifte satışı, taşınmazın çifte satışı gibi sonuç doğurmaktadır.

Taşınmaz üzerinde aynî hak elde etmeyi temin edebilecek bir alacak hakkına sahip olunması ihtimali de bu başlık altında incelenmelidir. Böyle bir uyuşmazlığın konu olduğu bazı kararlarda Yargıtay, öncesinde taşınmaz üzerinde alacak hakkının var olduğunu bilen üçüncü kişinin, bu bilgiye rağmen taşınmazı devraldığında dürüstlük kuralı gereği mülkiyeti kazanamayacağını kabul etmiştir⁶⁸⁵. Söz konusu kararlar, Yargıtay'ın dürüstlük kuralını dikkate alarak alacak hakkını üçüncü kişilere karşı koruması açısından önemli ve isabetlidir. Zira böyle bir hâlde, üçüncü kişi alacak hakkının açıkça farkında olmakta, fakat buna rağmen zararı göze alarak alacaklının aleyhine hareket etmektedir.

Hakkında çift satış sözleşmesi yapılan taşınmaz, fizikî niteliği itibariyle taşınmaz olmasına rağmen, henüz tapu kütüğüne bağımsız bir taşınmaz olarak kaydedilmemiş ya da kadastro yapılmamış olabilir. Böyle bir taşınmaz hakkında ikinci bir satış yapılması ve bununla ilgili uyuşmazlık yaşanma olasılığı yüksektir. Yargıtay 16. Hukuk Dairesi'nin

⁶⁸⁴ Yavuz/Acar/Özen, İkinci Cilt, s. 1183; Arat, s. 90; Erman, s. 21.

⁶⁸⁵ 14. Hukuk Dairesi, T. 16.09.1975, E. 1975/2801, K. 1975/3711, 1. Hukuk Dairesi, T. 19.11.1970, E. 5042, K. 6934, kararlar için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 15, dn. 13.

incelediği bir uyuşmazlıkta⁶⁸⁶ da henüz kadastro su tamamlanmamış bir taşınmaz, önceki zilyet tarafından, lehine zilyetlik şerhi verilen kişiye satılmış, sonra aynı taşınmaz davacılar a satılmıştır. Yerel mahkeme, ikinci satışın geçersiz olduğuna hükmetmiş, 16. Hukuk Dairesi ise ilk olarak kadastro anında kimin, hangi zamandan beri taşınmazı kullandığını tespit etmek gerektiği gerekçesiyle kararı bozmuştur. Dolayısıyla Yargıtay, kadastro hükümlerini öncelemiştir. Gerçekten de bir uyuşmazlıkla ilgili özel kanun hükümleri öncelikle uygulanır. Kadastroda haklı zilyetliğin tespiti, aynı zamanda o taşınmazı devir için tasarruf yetkisine sahip olan kişiyi de işaret eder.

b) Taşınmazların Çifte Satışının Müdahale Sorumluluğu Açısından Değerlendirilmesi

Taşınmazların ikinci kez satışından dolayı sorumluluğun doğması, satıcının ikinci satış kararını bir müdahale dolayısıyla alması hâlinde mümkündür. Örneğin, ikinci satış için satıcıya daha fazla fiyat teklif edilmiş ya da nakit ihtiyacı daha hızlı karşılanmış olabilir. Hangi surette olursa olsun, böyle bir hâlde ilk alıcı, ifanın gerçekleşmemesi dolayısıyla zarara uğramaktadır. Bu zararları üçüncü kişiden talep edebilmesi ise sözleşmeye müdahale sorumluluğu için gerekli şartların oluşmasına bağlıdır.

Çifte satışta üçüncü kişinin müdahale sorumluluğundan bahsedebilmek için ilk olarak ikinci satış kararının, bir müdahale sonucu alınmış olması gerekir. Bu müdahale, sorumluluğun fiil unsurunu oluşturur. Zararın ortaya çıkmasına sebep olan olay bir karar değişikliği olduğu için buradaki etkilerin daha çok manevî yönden gerçekleştiği görülür. Örneğin, alacaklının borcuna sadık olmadığından ya da ikinci satışta kendisine daha fazla teklif verileceğinden bahisle ilk sözleşmenin ifa edilmemesinin sağlanması, bu tür

⁶⁸⁶ 16. Hukuk Dairesi, T. 10.9.2012, E. 2012/5130, K. 2012/6400, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/16-hukuk-dairesi-e-2012-5130-k-2012-6400-t-10-9-2012> (Erişim Tarihi: 02.08.2022).

etkilere örnek gösterilebilir. Söz konusu etkiler, satıcının iradesinin sakatlanmadığı; fakat özgür iradesi ile de karar vermediği durumlara örnek oluşturur.

Yanılma, aldatma veya korkutma gibi manevî etkilerle ikinci satış sözleşmesinin yapıldığı hâllerde ise satıcının iradesi sakatlanmış olur. Bu durumlarda sözleşmeye müdahale açısından müdahale edenin sorumluluğu tamdır. Borçlunun zarardan sözleşmesel sorumluluğu konusunda ise yanılma, aldatma ya da korkutma fiilleri sonucunda, borçlunun kusurunun ne derece ortadan kalktığına bakmak gerekir. Örneğin, S taşınmazını ilk olarak resmî şekle uymadan hiç görmediği A'ya satıp teslim etmiş ve A da bedelini S'ye ödemiş olsun⁶⁸⁷. Sonradan S taşınmazı resmî olarak da A'ya satıp tescil etmek istese; fakat bu arada C kendisini A gibi tanıtarak taşınmazı kendi üzerine tescil etse, burada hile sonucu ikinci satış gerçekleşmiş olur. İkinci satışta S'ye bir kusur yüklenemiyorsa ifa etmemeden dolayı sorumluluğu da olmaz. Elbette S, aldığı bedeli A'ya geri vermekle yükümlüdür⁶⁸⁸. Fakat A diğer zararlarını, C'den sözleşmeye müdahale sorumluluğu gereğince karşılayabilir.

Yukarıdaki aldatma sonucu yapılan ikinci satışın, yanılma veya korkutmayla da gerçekleşmesi mümkündür. Bu ihtimallerde de üçüncü kişinin fiili, sorumluluğun fiil unsuruna uygunluk açısından yeterlidir. Ancak fiil sorumluluk için tek başına yeterli olmadığından, haksız fiilin diğer şartları, özellikle de kusur unsuru dikkatle incelenmelidir.

Borçlu ikinci sözleşmeyi yanılma sonucu yapmışsa, üçüncü kişinin sorumluluğu noktasında, yanılmaya zemin hazırlayıp hazırlamadığı değerlendirilmelidir. Eğer yanılmanın oluşmasında hiçbir kusuru yoksa, ikinci sözleşme geçerliliğini korur. Fakat

⁶⁸⁷ Aracıyla ya da online ortamda yapılan işlemlerde, böyle bir örneğin ortaya çıkması mümkündür.

⁶⁸⁸ Aldatma ile yapılan işlemlerde aldatılanın sözleşmeyi iptal etme hakkı vardır. Olayda S bu hakkını kullanarak ikinci sözleşmeyi iptal edip taşınmazını geri alabilir. Böyle bir hâlde S hakkını kötüye kullanarak sözleşmeyi iptale yanaşmıyorsa, A'ya taşınmazın iadesi için dava hakkı verilmelidir. Buradaki dava, A'nın S yerine iptal hakkını kullanması için açılan bir dava değildir. Söz konusu dava, hakkın kötüye kullanıldığının tespiti ve taşınmazın tesciline yönelik bir dava olur.

yanılmayı bilerek oluşturmuşsa aldatmadan bahsedilir. Bu durumda da aldatma, fiil olarak sorumluluğa uygun bir unsur hâline gelir.

Korkutma ile ikinci satışın yapıldığı olaylarda üçüncü kişinin fiili herhâlde sorumluluk açısından uygundur. Fakat sonuçlarını bir ayırım yaparak incelemek gerekir. Üçüncü kişinin korkutması vis absoluta derecesine ulaşmışsa, burada borçlunun sözleşme yapmak için gerçek bir iradesinin olduğundan bahsedilemez. Örneğin, borçlu silahla tehdit edilerek satış sözleşmesi yaptırılmışsa durum böyledir. İkinci sözleşme borçlunun satış iradesi olmadığı için yok hükmündedir. Dolayısıyla bu satışı ifa için yapılan tescil de yolsuzdur. Borçlu yolsuz tescilin düzeltilmesi için dava açabilir. Fakat korkutma vis compulsiva şeklinde uzak bir tehlike ise böyle bir hâlde ikinci satış, borçlu onu iptal etmedikçe geçerlidir.

Üçüncü kişinin tavsiye, telkin, ikna gibi etkileri sonucunda da ikinci satışın yapılması mümkündür. Daha fazla bedel vaadi ya da diğer ticarî avantaj seçeneklerinin sunulması, bu duruma örnek gösterilebilir. Söz konusu fiiller, sorumluluk açısından uygun unsurlardır.

Müdahale oluşturan fiilin, mutlaka ikinci satışın tarafı olan kimseden sâdır olması gerekmez. Örneğin, ilk satış sözleşmesinin alıcısı A, satıcısı B olsun. Üçüncü kişi D bu satıştan sonra, B'yi taşınmazını C'ye satması için ikna eder, teşvik eder, korkutur ya da başkaca bir fiille bunu temin ederse, sorumluluğun fiil unsuru açısından gerekli şart gerçekleşmiş sayılır. Burada D sözleşmeye müdahale sebebiyle sorumlu olur. Ancak bundan yararlanan C'nin sorumlu olması, söz konusu durumu bilmesine ya da kabullenmesine bağlıdır⁶⁸⁹.

Çifte satışta müdahale teşkil edebilecek fiillerin sınırlayıcı bir yöntemle sayılması mümkün değildir. Genel haksız fiil şartlarında işaret edildiği gibi, çifte satışta da

⁶⁸⁹ Müller, s. 112.

müdahale fiili, olayın mahiyetine uygun düştüğü ölçüde, borçlunun yardımcı kişileri, alacaklı ya da alacaklının yardımcı kişileri üzerinde etkilerle veya başkaca fiillerle de gerçekleşebilir.

Taşınmazın çifte satışı hâlinde ilk alıcının uğradığı zarar, genel olarak, taşınmazı elde edememesi dolayısıyla doğrudan mahrum olduğu menfaat ve bununla bağlantılı olarak uğradığı kayıplardır. Dolayısıyla alıcı ilk olarak taşınmazı elde edemez ve bu kaybı onun doğrudan zararını oluşturur. Ayrıca alıcı taşınmazın mülkiyetini kazansaydı bazı menfaatleri elde edeceğinin haklı beklentisi içerisinde olabilir. Örneğin, taşınmazı kiraya verebilecek iken verememesi, işletebilecekken bundan mahrum olması ya da taşınmazı ile bağlantılı diğer sözleşmesel borçlarını ifa edememesi bu zararlardan bazılarıdır.

Uğranılan bu zararların hangi hukukî çerçevede tazmin edileceği, zarara sebep olan kimseler açısından farklılık arz eder. Söz konusu zarara sebep olan kimseler borçlu ve üçüncü kişidir. Borçlunun sebep olduğu zararlar, sözleşmenin ifa edilmemesinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla temerrüt sonucunda alacaklının, zararının tazmini için tercih ettiği seçimlik hakkı dikkate almak gerekir⁶⁹⁰. Eğer sözleşmenin ayakta kalmasını tercih etmişse, talep edebileceği kalemleri müspet zarar adı altında, fiilî zarar ve yoksun kalınan kâr oluşturur. Buna karşılık sözleşmeden dönmüşse menfi zararını talep etmiş olur ve bu çerçevede kendisine sözleşmenin hükümsüz kalmasından dolayı uğradığı kayıplar ile kaçırılan fırsatlardan doğan zararların ödenmesi gerekir. Taşınmazı edinebilmek için yatırdığı harçlar, tapu masrafları, yol masrafı gibi diğer giderler ve benzer taşınmazı daha uygun bir fiyata elde edebilecekken bu sözleşmeye güvenerek kaçırdığı fırsatlar, söz konusu zararın kapsamına girer.

Aynı zarara sebep olan diğer kimse ise üçüncü kişidir. Ancak onun açısından zarar müspet ya da menfi zarar şeklinde adlandırılmaz. Çünkü alacaklı ile üçüncü kişi arasında

⁶⁹⁰ Müspet ya da menfi zararın talep edilebildiği yönünde, Kapancı, s. 90 vd.

bir sözleşme yoktur. Üçüncü kişi zarara haksız fiil işlemek suretiyle sebep olmuştur. Dolayısıyla üçüncü kişinin alacaklıyı uğrattığı zararı, zarar verici fiil olmasaydı alacaklının malvarlığının olması beklenen durumu ile ifa engellediği için ortaya çıkan son durumu arasındaki fark şeklinde hesap etmek gerekir. Örneğin yüklenici Y ile arsa mâlîki M, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapmış olsunlar. Bu sözleşme çerçevesinde M, arsasında bağımsız bölümleri olan bir bina yapılarak bazı bölümlerin üçüncü kişilere satılmasına izin vermeyi ve Y de bina yaparak ortaya çıkan bölümlerden birkaçını M'ye vermeyi borçlanmış olsun. Y inşaatı başlamadan önce M bu arsayı Ü'ye onun ikna çabaları sonucu daha yüksek bir meblağa satarsa, burada M bazı açılardan zarara uğramış olur. Mesela sözleşmenin geçerli olduğuna güvenerek, işçi tutmuş, kepçe kiralamış ya da çimento, demir gibi malzemeler sipariş etmiş olabilir. Aynı şekilde gözde bir mevkideki arsayı alamadığı için bu bağımsız bölümlerin satışından elde edeceği kârı kaçırmış olabilir. Bunlardan daha önemli olmak üzere, inşaatı yapacağına dair reklamlarda bulunmuş, ancak yapamadığı için sektörde sahip olduğu itibarını kaybetmiş olabilir. Kaybettiği bu itibar dolayısıyla aynı zamanda manevî olarak da zarara uğraması mümkündür. Örneğin, Ü'nün M'yi, Y'nin dolandırıcı bir müteahhit olduğundan bahisle ikna ettiği ve bu tür söylentilerin sektörde dolaştığı bir durumda, Y'nin uğradığı kayıp çok daha fazladır. Tüm bu zararlar, Y'nin haksız fiil dolayısıyla uğradığı zararları ve talep edebileceği kalemleri oluşturur.

Zarara iki kişinin sebep olması, iki ayrı zararın ortaya çıktığı ya da bu kişilerin iki ayrı tazmin yapacağı anlamına gelmez. Oluşan zarar tektir; ancak bu iki kişiden hangisinin ne miktarla sorumlu olacağı olay bazında değerlendirilir⁶⁹¹. Örneğin yukarıdaki örnekte, taşınmazın elde edilmemesinden ve bundan dolayı bazı menfaatlerin gerçekleşmemiş olmasından doğan kayıplar, her iki zarar veren açısından da ortaktır.

⁶⁹¹ Davalıların daha sonra kusurları oranında birbirlerine rücu edebilecekleri yönünde, Müller, s. 120; müdahale uyumsuzluklarında duruma göre değerlendirme yaparak rücu miktarının belirlenmesi ile ilgili, Koziol, s. 206.

Fakat Ü'nün asılsız iddiaları dolayısıyla sözleşme bozulmuş ve Y bu yüzden bir itibar kaybına uğramışsa, bu zarar sadece Ü'nün fiilinden kaynaklanmıştır ve zarardan Ü tek başına sorumlu olur.

Aynı zarara birden fazla kimse birden fazla hukukî sebebe dayalı olarak neden oldukları için alacaklı her ikisini de dava arkadaşı olarak davalı gösterebilir⁶⁹². Zira iki kişi bir zararın oluşmasına birlikte çaba gösterirlerse burada müteselsil sorumluluk ortaya çıkar⁶⁹³. Zarar verenlerin birlikte davalı gösterilmesi hem maddî hem usulî açıdan daha avantajlıdır⁶⁹⁴. Çünkü davacı yalnız borçluyu davalı gösterdiğinde, talepleri yalnız sözleşmeye yönelik olduğundan, isteyebilecekleri de sınırlıdır. Diğer yandan böyle bir davada, davacı aynen ifa istese bile, taşınmaz artık borçlunun elinde olmadığından, söz konusu talep karşılanamayacak⁶⁹⁵ ve mecburen yerini tazminat borcu alacaktır. Oysa üçüncü kişi de davalı gösterildiğinde taşınmazın aynen tazmin yoluyla geri alınması mümkündür⁶⁹⁶. Bilinmektedir ki tazminatın amacı, zarar görenin zarar verici fiil olmadan önceki durumunu, mümkün olduğunca aynen tesis etmektir. Buna en iyi hizmet eden seçenek ise aynen ifa ya da aynen tazmin olsa gerektir. Sözleşmeye müdahalenin gerçekleştiği çifte sözleşmelerde de aynen tazmin ve aynen ifa taleplerinde bulunulmasında yarar vardır.

Davacı aynen ifa ya da aynen tazmin ile konuyu almayı başarmış olsa bile, bunun dışında karşılanması gereken zararları kalmış olabilir. Söz konusu zararlar için de yine tazminat istenmesi mümkündür⁶⁹⁷.

⁶⁹² Müller, s. 116; mecburî dava arkadaşlığı olduğu yönünde, Kapancı, s. 63 vd.

⁶⁹³ Kapancı, s. 89, dn. 373; Müller, s. 119; Mercier, s. 166, 167.

⁶⁹⁴ Müller, s. 117.

⁶⁹⁵ Müller, s. 117.

⁶⁹⁶ Kapancı, s. 89; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Birinci Cilt, s. 17; aynen ya da nakden tazmin olabileceği yönünde, Barlas, Müdahale, s. 439; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 439; mahkemenin çifte satışlarda aynen tazmine karar vererek, taşınmazın alacaklı adına tesciline karar vermesi gerektiği hakkında, Groh, s. 130; Hatemi/Serozan, s. 192, 193.

⁶⁹⁷ Müller, s. 118.

Borçlu ve üçüncü kişi birlikte davalı gösterilmiş olmasına rağmen, davacı bir davalı yönünden gerekli ispatı yapamamış olabilir. Mesela, davacının haksız fiil şartlarının gerçekleştiğini ispat edememesi mümkündür. Böyle bir hâlde dava tamamen reddedilmemeli, diğer davalı yönünden davanın görülmesine devam edilmelidir.

Müdahale sonucu gerçekleşen ikinci satış dolayısıyla üçüncü kişinin sorumluluğuna başvurulabilmesi için oluşması gereken bir diğer şart, zarara üçüncü kişinin (de) sebep olmasıdır. Böylece ortaya çıkan zarar ile üçüncü kişinin fiili arasında bir sebep-sonuç ilişkisinin kurulabilmesi gerekir. Üçüncü kişinin fiilinden bağımsız olarak zararın gerçekleştiği hâllerde sorumluluk söz konusu olmaz. Mesela, iskân izni alınmadığı için yararlanılamayan bir taşınmazın elde edilememesinde, üçüncü kişinin fiilinin hiçbir önemi yoktur.

Genel olarak çifte satışın, ikinci alıcının fiili sonucu gerçekleştiği olayda uygun illiyet bağı varsa, sebep-sonuç ilişkisi kurulmuş olur. Örneğin, satıcının başta ikinci bir satış yapma fikri yokken, bu kararın üçüncü kişinin etkisi ile alındığı, üçüncü kişinin daha fazla bedel vaat ederek ya da ilk alıcı hakkında birtakım beyanlarda bulunarak satıcıyı ilk sözleşmeden caydırdığı hâllerde illiyet bağı kurulmuştur.

Satıcının ikinci bir satış için daha uygun bir alıcı beklediği, sonrasında üçüncü kişinin de satıcının reddedemeyeceği bir teklifle geldiği durumda, üçüncü kişinin fiili zararlar gerçek ve uygun bir illiyet bağı içindedir. Bu durumda üçüncü kişi, zararın zaten kendi fiili olmasa da gerçekleşeceğinden bahisle sorumluluktan kurtulamaz. Çünkü ihlalin tamamlanmasında etkindir. Fakat satıcının zaten sözleşmeyi ihlal edip, yeni bir alıcı beklediği örnekleri, sözleşmeden yararlanma kapsamında değerlendirmek gerekir. Böyle bir hâlde üçüncü kişinin sorumluluğu, ancak onun yararlanma fiili ile yeni bir zarara sebep olduğu durumlarda ortaya çıkar.

Üçüncü kişinin fiili ile ikinci satış arasındaki illiyet bağı, her olayda açıkça seçilemeyebilir. Çünkü bazı olaylarda satıcının, üçüncü kişinin teklifinden önce bu yönde bir fikrinin oluşması mümkündür. Böyle bir ihtimalde hem satıcı hem de üçüncü kişi zarara sebebiyet verdiği için ortak illiyetten söz edilir ve ikisi de zarardan sorumlu olur.

Çoğu olayda karşılaşılmaması muhtemel olan illiyet bağı ihtimali ise seçimlik illiyettir. Çünkü genellikle ikinci satıştaki önerinin kimden geldiği veya ikinci satışta kimin daha etkin olduğu bilinemez. Ancak bu belirsizlik, tarafların zarardan sorumlu olmadığı şeklinde yorumlanmamalıdır. Çünkü bir olayda kişiler bir zararın ortaya çıkması için birlikte hareket ediyorlarsa, bu zararın tüm failer tarafından tazmin edilmesi gerekir. Bu tarz bir çözümün benimsenmesi, zarar görenin ispat külfeti altında ezilmemesi için de gereklidir. Zira ikinci satış sözleşmesi çoğu zaman, satıcı ve ikinci alıcı dışındaki kimselerin haberi olmadan gerçekleşecek, bu durum da ispat zorluğuna sebep olacaktır. Elbette, tamamen soyut bir sebeple de üçüncü kişinin sorumlu tutulmaması gerekir. Ancak üçüncü kişinin ikinci satış sözleşmesinden haberi olduğuna dair inandırıcı kanıtlar sunulmuşsa ya da bilgi sahibi olunduğu açıkça belli ise, böyle bir hâlde sırf teklifin kimden geldiği⁶⁹⁸ ispat edilemediği için sorumluluğun olmadığına karar verilmesi doğru olmaz.

İkinci satış sözleşmesi ile gerçekleşen zararda farazî illiyet olduğu ve bu sebeple sorumluluğun olmaması gerektiği savunması kural olarak dinlenmemelidir. Çünkü farazi illiyette failin sorumluluğu ortadan kalkmaz. Örneğin, ev birinci alıcı adına tescil edilmiş olsa da depremde zaten yıkılacak olduğu gerekçesi ile illiyet bağının olmadığı sonucuna varılmamalıdır. Ancak farazî illiyet tazminatın belirlenmesinde göz önünde

⁶⁹⁸ İhlal önerisinin kimden geldiğinin, borçlunun ihlal konusunda gönüllü veya gönülsüz olmasının önemli olmadığı yönünde, Schopf, s. 89; borçlunun gösterdiği direnişin önemli olmadığı yönünde, Eulau, Verleitung und Ausnutzung, s. 17.

bulundurulabilir. Örneğin, satıştan üç ay sonra deprem olmuşsa, kaybedilen kira alacağı açısından bu süre dikkate alınmalıdır.

Satıcının ihlal kararının tamamlanmadığı hâllerde, ikinci satış önerisinin satıcı tarafından yapılması, illiyet bağıını etkileyen bir durum değildir. Üçüncü kişi, yine zarardan sorumludur; o, kendisi ikinci satışı yapmasa da zaten birilerinin bu zarara sebep olacağından bahisle de sorumluluktan kurtulamaz. Çünkü satıcının ihlal kararının tamamlanmasına, sözleşme teklifini kabul ile kendisi sebep olmuştur. Dolayısıyla zarardan sorumludur.

Üçüncü kişinin müdahalesi sonucu yapılan çifte satışın hukuka aykırılık değerlendirmesi, müdahale sonucu bozulan sözleşmelerin hukuka aykırılık unsurundan farklılık arz etmez. Tıpkı o müdahalelerde olduğu gibi, ikinci satışın yapılabilmesi için ilk sözleşmeye yapılan müdahaleler de hukuka aykırıdır.

İkinci satış için yapılan müdahalenin hukuka aykırılığı, ilk olarak borçlunun ihlal yönündeki iradesini serbestçe oluşturamamasından kaynaklanır. Tehdit, yanıltma, aldatma, daha yüksek bedel teklifi veya ihlalden kaynaklanan tüm sonuçların üstlenilmesi gibi hâllerde, borçlunun iradesi, zayıflığından veya zaaflarından yararlanılarak etki altına alınmaktadır. Bu durum alacaklının serbestçe teşebbüste bulunma ve sözleşme kurma hakkını ihlal eder. Dolayısıyla yapılan ikinci satış sözleşmesi, sağlıklı bir iradeyle ve hukukun tasvip ettiği araçla yapılmış sözleşme değildir. Bu sebeple hukuka aykırılık taşımaktadır.

İkinci olarak çalışmada kabul ettiğimiz görüş gereği, ikinci satışın yapılması için yapılan müdahale TBK m. 49/I kapsamında hukuka aykırılık arz eder. Çünkü burada da üçüncü kişi hukuka aykırı ve kusurlu bir fiille, bir başkasına zarar vermektedir. TBK m. 49/I kapsamında ihlal edilebilecek değerlerin sadece mutlak haklar ve diğer özel koruma normları yönündeki yorum, bugün fazlaca eleştiriye maruz kalmış bir kabuldür. Bilakis,

kurulmuş sözleşme ilişkilerini nispiyet ilkesinden yola çıkarak üçüncü kişilerin açık hedefi hâline getirmek, başlı başına haksızlıktır. Üçüncü kişilerden alacaklının menfaatlerine saygı duymasını beklemek, üçüncü kişilerden borcun ifasını istemek değildir. Bu sebeplerle tekrar ifade ediyoruz ki, müdahale fiili ile alacaklının malvarlığı ya da şahısvarlığı zarar gördüğü için durum hukuka aykırılık oluşturmaktadır.

Müdahale yoluyla ikinci satışın yapılmasını temin, dürüst ve bozulmamış rekabet ortamını da ortadan kaldırır. Fiil genel olarak TMK m. 2'nin ihlalini oluştururken, diğer yandan da TTK m. 55/1-b hükmüne doğrudan aykırılık teşkil eder. Dolayısıyla ikinci satış için müdahale fiili bu yönden de hukuka aykırılık oluşturur.

İkinci satış dolayısıyla alacaklıya verilen zarardan üçüncü kişinin sorumluluğu için, üçüncü kişinin bu müdahaleyi kusurlu olarak gerçekleştirmiş olması gerekir. Bu da onun kast ya da ihmal şeklindeki kınanabilir iradesini gerekli kılar. Üçüncü kişinin kusuru olmadan verdiği zararlar dolayısıyla sorumluluğu ortaya çıkmaz.

Üçüncü kişinin kusurlu davranışı, onun alacaklıya zarar vereceği konusundaki bilinçli davranışını gerektirir. Dolayısıyla üçüncü kişi fiil iradesine sahip olmalıdır. Bu da ayırt etme gücüne sahip olmasını zorunlu kılar. Haksız fiil açısından kınanabilir olmayan insan davranışları, kusurlu davranış olarak değerlendirilemez.

İkinci olarak bu bilinç, kurulmuş sözleşmenin varlığını da kapsamalıdır⁶⁹⁹. Aynı taşınmaz konusunda ilk satıştan haberdar olmayan üçüncü kişinin, bu sözleşmenin bozulması kastı ile hareket etmesi beklenemez. Fakat sözleşmenin kurulduğu bilgisi ve buna müdahale, ancak fiilî durum böyle bir ihtimalin gerçekleşmesine uygun olduğu takdirde mümkün olabilir. Çünkü taşınmaz satışı tapu sicil müdürlüğünde resmî şekilde

⁶⁹⁹ Müller, s. 115. Basel Şehir Mahkemesi'nin 1719 tarihli Kanunu'nda dahi ikinci alıcının sorumluluğu için birinci satış sözleşmesini bilmesine rağmen, ikinci satışı yapması gerekliliği aranıyordu. Hükme göre eğer ikinci alıcı bu bilgiyle nesneyi satın ve devralmışsa, ilk alıcıya onu geri vermek zorundaydı. Fakat iki alıcıya da zilyetlik devredilmemişse, ilk alıcı nesneyi devralmaya hak kazanıyordu. Her iki durumda da ilk alıcı zararını satıcıdan talep etmeye yetkiliydi, Eulau, Verleitung und Ausnutzung, s. 6, 7.

gerçekleştirilir ve satış sözleşmesi ile tescil işlemi çok kısa zaman aralıklarıyla yapılır. Dolayısıyla üçüncü kişinin yapılan sözleşmeyi müdahale ile bozması, ancak bu kısa zaman aralığında fiili yapmasıyla ya da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde aynı payın birden fazla kişiye satılması gibi bir ihtimalde mümkün olabilir.

Kusurlu iradenin kast ya da ihmâl şeklinde gerçekleşmesi mümkündür. Genel haksız fiil sorumluluğu için doğrudan kast ile olası kast arasında sorumluluk açısından bir fark yoktur. İhmâl şeklinde müdahalede de üçüncü kişi, satış sözleşmesinin kurulmuş olabileceğini tahmin etmesine rağmen, bu ihtimali göz ardı etmekte ve ikinci satışın yapılması için harekete geçmektedir. Gösterdiği davranış bilinçli bir göz yumma olduğu için kusur açısından fiilin karşılıksız kalmasını gerektiren bir sebep bulunmamaktadır.

Üçüncü kişi kusurlu davranışı ile müdahale bulunduktan sonra, alacaklıyı tanıyıp tanımamasının kusurun oluşumu açısından bir önemi yoktur⁷⁰⁰. Önemli olan üçüncü kişinin kınanabilir iradesini ortaya koymuş olmasıdır. Zarar görenin bilinip bilinmemesi, bu iradenin oluşumuna etki etmez.

Sözleşmeye müdahale sorumluluğu açısından genel haksız fiil sorumluluğu da olabileceği benimsense de Türk-İsviçre Hukuku'nda sözleşmeye müdahaleden sorumluluk genel olarak TBK m. 49/II'ye dayandırılır ve bunun en bilindik örneği olarak da çifte satışlar gösterilir⁷⁰¹. Böylece daha önce hakkında satış sözleşmesi düzenlendiği bilinen bir taşınmazın ya da diğer nesnenin, borçluyu ilk sözleşmeden caydırmak suretiyle satın alınması, ahlâka aykırı kabul edilir.

İkinci satış sözleşmesinin ahlâka aykırılığı, borçlunun ilk sözleşmenin ihlaline, müdahaleden uzak bir irade ile karar vermemiş olmasından ileri gelmektedir. Üçüncü kişi, diğer satış sözleşmesinin yapılabilmesi için borçlunun kararını, ikna, daha avantajlı

⁷⁰⁰ Müller, s. 99.

⁷⁰¹ Bkz. § 7.

teklif vb. yollarla etkilemektedir. Bu da üçüncü kişinin ahlâken onaylanmayan iradesinin göstergesi olmaktadır. Ancak doktrindeki hâkim görüşe⁷⁰² göre, ikinci alıcının sırf ikinci satışa borçluyu ikna etmiş olması ve bunun ardından satış sözleşmesi yapması, tek başına ahlâka aykırılık teşkil etmez; ahlâka aykırılık nitelemesi için ek bazı olguların varlığı gerekir. Üçüncü kişinin hiçbir meşru menfaati olmadan ya da menfaati olmasına rağmen verdiği zarara nazaran oldukça önemsiz kalan bir yarar için ikinci satışın yapılmasına sebebiyet vermesi, rüşvet vermek gibi ahlâka aykırı bir araçla hareket etmiş olması ya da sırf alacaklıya zarar verme amacıyla hareket etmiş olması, bu olgular arasında zikredilmektedir⁷⁰³. Alman Hukuku'ndaki bazı görüşlere⁷⁰⁴ göre de ahlâka aykırılıktan bahsedilebilmesi için yalnızca üçüncü kişinin borçluyu ilk sözleşmeden caydırmış olması yeterli değildir; ahlâka aykırılıktan bahsedilebilmesi için birtakım özel şartların varlığı da zorunludur.

Ahlâka aykırılığın oluşması için bu tür olguların varlığını aramak, alacaklıyı ispat açısından güç bir alana iter. Örneğin üçüncü kişinin sırf alacaklıya zarar vermek amacıyla hareket ettiğinin ispatını alacaklıdan istemek, alacaklıdan borçlunun iç dünyasını bilmesini istemek anlamına gelir. Bunun gibi, üçüncü kişinin kendi menfaati olduğu dolayısıyla haklı sayılması da kişilerin özgürlük alanını diğerlerinin aleyhine çok genişletir⁷⁰⁵. Dolayısıyla ahlâka aykırılık değerlendirmesinde, bu örnekler kanıt olarak kabul edilebilir; ancak zorunlu olarak bu olguların gerçekleşmesini aramak, hükmü uygulanamaz bir alana iter.

⁷⁰² Bkz. § 6, B, 2, a, dd.

⁷⁰³ Bkz. § 6, B, 2, a, dd.

⁷⁰⁴ Alman Yüksek Mahkemesi'nin bu yöndeki kararları için bkz. Groh, s. 125 vd.; Mahkeme'nin planlı ve komploya dayalı bir iş birliği aradığına dair, s. 129; Schramm, s. 231.

⁷⁰⁵ Bu gerekçeden hareket edildiğinde, hırsıza ceza verilmemesi ya da sözleşmesel borcunu yerine getirmeyene hiçbir yükümlülük yüklenmemesi gerekir. Çünkü ikisinin de yaptıkları fiilde malvarlıklarına ilişkin menfaatleri vardır. Dolayısıyla böyle bir gerekçe kabul etmek, hakkaniyet duygusu ile bağdaştırılmaz.

İkinci sözleşme ahlâka aykırılık niteliğini, doğrudan kendisinin ahlâka aykırı olması, ahlâka aykırı bir edim içermesi veya amacının ahlâka aykırılık taşıması suretiyle kazanabilir⁷⁰⁶. Şayet sözleşmenin kendisi ya da amacı ahlâka aykırı ise bu sözleşmenin akıbeti kesin hükümsüzlük olur (TBK m. 27). Böyle bir sözleşmeye istinaden üçüncü kişi lehine tescil gerçekleştirilmiş olsa bile bu, yolsuz bir tescil olur⁷⁰⁷. Bir hukukî işlemin ya da sözleşmenin kesin hükümsüz olduğunu bu konuda yararı olan herkes ileri sürebilir. İkinci satışın kesin hükümsüz olması, davacının talep edebileceği hususlar açısından önemlidir.

Çifte satışın ahlâka aykırılığı açısından özellik arz eden durumlardan biri de ikinci satışın muvazaalı olarak yapılmasıdır. Böyle bir hâlde muvazaanın TBK m. 49/II'ye eşlik edebileceği, fakat zarar vermenin bir unsuru niteliği taşımadığı ifade edilmiştir⁷⁰⁸. Gerçekten de ahlâka aykırılık ve muvazaa bir olayda aynı anda bulunabilir. Muvazaa da niteliği itibarıyla üçüncü kişiler nezdinde gerçek olmayan bir görüntü oluşturmak üzere yapılan işlem olduğuna göre, bunun ahlâka uygun bir işlem olduğu savunulamaz. Sonuçları açısından ise davacı muvazaalı ve ahlâka aykırı işlemin geçersizliği için, dilerse muvazaayı dilerse ahlâka aykırılığı ileri sürebilir⁷⁰⁹. Muvazaa hâlinde taşınmaz mülkiyeti yeni mâlike geçmediği için yalnızca eski mâlike yönelik dava açılabilir⁷¹⁰. Dolayısıyla burada hâlâ borçludan aynen ifa talep edilmesi mümkündür. Buna karşılık aynen ifa gerçekleşse de taşınmazı elde etmenin karşılayamadığı zararlar varsa, bunların üçüncü

⁷⁰⁶ Bkz. § 6, B, 2, a, cc.

⁷⁰⁷ Esasen çalışmada savunulan görüş gereği, başkasının sözleşmesel hakkına müdahale edilerek yapılan sözleşme, öncelikle TBK m. 49/I kapsamında hukuka aykırıdır (gerekçesi için bkz. § 6, A, 4, a, cc). Dolayısıyla ikinci satış zaten hukuka aykırı olduğu için kesin hükümsüzdür. Ancak bölüm başlığı altında ahlâka aykırılık değerlendirmesi yapıldığı için, sözleşmenin ahlâka aykırı ve dolayısıyla hükümsüz olup olmadığı da bu başlık çerçevesinde değerlendirilmektedir. Sözleşmeye müdahale sonucu kurulan ikinci satış hem hukuka hem ahlâka aykırı olduğu için kesin hükümsüzdür.

⁷⁰⁸ Kapancı, s. 210.

⁷⁰⁹ Kapancı, s. 212.

⁷¹⁰ Muvazaa hâlinde taşınmazın mülkiyeti hâlâ mâlikte olduğu için esasen üçüncü kişiye dava açılmayacağı, fakat muvazaa ispat edilemiyorsa TBK m. 49/II gereği üçüncü kişiden talepte bulunulabileceği yönünde, Kapancı, s. 212.

kişiyne yönelik TBK m. 49/II çerçevesinde talep edilebilir. Elbette bu zararlardan geç ifa dolayısıyla borçlu da sorumludur.

Üçüncü kişinin sorumluluğuna TBK m. 49/II çerçevesinde başvurulduğunda da zararın oluşması sorumluluk için zorunlu unsurdur. Çifte satışta da üçüncü kişinin birinci satışta bozma fiili sonucu bir zarar oluşması, tazminat talebinin olumlu sonuçlanması için şarttır. İlk alıcının zararını, ifa konusunu elde edememesi sebebiyle uğramış olduğu kayıplar oluşturur.

Borçlu sözleşmesel borcuna aykırı davrandığı için alacaklı ona karşı TBK m. 125'te yer verilen seçimlik haklarını kullanabilir. Bu çerçevede alacaklının aynen ifa ve gecikme tazminatı, müspet zararının tazminini ya da sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini talep etmesi mümkündür. Ancak onun söz konusu yollardan biri ile borçluya başvurabilmesi, üçüncü kişinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Borçlu ve üçüncü kişi, sebep oldukları aynı zarardan müteselsil sorumlu olurlar. Alacaklının davayı her ikisine karşı da yöneltmesi lehinedir⁷¹¹. Çünkü sadece borçluya başvurması, taşınmazın aynen iadesini sağlamayabilir.

Üçüncü kişiye yönelik olarak TBK m. 49/II çerçevesinde müspet ya da menfi zararın veya ihlal edilen değere ilişkin kaybın tazmininin istenebileceği ifade edilmiştir⁷¹². Ancak alacaklının dava açarken böyle bir nitelemeden yapmaktan ziyade, *“taşınmazın iadesinin ve fiilden/geç ifadan doğan zararların tazminini, bu mümkün değilse, ifasının sağlanamamasından doğan kayıpları talep etmesi”* daha uygun olur. Zira müspet ya menfi zarardan, ancak sözleşmesel bir borcun ifa edilmediği durumlarda söz

⁷¹¹ Sözleşmeye müdahalede davanın hem borçluya hem üçüncü kişiye yöneltmesi ile ilgili, Mercier, s. 168.

⁷¹² Kapancı, s. 90 vd.

edilebilir⁷¹³. Üçüncü kişi alacaklı ile böyle bir ilişki içerisinde olmadığından dolayı, zarar tazmininde müspet ya da menfi zarar şeklinde bir niteleme de yapılmamalıdır.

Değerlendirilmesi gereken bir diğer mesele, alacaklının, taşınmaz üçüncü kişi⁷¹⁴ adına tescil edilmiş olsa dahî, onun iadesini isteyip isteyemediğidir. Alacaklının borçluya yönelttiği talepte, şekli anlamda bu talebi ileri sürmesine bir engel yoktur. Çünkü alacaklının TBK m. 125'te yer alan seçimlik haklarından biri de aynen ifayla birlikte gecikme tazminatıdır. Fakat borçlu tarafından bu talep, artık taşınmaz -şekli anlamda- mülkiyetinde olmadığı için yerine getirilemeyebilir. Üçüncü kişiye yönelik böyle bir talebin ileri sürülebilmesi TBK m. 51/I kapsamında değerlendirilmelidir. Hükme göre hâkim, tazminatın şekline ve ödenme biçimine karar verir. O hâlde hâkimin çifte satışta, üçüncü kişi aleyhine aynen tazmine karar vermesi mümkündür⁷¹⁵. Sorumluluk hukukunda tazminatın amacı, mümkün olduğu kadar eski hâlin iadesi olduğuna göre, bu amaca en iyi hizmet eden yöntem de aynen tazmin yöntemi olsa gerektir⁷¹⁶.

Esasında üçüncü kişi açısından tazminatın şekli, ikinci satış sözleşmesinin akıbeti ile yakından ilgilidir. Zira ikinci satış sözleşmesi, çalışmada savunulan görüş gereği

⁷¹³ Müspet-menfi zarar ayrımının yalnızca sözleşme sorumluluğunda söz konusu olduğu yönünde, Eren, F., Borçlar Genel, s. 610; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, Genel Hükümler, s. 855; Oğuzman/Öz, Cilt-1, s. 385. Bu ayrımın sözleşmesel borçlarda esas olduğuna dair, Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 424.

⁷¹⁴ Şüphesiz burada üçüncü kişi ile kastedilen kimse, borçlunun sözleşmeyi ihlal kararı alması ya da alınan ihlal kararını tamamlaması için harekete geçen üçüncü kişi veya bir başkasının kendisi lehine borçluyu ihlale yönelttiğini bilen dördüncü kişidir. Üçüncü kişi müdahale fiili ile taşınmazı edindikten sonra, haksız durumdan haberdar olmayan -dolayısıyla haksız fiil konusunda kusurlu olmayan- bir başka kimse taşınmazı üçüncü kişiden edinirse, onun edinimi korunur. İkinci işlem geçerli ise iyiniyetli ya da kötüniyetli olması da mülkiyet hakkını kazanması açısından önemli değildir. Fakat gerçek durumdan haberdar olması, haksız fiil işleme açısından önem arz edebilir.

⁷¹⁵ Kapancı, s. 89, 210; Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Birinci Cilt, s. 17; Zulliger, s. 8; Groh, s. 138, 140. Fakat Alman Federal Mahkemesi 5. Sivil Senatosu'nun 29 Haziran 1925 tarihli bir kararına göre, alacaklı üçüncü kişiye karşı aynen tazmin talebi yönelmez, çünkü sözleşme gereği sadece borçlu taşınmazı alacaklıya vermekle yükümlüdür, üçüncü kişinin sadece taşınmazın borçluya verilmesi için borçlu ile iş birliği yapma yükümlülüğü vardır, Groh, s. 139.

⁷¹⁶ Buna karşılık Alman Federal Mahkemesi'ne (8 Mart 1919 tarihli 5. Sivil Senato kararı) göre aynen tazmin her zaman, zarar verici fiilden önceki durumun aynen tesisi şeklinde anlaşılmamalıdır; bazen (ipotek kurmak yerine ipotek bedelini vermek gibi) başka araçlar da tazmine aynen tazmine hizmet edebilir, karar için bkz. Groh, s. 139. Sözleşmesel ilişkilerde de aynen ifanın temel ilke olduğu yönünde, Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Üçüncü Cilt, s. 221.

hukuka aykırı, bazı görüşlerce⁷¹⁷ de birtakım şartları sağlaması kaydıyla ahlâka aykırı kabul edildiğinden, yaptırımı kesin hükümsüzlük olur⁷¹⁸ (TBK m. 27). Böyle bir sözleşmeye dayanarak üçüncü kişi lehine yapılan tescil de yolsuz tescildir. Üçüncü kişi aslında taşınmazın mülkiyetini kazanmamıştır⁷¹⁹. Taşınmazın mâliki hâlâ borçludur. Bu doğrultuda alacaklı borçludan aynen ifayı hâlâ talep edebilir⁷²⁰. Fakat taşınmazın önce borçlu üzerine tescil edilmesini, sonra da ondan borcunu aynen ifa şeklinde yerine getirmesini istemek, usul ekonomisine uygun olmaz. Bu sebeple alacaklı açtığı davada her iki davalıya da yönelik olarak, taşınmazın adına tescilini, aynen ifa/aynen tazmin çerçevesinde talep etmeli⁷²¹, hâkim de alacaklının haklı olduğuna kanaat getirdiği takdirde doğrudan alacaklı adına taşınmazın tescil edilmesine karar vermelidir.

Taşınmazın alacaklıya iadesi, alacaklının uğradığı zararın tamamını tazmine yetmeyebilir. Bunun gibi taşınmaz dördüncü bir kişi adına tescil edilmiş olduğundan dolayı alacaklıya iadesi mümkün olmayabilir. Böyle bir durumda, alacaklının kalan/tüm zararı nakden tazmin edilir. Tazminat hesabında ilk olarak, taşınmaz iadesi sağlanamamışsa onun değeri, sonrasında borçlunun verdiği zarar açısından ifa etmemeden doğan diğer zararlar göz önünde bulundurulur. Müspet zarar tazmininde alacaklı yoksun kalınan kârını da talep edebilir. Sözleşmeden dönülmüş ve menfî zarar

⁷¹⁷ Kapancı, s. 87, 88, dn. 367; Sungurbey, s. 50 vd., 69; Müller, s. 112, fakat sözleşmenin sadece bazı hükümleri ahlâka aykırı ise yalnız onlar geçersiz sayılmalıdır, s. 114.

⁷¹⁸ Ahlâka aykırı surette gerçekleşen zararın tazmini için BGB § 826 (TBK m. 49/II) açısından bir ayrıma gerek yoktur; sebep ahlâka aykırı olay da olsa, ahlâka aykırı hukukî işlem de olsa zarar tazmin edilmelidir. Buna karşılık BGB § 138 (TBK m. 27) gereğince kesin hükümsüzlük yargısına varmak için, en azından tek taraflı şekilde yapılmış bir hukukî işlemin söz konusu olması gerekir, Groh, s. 135, 136. Çifte satışta sözleşme şeklinde bir hukukî işlemde bahsedildiği için ahlâka aykırı amaç taşıması ya da ahlâka aykırı araçla yapılması dolayısıyla, işlem kesin hükümsüz olur. Aynı ahlâka aykırılık nitelemesi her iki hüküm yönünden de yapılacağından (Groh, s. 136), durum aynı zamanda BGB § 138 (TBK m. 27) tazmini gerektiren bir işlemdir.

⁷¹⁹ Müller, s. 114. Ahlâka aykırı bir amaçla taşınmaz bedelini veren üçüncü kişinin TBK m. 81 gereğince bunun iadesini isteyemeyeceği yönünde, Kapancı, s. 88, dn. 367.

⁷²⁰ Kapancı, s. 88; buna karşılık davacıya böyle bir imkân verilmiş olması, onun taşınmaz üzerinde aynı hakkı olduğunu göstermez, Müller, s. 118.

⁷²¹ Kapancı, s. 88, dn. 367; Furrer/Müller-Chen/Çetiner, s. 372; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 17; BK m. 40/II (TBK m. 49/II) ile ahlâka aykırılık dolayısıyla tazminata gitmek yerine, söz konusu sözleşmeleri geçersiz sayma gerekliliği fikri ile aynı yönde, Sungurbey, s. 50 vd., 69.

talep edilmişse de kaçırılan fırsatlar için istenen kalem söz konusu olur. Üçüncü kişi açısından verilen zararın hesabında ise böyle bir ayırım yapmaya gerek yoktur; o, uygun illiyet bağı içerisinde olan her türlü kusurlu fiilini sonucundan sorumludur.

Alacaklı ile üçüncü kişi açısından farklı zarar hesabı yapılması, onların aynı zararı iki kere tazmin edecekleri şeklinde anlaşılmamalıdır. Onlar fiilleriyle verdikleri ortak zarardan müteselsilen sorumludurlar. Fakat taraflardan biri, bir zarar kaleminin oluşmasına tek başına sebep olmuşsa, söz konusu zarardan tek başına sorumlu olur⁷²². Böylece ortaya çıkan zararın, üçüncü kişi ve borçlu açısından farklı miktarlarda olması mümkündür. Örneğin, taşınmazı hakkında yüklenici A ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapan B, sonradan üçüncü kişi Ü'nün A hakkındaki yalan beyanları dolayısıyla bu kararından vazgeçmiş ve taşınmazını Ü'ye satmıştır. Böyle bir durumda B'nin A'yı uğrattığı zarar, sözleşmesel borcun ifa edilmemesinden doğan sonuçlardır. Bu da A'nın kullandığı seçimlik hakka göre, aynen ifa ve gecikme tazminatı, müspet zarar veya menfî zarar şeklinde ortaya çıkar. Fakat A ayrıca piyasada Ü'nün yalan beyanları dolayısıyla itibar kaybına uğramış olabilir. Bundan B sorumlu tutulamaz; zira böyle bir kasıtlı ifadan kaçınmamıştır. Buna karşılık Ü söz konusu zarardan tek başına sorumludur.

Alacaklının açılan davada, “taşınmazın kendisi adına tescilini, bu uygun görülmediği takdirde zararlarının tazmini” şeklinde terditli talep ileri sürülmesi yerinde olur. Çünkü dava aşamasına kadar dördüncü kişi, taşınmazın mülkiyetini hukuka uygun surette kazanabilir (TMK 1023). Böyle bir durumda her iki davalı için de iade yerine zarar tazmini gündeme gelir.

Üçüncü kişiden TBK m. 49/II çerçevesinde tazminat talep edilebilmesi için gerekli şartlardan birini de bu kimsenin kusurlu davranışı oluşturur. Üçüncü kişi kınanabilen bir

⁷²² Sözleşmeye müdahale eden üçüncü kişi ile borçluya karşı alacaklının istediğine başvurabildiği ve bunların eşit şekilde sorumlu oldukları yönünde, Mercier, s. 168.

irade ile zarara sebebiyet vermemişse, onun aleyhine tazminata hükmedilmesi mümkün değildir.

TBK m. 49/II'de zarar tazmini için yapılan davranışın kasten gerçekleştirilmiş olması öngörülmüştür. Dolayısıyla hükme göre ihmali davranışla zarar verilmiş olması sorumluluğa yol açmaz⁷²³. Kastın, sadece doğrudan kast mı yoksa olası kastı da kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiği yönünde, farklı görüşler⁷²⁴ ortaya konulmuştur. Bu hususlar ve TBK m. 49/II'deki kusur anlayışı ile ilgili genel bilgiler yukarıda⁷²⁵ incelendiği için burada tekrar edilmek istenmemiştir.

Üçüncü kişinin çifte satış hâlinde sorumlu tutulabilmesi için mutlaka ilk satış sözleşmesini biliyor olması gerekir⁷²⁶. Üçüncü kişinin kurulmuş sözleşmenin bilincinde olmadığı bir durumda, onu ortadan kaldırma ya da işlevsiz hâle getirme amacından da söz edilemez. Çalışmada TBK m. 49/II kapsamında gerekli olan kusur türüyle ilgili görüş⁷²⁷ çerçevesinde belirtmek gerekir ki kasttan, hem doğrudan kast hem olası kast anlaşılmalıdır. Zira fail sözleşmenin varlığını biliyor olmasına rağmen, onun bozulmasını göze almış olabilir. Böyle bir hâlde üçüncü kişinin zarara göz yumması, hoşgörülle karşılanamaz.

Taşınmazla ilgili bir sözleşmenin kurulduğunu bilme unsuru ile ilgili dar bir yorum yapmak, kusurun neredeyse hiçbir zaman ispat edilememesine yol açabilir. Bu sebeple sözleşme bilgisinin tespitinde, üçüncü kişinin içinde bulunduğu ilişkiler ve şartlar da dikkate alınmalıdır. Nitekim Hukuk Genel Kurulu, 17.03.1999 yılında verdiği bir kararda

⁷²³ Fakat çalışmada başkasının sözleşmesel ilişkisine müdahale ederek onun alacak haklarına zarar vermek TBK m. 49/I'in ihlali olarak değerlendirildiği için (bkz, § 6, A, 4, a, cc), ihmal şeklindeki bir kusurla da zarardan sorumlu olunması mümkündür.

⁷²⁴ Görüşler için bkz. § 6, B, 2, d.

⁷²⁵ Bkz. § 6, B, 2, d.

⁷²⁶ Kapancı, s. 94; Groh, s. 129; Çağlayan Aksoy, s. 485; Barlas, Müdahale, s. 435; ikinci alıcı birinci satış sözleşmesini bilmiyorsa ve satış konusunun zilyetliğini de elde etmişse mülkiyeti kazanmış olur, Eulau, Verleitung und Ausnutzung, s. 7.

⁷²⁷ Bkz. § 6, B, 2, d.

böyle bir yoruma gitmiştir⁷²⁸. Uyuşmazlık konusu olayda müteahhit arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile inşaa ettiği bağımsız bölümlerden ikisini iki kişiye (örneğin A ve B'ye) haricen satmış ve fiilen bu bölümleri onların kullanımlarına sunmuş, sonrasında A'nın bağımsız bölümünü B üzerine, B'nin bağımsız bölümünü de üçüncü kişi üzerine tescil ettirmiştir. A fiilen kendisine verilen bağımsız bölümün mülkiyetini elde edebilmek için müteahhidi ve B'yi dava etmiştir. HGK, A'yı haklı bulmuş, zira B'nin taşınmazı üzerine tescil ettirirken, bu bölümün daha önce A'ya satıldığının ve ona teslim edildiğinin bilincinde olduğunu ifade etmiştir. Böylece B, A'nın alacak hakkını biliyor olmasına rağmen, ona zarar vereceğini bilerek müteahhit ile iş birliği içerisinde hareket etmiştir. Karar, bilgi varlığının kasta işaret ettiğinin altını çizmesi açısından önemlidir⁷²⁹.

İfade etmek gerekir ki TBK m. 49/II'nin kusur unsuru daha çok, doğrudan ya da olası kast açısından değil, özel kast taşıyıp taşınamaması açısından dikkate alınmaktadır⁷³⁰. Zira genel kabule göre TBK m. 49/II ancak failin sırf kişiye özellikle zarar verme niyeti varsa uygulanabilir⁷³¹. Fakat bu tür bir kastın aranması, davacının talebini neredeyse hiç ispat edememesine yol açar. Çünkü her şeyden önce sırf başkasına zarar verme niyeti taşımak, failin iç dünyasına yönelik bir olgudur. Davacının bunu nasıl ispat edebileceği sorgulanmalıdır. Bunun dışında çoğu olayda failin ikinci satışı yapmakta kendi menfaati

⁷²⁸ HGK, T. 17.03.1999, E. 14-155, K. 150, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-1999-14-155.htm&kw=title:14-155&cr=yargitay#fm> (Erişim Tarihi: 22.08.2022).

⁷²⁹ Aksi yöndeki karar için, 14. Hukuk Dairesi T. 15.05.2001, E. 3041, K. 3638, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=14hd-2001-041.htm&kw=title:3041&cr=yargitay#fm> (Erişim Tarihi: 22.08.2022), karara konu olayda taşınmaz satış vaadi sözleşmesine konu taşınmaz, vaat alacaklısı dışındaki üçüncü bir kişiye satılmış, vaat alacaklısı ölünce mirasçıları üçüncü kişiye tescil için dava açmışlar ve yerel mahkeme davacıları, üçüncü kişi satış sözleşmesinin varlığını bildiği için haklı bulmuştur. Buna karşılık temyiz başvurusunda 14. Hukuk Dairesi, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi şerh edilmediği için bu sözleşmeye dair alacak hakkının yalnızca sözleşmenin karşı tarafına yönelik olarak ileri sürülebileceğini belirtmiş ve davalıların sadece özel zarar verme kastları olduğu takdirde zarardan sorumlu olduklarına hükmetmiştir. Üçüncü kişi sözleşmeyi biliyor olmasına rağmen, sırf sözleşmenin şerh edilmemiş olmasını gerekçe göstererek davacının haklı görülmemesini anlamak zordur. Sırf sözleşmeyi bilmiş olmanın özel zarar verme kastına işaret etmeyeceğine dair, Kapancı, s. 206, 208.

⁷³⁰ Kapancı, s. 206, 208; Barlas, Müdahale, s. 437; Şenocak, s. 229; Groh, s. 129.

⁷³¹ Aynı yönde, 14. Hukuk Dairesi, T. 15.05.2001, E. 3041, K. 3638, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=14hd-2001-041.htm&kw=title:3041&cr=yargitay#fm> (Erişim Tarihi: 22.08.2022).

vardır. Böyle bir durumda fail her zaman kendi menfaatinin olduğunu gerekçe göstererek özel kast ispatını kolaylıkla çürütebilir. O hâlde hüküm, ticarî menfaatlerin ardına sığınan kötüniyetliler için bir mazeret hâline getirilmemeli, genel kast yeterli görülerek zarar görenin hakkını savunmasına imkân tanınmalıdır.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin yapıldığı bir olayda çifte satışın gerçekleşmesi farklı açılardan değerlendirilmelidir. Böyle bir olayda alacaklı ve borçlu arasında taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapılmakta, fakat borçlu borcuna aykırı hareket ederek taşınmazı, bu sözleşmenin varlığını bilen üçüncü bir kişiye satmaktadır. Yargıtay'a konu olan bir uyuşmazlıkta⁷³² da olay aynı şekilde gelişmiş, üçüncü kişi sözleşmenin varlığını bildiği için yerel mahkeme davacının talebini kabul etmiş; fakat 14. Hukuk Dairesi davacıyı haksız görerek sözleşme şerh edilmediği için üçüncü kişinin taşınmaz mülkiyetini kazandığını ifade etmiştir. Daireye göre üçüncü kişi, alacaklının zararından yalnız, sırf zarar verme kastıyla hareket ettiği durumlarda sorumlu olur⁷³³. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin bir alacak hakkı doğurduğu ve bu hak şerh edilmedikçe üçüncü kişilere yönelik olarak ileri sürülemeyeceği doğrudur. Bununla birlikte sözleşmenin varlığını bilen kimselerin, alacak hakkının zarar göreceğini kabullenerek hareket etmelerini anlayışla karşılamak zordur. Şerh, üçüncü kişileri bu haktan haberdar ederek alacaklının zarar görmesini engelleyen bir araçtır. Bu araca gerek kalmadan hakkın varlığını bilen kimselere hakkı bilmeyenler gibi muamele yapmak, hakkaniyete hitap etmez. Dolayısıyla meydana gelen zarar dolayısıyla üçüncü kişi sorumlu olmalı, alacaklı

⁷³² 14. Hukuk Dairesi, T. 15.05.2001, E. 3041, K. 3638, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=14hd-2001-041.htm&kw=title:3041&cr=yargitay#fm> (Erişim Tarihi: 22.08.2022), aynı yöndeki karar için, 14. Hukuk Dairesi, T. 23.06.1987, E. 1987/2591 K. 1987/5447 <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/14-hukuk-dairesi-e-1987-2591-k-1987-5447-t-23-06-1987> (Erişim Tarihi: 27.07.2022). Aksi yönde karar için, 14. Hukuk Dairesi, 29.06.2010, 4891/7428, karar için bkz. Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe: Eşya Hukuku, 23. Baskı, İstanbul 2021, s. 455, dn. 473.

⁷³³ Aynı yönde, Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 455, dn. 473.

TBK m. 51/I çerçevesinde aynen tazmin talep ettiği takdirde de taşınmaz alacaklı adına tescil edilmelidir.

Üçüncü kişinin, ikinci sözleşmeyi yapmakta yararının olması, yaptığı fiil için bir hukuka uygunluk sebebi sayılmamalıdır. Çünkü haksız fiillerin de suçların da birçoğunu kişiler kendi yararları olduğu için işlemektedir. Örneğin, hırsız kendince paraya ihtiyacı olduğu için para çalmakta, dolandırıcı yine ihtiyaç olduğu için bu fiili yapmakta veya adam öldüren kendince intikam aldığı için fiilini icra etmektedir. Dolayısıyla bir kimsenin bir fiili yapmakta yararının olması, bu yararın mutlaka fiili hukuka uygun hâle getireceği anlamına gelmez. Buna karşılık yukarıdaki kararda⁷³⁴ HGK'nun kararını onadığı 14. Hukuk Dairesi, davalı B'nin fiili yaparken kendi yararına hareket ettiğini ispat yükü altında olduğunu belirtmiştir. Bu karar iki yönden eleştirilebilir: İlk olarak, daha önce de ifade edildiği üzere, failin haksız fiili yapmakta yararının olması, her zaman onun hukuka uygun bir fiil olduğunu sonuçlamaz. Hukuka uygunluk sebepleri sınırlıdır. Malvarlığına dair bir sözleşmesel yarar, başkalarının sözleşmesel veya malvarlığı yararlarına saldırmayı haklı kılan bir hukuka uygunluk sebebi değildir. İkinci olarak haksız fiil davalarında ispat yükü davacı üzerindedir⁷³⁵. Davalının kendi kusursuzluğunu değil, davacının davalıya ait kusurlu fiili ispat etmesi gerekir.

2. Taşınırın Çifte Satışı

a) Genel Olarak Taşınırın Çifte Satışı ve Bu Sözleşmeye Müdahale İmkânı

Taşınır satışlarında çifte satışın yapılması, taşınmazlara nispeten daha olasıdır. Çünkü taşınır satışında, hukukî sebep olan satış işlemi ile tasarruf işlemi olan zilyetlik tesisi arasında belli bir süre bulunabilir. Bu süre zarfında, satıcı ilk alıcıya sattığı konunun zilyetliğini vermeyip, ikinci alıcıya konuyu tekrar satabilir ve zilyetliği devredebilir.

⁷³⁴ HGK, T. 17.03.1999, E. 14-155, K. 150, karar için bkz. Kapancı, s. 205.

⁷³⁵ Aynı yöndeki eleştiri için bkz. Kapancı, s. 208.

İkinci satış sözleşmesi, ikinci alıcının müdahalesi sonucu gerçekleşmişse, onun sözleşmeye müdahale dolayısıyla sorumluluğuna gidilmesi mümkündür.

Taşınır satışının konusunun ne olduğu, sorumluluk açısından genel olarak bir öneme sahip değildir. Eşya niteliği taşıyan bir nesne taşınır satışına konu olabileceği gibi, aslında eşya olmamasına rağmen eşya gibi muamale gören değerlerin satılmış olması da mümkündür. Bu gibi farklılıklar sadece eşya ile ilgili işlemleri üçüncü kişiler açısından daha görünür hâle getiren araçlar varsa önemli olacaktır. Örneğin, motorlu araç satışının geçerli bir şekilde ancak noter tarafından yapılabilir (2918 sayılı KTK m. 20/d). Noterlikçe gerçekleştirilmeyen satışlar geçersizdir. Dolayısıyla harici araç satışından sonra yapılan ikinci bir geçerli satış, kural olarak ikinci satış olarak değerlendirilmez ve ikinci alıcının sorumluluğuna da kural olarak sebep olmaz. Çünkü alıcı noterlikte gördüğü hukukî duruma göre hareket etmektedir. Fakat ilk sözleşmede taraflar arasında, aracın tekrar satılmamasına ilişkin özel bir anlaşma var ve ikinci alıcı da bunu biliyorsa, onun mülkiyet edinimi geçerli olmamalıdır⁷³⁶.

Esasen taşınır olmamasına rağmen taşınır gibi muamele gören varlıklardan biri de alacaklardır. Alacak devrinin çift şekilde yapılıp yapılamayacağı ayrıca değerlendirilmelidir. Bilindiği üzere alacak devrinin sebebi, ifaya, bağışlamaya, teminata, tahsile dayanabilir veya inançlı olarak alacak devredilmiş olabilir⁷³⁷. Karşılığında bir değer elde etmek için yapılan alacak devrinin, bazen birden fazla kişiyle gerçekleştirilmesi mümkündür. Örneğin, alacaklı A, borçlu B'den olan alacağını, önce D'ye, sonra E'ye devretmiştir. Böyle bir hâlde alacak devri niteliği itibariyle bir tasarruf işlemi olduğu için, olağan taşınır çifte satışı gibi bir değerlendirme yapılmamalıdır. Zira alacak devri işleminin yapılması ile birlikte hak devralana geçmiş olur⁷³⁸. Bundan sonra

⁷³⁶ Armitage/Blanco White/Dias /Ellis Lewis/Hall/Jolowicz/Odgers/Wedderburn/Yale, s. 322.

⁷³⁷ Günergök, Özcan: Alacağın Devrinde Borçlunun Hukuki Durumu, İstanbul 2014, s. 49, 50; Eren, F., Borçlar Genel, s. 1392, 1393; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 758 vd.; Kılıçoğlu, s. 1013.

⁷³⁸ Akıncı, s. 361; Eren, F., Borçlar Genel, s. 1390; Günergök, s. 49; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 752; Kılıçoğlu, s. 1015.

yapılan ikinci devir hükümsüzdür⁷³⁹. Dolayısıyla örnek olayda E devrin kendisine yapılmasını, A'yı sonradan ikna ederek başarmış olsa bile, bu devir kendisine hakkın geçişini sağlamaz. Burada TBK m. 186 da uygulama alanı bulmaz. Çünkü bu maddede bahsi geçen durum, örnek olayda anıldığından farklıdır. TBK m. 186'nın uygulanabilmesi için devralan alacaklının da sonradan ikinci bir devir yapması ve sonrasında kendisinin, devirden haberdar olmayan borçludan ifa istemesi gerekir. Alacağın çifte devrinde ise böyle bir durum yoktur.

Bir alacak konusunda iki defa alacağın devri sözü verildiğinde ise durum farklıdır. Zira alacağın devri tasarruf işlemi iken, alacağın devri sözü verme bir borçlandırıcı işlemidir⁷⁴⁰. Böyle bir hâlde ikinci işlem, ikinci vaat alacaklısının ikna çabaları sonucu ortaya çıkmışsa, artık sözleşmeye müdahaleden doğan sorumluluğun gündeme gelmesi mümkündür.

Üçüncü kişilerin satılmış ancak henüz devredilmemiş bir taşınıra zarar vererek devri engellemeleri ile çifte satışı birbirinden ayırt etmek gerekir. Birinci ihtimalde üçüncü kişi, alacaklıya zarar verme kastı taşıyarak ya da böyle bir amaca sahip olmadan, taşınırı ortadan kaldırmakta, borçlunun zilyetliğine son vermekte ya da taşınırı tahrip etmektedir. Böyle bir durumda üçüncü kişi yapılan sözleşmenin farkında ve alacaklının zarar göreceğini bilmesine rağmen davranışında ısrar ediyorsa, alacaklı gördüğü zararın tazmini için sözleşmeye müdahale sorumluluğu çerçevesinde üçüncü kişiye başvurabilir. Bu durum, ileri sürülen sorumluluk türünün şartlarının gerçekleşmesine bağlıdır. Ancak üçüncü kişinin taşınıra zarar vermesi, alacaklıya yönelik kasıtlı bir davranışı kapsamıyorsa, böyle bir hâlde artık alacaklı üçüncü kişinin sorumluluğuna gidemez.

⁷³⁹ Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 742; tasarruf işlemi söz konusu olduğu için öncelik ilkesinin geçerli olduğuna dair, Eren, F., Borçlar Genel, s. 1391; alacaklının devrettiği alacağı ikinci kez devretse bile alacağın ikinci devralanın malvarlığına geçmeyeceği, ikinci devralanın iyiniyetli olmasının bir önemi olmadığı konusunda, Günergök, s. 87.

⁷⁴⁰ Günergök, s. 62, 63, 82; Akıncı, s. 361; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 743; Eren, F., Borçlar Genel, s. 1397. Alacak devrinin tasarruf işlemi olduğu yönünde, Kılıçoğlu, s. 1015.

b) Taşınırın Çifte Satışının Sözleşmeye Müdahale Sorumluluğu Açısından Değerlendirilmesi

Türk Hukuku'nda taşınırın çifte satışında üçüncü kişinin sorumluluğu TBK m. 49/II hükümleri kapsamında genel olarak kabul edilmektedir⁷⁴¹. Buna göre ikinci alıcı kast şeklindeki bir kusurla, borçlunun ikinci bir satış yapmasını temin ederse, TBK m. 49/II çerçevesinde ilk alıcının uğradığı zararları tazmin etmekle yükümlü olur.

Daha önce de bahsedildiği üzere sözleşmeye müdahale dolayısıyla sorumluluk Türk Hukuku'nda genel olarak TBK m. 49/II'ye dayandırılır. Taşınırın ikinci satışı dolayısıyla üçüncü kişinin sorumluluğu da yalnız bu hüküm kapsamında incelendiğinden, söz konusu zararlar için üçüncü kişiye başvurma imkânı daralmaktadır. Oysa çalışmada ileri sürülen görüş çerçevesinde bu zararların tazmininin TBK m. 49/I çerçevesinde talep edilmesi de mümkündür. Elbette bu uygulama, dava konusu uyuşmazlıkta haksız fiil şartlarının gerçekleşmiş olmasına bağlıdır.

Çifte taşınır satışında üçüncü kişinin sorumluluğuna başvurabilmek için ilk şart, bu kimsenin fiili ile bir zarara sebep olmasıdır. Söz konusu fiili, borçlunun ikinci satışı yapmasının ikna veya teşvik gibi yollarla temin edilmesi ya da böyle bir aktif fiil olmasa da borçlunun teklifini birinci sözleşmenin ve zarar ortaya çıkacağının bilinmesine rağmen kabul edilmesi oluşturur. Aktif ya da pasif bir fiil olmadan üçüncü kişinin ortaya çıkan zarardan sorumlu olması düşünülemez.

İkinci satış dolayısıyla ilk alacaklı için bir zararın ortaya çıkmış olması da gerekli şartlardan diğeridir. Söz konusu zararı, alacaklı taşınırın zilyetliğini elde etseydi malvarlığının arz edeceği durum ile taşınır elde edilemediği için ortaya çıkan durum

⁷⁴¹ Davran, s. 272; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Birinci Cilt, s. 17; Furrer/Müller-Chen/Çetiner, s. 371; daha yüksek bedel teklif ederek yapılması temin edilen ikinci satışların ahlâka aykırı görüldüğü Alman İmparatorluk Mahkemesi kararı için bkz. Koziol, s. 55. Ancak Alman Hukuku Uygulamasında daha yüksek fiyat teklifinin her zaman ahlâka aykırılığın göstergesi olarak kabul edilemeyeceği yönünde, Larenz/Canaris, s. 456.

arasındaki fark oluşturur. Zarar kapsamına yalnız taşınırın değeri değil, aynı zamanda bu taşınırın elde edilememesinden doğan diğer kalemler de dâhildir. Örneğin, alacaklının hayvanları için aldığı ilaçlar teslim edilmediği için hayvanların ölmesi ya da bu ilaçları başka yerden temin etmek için daha fazla bedel ödemek zorunda kalınması, zarar kapsamında değerlendirilir. Ortaya çıkan bu zararlardan borçlu da sözleşme dolayısıyla sorumlu olduğu için borçlu ile üçüncü kişi müteselsilen sorumlu olurlar.

Zararın ortaya çıkmasına, üçüncü kişinin illiyet bağı içerisinde bulunan fiilinin neden olması da gerekli şartlardan bir diğeridir. Üçüncü kişi bu satışı yapmasa da ortaya çıkacak olan zararlardan üçüncü kişi sorumlu olmaz. Fakat burada bir nokta dikkatli değerlendirilmelidir: Borçlunun ihlal fikrinin olduğu, fakat hayata geçirmek için ikinci bir alıcıya ihtiyaç duyduğu, ikinci alıcının kabulüyle de bu kararın tamamlandığı hâllerde, zarar ile ikinci alıcının fiili uygun illiyet bağı içerisindeydir. İkinci alıcı kendisi olmasa da bu zararın gerçekleşeceğinden bahisle sorumluluktan kurtulamaz. İkinci satış gerçekleştikten sonra satılan ürünün alıcının kusuru dışında telef olması ve bunun ilk alıcının malı teslim alması halinde de gerçekleşecek olması, illiyet bağını kesmez. Örneğin, ilk alıcı ile ikinci alıcının aynı ilde yaşadığı, ikinci alıcı ürünleri teslim aldıktan sonra sel dolayısıyla ürünlerin telef olduğu bir olayda, ikinci alıcı ve borçlu, ilk alıcı ürünleri teslim alsa da zararın gerçekleşeceğini gerekçe göstererek sorumluluktan kurtulamaz. Fakat bu durum tazminattan indirim sebebi olarak göz önünde bulundurulabilir.

Üçüncü kişinin fiili mutlaka kusurlu bir iradenin ürünü olmalıdır. Bunun için de ilk olarak üçüncü kişinin ayırt etme gücünü haiz olması ve ilk satış sözleşmesini bilmesi gerekir. Kusurun oluşması için bu bilgi zorunludur. İlk sözleşmeyi bilmeyen bir kimsenin yaptığı işlemle alacaklıya zarar vermeyi amaç edindiği ya da göze aldığı düşünülemez. Bu bilginin varlığını davacı (ilk alacaklı) ispat eder. Ne tür bir kusurun gerekli olduğu, sorumluluğun değerlendirildiği hükme göre değişiklik gösterir. Çalışma kapsamında

üçüncü kişinin sorumluluğunun TBK m. 49/I çerçevesinde olabileceği kabul edildiğinden, söz konusu kusur kast veya ihmal şeklinde ortaya çıkabilir. Fakat Türk Hukuku'ndaki ağırlıklı görüşün⁷⁴² müdahale uyuşmazlıklarını yalnız TBK m. 49/II kapsamında değerlendirdiği düşünüldüğünde, kusur sadece kast şeklinde ortaya çıkmışsa sorumluluk söz konusu olabilir⁷⁴³. Yine bu görüşlerden bazılarına⁷⁴⁴ göre, üçüncü kişinin ilk sözleşmenin varlığını sırf biliyor olması, onun alacaklıya zarar verme kastı taşıdığını göstermez; üçüncü kişinin özellikle bu satışla alacaklıya zarar verme amacı taşıması gerekir. Böyle bir kusur anlayışı, yalnız çifte satış uyuşmazlıkları açısından değil, diğer sözleşmeye müdahale uyuşmazlıkları açısından da davacıya dar bir ispat alanı bırakır. Davalının ilk satış sözleşmesini biliyor olması ve buna rağmen ikinci satışı gerçekleştirmesi, alacaklının zararını hiç değilse göze alarak hareket ettiğini, kendi yararı için başkalarının malvarlığı değerlerini hiçe saydığını gösterir. Bu sebeple ihmal dâhil her türlü iradesi TBK m. 49/I çerçevesinde kusur olarak değerlendirilmelidir. Ne var ki uyuşmazlığın çözümünde TBK m. 49/II hükmü gerekçe gösterilecek ise hükmün lafzı bakımından, yalnızca kast şeklindeki kusurun sorumluluğa sebep olduğunu kabul etmek zorunludur.

İkinci satışla ilk alıcıya verilen zarar hukuka aykırı değilse, üçüncü kişinin tazminat ödeme yükümlülüğü doğmaz. Örneğin taşınırın hazcedilmesi ve sonra açık arttırmada satılması bir hukuka uygunluk sebebi oluşturur. Bu durumda alacaklı Devlet'in sorumluluğuna gidemez. O sadece borcun ifası için hukuken kendisine tanınmış yollara başvurabilir. Buna karşılık piyasada serbest rekabetin hâkim olması ya da sözleşme özgürlüğü ilkesi bir hukuka uygunluk sebebi olarak görülmemelidir. Çünkü herkes

⁷⁴² Bkz. § 3, F.

⁷⁴³ Kast kelimesinden TBK m. 49/II bağlamında ne tür bir kusurun kast edildiği daha önce § 6, B, 2, d başlığında değerlendirildiği için burada tekrar etmekten imtina ediyoruz.

⁷⁴⁴ Özellikle çifte satış bağlamında bu kusur anlayışı için, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Birinci Cilt, s. 17; TBK m. 49/II'nin genel uygulaması bağlamında bu kusur anlayışı için bkz. Kaneti, s. 175; Barlas, Müdahale, s. 435; Olgaç, s. 268.

haklarını kullanırken dürüstlük kurallarına uygun davranmak zorundadır. Başkalarının haksız şekilde zarar göreceğini bile bile, borçlunun bir şekilde ikna edilerek ilk sözleşmeyi ifa etmemeye sevk edilmesi ve bundan rant elde edilmesi, dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz.

Mevcut haksız fiil hükümleri karşısında, tazminat yükümlülüğü TBK m. 49/II bağlamında değerlendirilecek ise ikinci alıcının fiilinin ahlâka aykırı bir nitelik taşıması da gerekir. Üçüncü kişinin ikinci satış sözleşmesini yaparak ilk alıcıyı zarara uğratması, ahlâk kurallarınca tasvip edilmemelidir. Fakat yinelemek istiyoruz ki ahlâk anlayışının bireyler ve zaman nezdinde değişken bir kavram olması, bu hükme göre tazminat yükümlülüğüne hükmedilmesini neredeyse hiç uygulanamaz hâle getirir. Bu vesile ile TBK m. 49/II'nin uygulama alanı darlığını bir kez daha yinelemek istiyoruz. Ahlâka aykırılık gibi belirsiz bir kavram yerine, hukuka aykırılık kavramı tercih edilmesi, dolayısıyla yalnız TBK m. 49/I hükmünün var olması ve bu kavramın tespitinin de norma aykırılık olarak yorumlanmaması, daha hakkaniyetli bir çözüm olur.

B. ÇİFTE KİRA

1. Genel Olarak Çifte Kira ve İlk Kira Sözleşmesine Müdahale İmkânı

Sözleşmeye müdahalenin sıkça gerçekleştiği uyuşmazlıklardan birini de bir eşyanın iki kez kiraya verilmesi olayları oluşturur. Bu tür bir uyuşmazlığın temelinde kiralayan öncelikle kira konusunu ilk kiracıya sözleşme ile kiralar. Fakat ardından ikinci kiracının müdahalesi sonucu aynı kira konusu hakkında tekrar bir kira sözleşmesi yapar ve kiralananı ikinci kiracıya teslim eder.

Kira sözleşmesine müdahalenin gerçekleşmesi, aslında ilk kira sözleşmesi yapıldıktan sonra, fakat tasarruf işlemi olan zilyetlik devri gerçekleşmeden önce mümkün olabilir. Zira ilk kiracı zilyetliği devraldıktan sonra artık sözleşme ifası başlamış demektir. Kira konusunun kiracı tarafından kullanımı devam ettiği müddetçe de fiilen

kira konusu eşya başkasına kiralansa bile teslim edilemez. Örneğin, bir taşınmaz üzerinde kiracı tarafından zilyetliğinin sürdürülüyor olması, olağan hayat tecrübeleri ışığında diğer kiracının zilyetliğine imkân vermez. Buna karşılık, kira konusu taşınır bir eşya ise ilk kiracının onayı olmadan kiralayan zilyetliği sona erdirmiş ve kira konusunu ikinci kiracıya teslim etmiş olabilir. Bunun gibi kiralayan, kiralanan dairenin yedek anahtarını ikinci kiracıya vermiş olabilir. Söz konusu hâllerde ilk kiracı sözleşmeden beklediği ifa yararını sağlayamamıştır. Zararı da ortaya çıkmış ve ikinci sözleşme ikinci kiracının kusurlu müdahale fiili ile yapılmışsa, böyle bir durumda yine tazminat yükümlülüğünün gündeme gelmesi mümkündür.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'ne konu olan bir uyuşmazlıkta⁷⁴⁵ da kira konusu dükkân, ilk kiracıdan ihkak-ı hak yoluyla alınmış ve ikinci kiracıya kiralanmıştır. İlk derece mahkemesi ilk kiracının ikinci kiracıdan BK m. 41/II'ye (TBK m. 49/II) dayanan tazminat talebinde bulunabileceği ve BK m. 43 (TBK m. 51) uyarınca da ikinci kiracının taşınmazı aynen iade etmesi gerektiği yönünde karar vermiştir. Bu kararı 13. Hukuk Dairesi onamıştır. Karar ikinci kira sözleşmesinin müdahale sonucu gerçekleştiği durumlarda, bu kişinin sorumluluğunun kabul edilmiş olması açısından önemlidir.

2. Çifte Kiranın Sözleşmeye Müdahale Sorumluluğu Açısından Değerlendirilmesi

İkinci kira sözleşmesinin yapılmasından doğan zararın, üçüncü kişiden talep edilebilmesi için haksız fiil şartlarının gerçekleşmiş olması gerekir. Böylece ikinci kira sözleşmesi, üçüncü kişinin kusurlu fiili sonucu yapılmış olmalı, bu fiilin yapılmış olması hukuka aykırılık ya da ahlâka aykırılık arz etmeli ve ilk kiracının söz konusu sözleşmenin yapılmasından bir zararı doğmuş olmalıdır.

⁷⁴⁵ 13. Hukuk Dairesi, T. 07.12.1981, E. 7372, K. 7937, karar için bkz. Kapancı, s. 193, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=13hd-1981-7372.htm&kw=title:7372&cr=yargitay#fm> (Erişim Tarihi: 22.08.2022).

Sorumluluk için gerekli olan ilk şart, ilk kiracı ile yapılmış geçerli bir kira sözleşmesinin varlığıdır. Geçerli bir şekilde kurulmamış veya kiracı ya da kiralayan tarafından usulüne uygun şekilde sona erdirilmiş kira sözleşmesine müdahale edilemez. Böylece kira bedeli ödenmediği için veya kira ilişkisi çekilmez hâle geldiği için kiralayan kira sözleşmesini sona erdirmişse, artık bu sözleşmenin bitirilmesine yönelik fiiller müdahale sayılmaz. Yine kiracının ya da kiralayanın, TBK m. 347'deki fesih bildirim usulüne uygun olarak sona erdirdiği sözleşmeye de sonradan müdahale edilmesi söz konusu değildir.

Kiralayanın sahip olduğu fesih bildirim hakkını kullanmasına yönelik fiillerin hukuka aykırı müdahale teşkil edip etmeyeceği hususunda ayrı bir değerlendirme yapmak gerekir. Bu konuda ileri sürülen görüşlerden birine⁷⁴⁶ göre, sözleşmenin ortadan kaldırılması için hak sahibi harekete geçmişse sorumluluk olmamalı aksi hâlde sorumluluk gündeme gelmelidir. Dolayısıyla bu görüş, sözleşmenin sona erdirilmesi kararının alınması ve uygulanması konusunda üçüncü kişinin etken olup olmadığını dikkate almaktadır. Diğer görüşe⁷⁴⁷ göre ise alacaklı böyle bir ihtimalin gerçekleşebileceğini zaten bildiği için üçüncü kişinin sorumluluğundan söz edilemez. Bu görüş gereğince de alacaklı sözleşmesinin sona erebileceği ihtimalini bildiği için sona ermenin riskine katlanmalıdır. Görüşlerden birini tercih etmek yerine uyuşmazlık konusu olayın şartlarına göre bir hükme varmak daha uygundur. Örneğin, kiralayanın on yıllık uzama süresi sonunda kira sözleşmesini sona erdirmek istediğini, ilk kiracı olan sohbetlerinde sürekli dile getirmesi, kiracının feshe hazırlıksız yakalandığını ve zarar ettiğini göstermez. Buna karşılık, on yıl dolmasına rağmen kiralayan sözleşmeyi devam ettirirken, üçüncü kişi daha yüksek fiyat önererek onu bu kararından caydırırsa, bu durumda artık kiracının feshe hazır olduğundan bahsedilemez.

⁷⁴⁶ Bkz. Stevens, s. 614. Hizmet sözleşmesi ile ilgili olarak aynı yönde, Şenocak, s. 214.

⁷⁴⁷ Kapancı, s. 92; Baez III, s. 101.

İlk kira sözleşmesinin sona erdirilme sebebi de bazı olaylarda ispat açısından hâkime yol gösterici olabilir. Mesela, kiralayanın kendi gereksinimini ileri sürerek kira sözleşmesini sona erdirmesi; fakat daha sonra kendisinin konutu kullanmayıp üçüncü kişinin müdahalesi ile konutu ona kiraya vermesi şeklinde bir uyuşmazlık yaşanabilir. Böyle bir hâlde genel olarak ilk kiracı haklıdır. Kiralayanı feshe sevk eden durumlar kural olarak haklı sebep şeklinde değerlendirilmemelidir. Özellikle günümüz piyasa koşullarında hızlı fiyat artışı yaşanmakta, kira bedellerini istedikleri oranda arttıramayan kiralayanlar, çareyi ilk kiracı ile olan sözleşmeyi sona erdirerek yeni bir kira sözleşmesi yapmakta bulmaktadırlar. Bu tür durumları önlemek için ya artış oranına ilişkin güncel düzenlemelere başvurulmalı ya taraflar karşılıklı mutabakatla kira bedelini revize etmeli ya da kiralayan uyarlamaya gitmelidir. Problemin çözümü hukuksuz yollarda aranmamalıdır.

Tazminat talebi için gerekli bir diğer şart, ikinci kiracının ilk sözleşmenin bozulmasına yönelik hareketidir. Genel olarak ikna, daha yüksek bedel teklifi ile ikinci sözleşmenin yapılmasını temin, korkutma gibi hareketler, haksız fiil olarak değerlendirmeye uygun fiillerdir. Elbette bu konuda sınırlayıcı bir sayım benimsenemez.

İlk kira sözleşmesinin sona ermesi, kiracı için bir zarara sebep olmalıdır. Özellikle piyasa koşulları içinde yeni bir kiralık konut bulmak zorsa veya bulunduğunda çok daha yüksek bedele mâl olacaksa bu zarar gerçekleşir. Zararın olup olmadığını ve miktarını somut olayda hâkim takdir eder. Ancak dava açarken kiracının zarara uğradığını ispat etmesi gerektiği için kiracı da bu durumu dikkatli değerlendirmeli, tazminini istediği kalemlere açıkça dilekçesinde yer vermelidir. Örneğin taşınma masrafları, su, elektrik, internet aboneliklerinin sona erdirilip yeniden başlatılması için yapılan tüm giderler de ayrıca talep edilebilir. Kiracının zilyetliği devam etmekle birlikte bunu gerektiği gibi

sürdüremiyorsa daha iyi bir zilyetlik talebinde bulunabilir ya da zilyetliği kesintiye uğramışsa, kullanımdan mahrum olduğu süre için tazminat isteyebilir⁷⁴⁸.

Kiracının uğradığı zararlar, müdahale ve bunun sonucunda gerçekleşen fesih dolayısıyla meydana gelmiş olmalıdır. Daha yüksek bedel teklifi gibi müdahale fiilinin açıkça seçildiği uyuşmazlıklarda, illiyet bağının tespiti zorluk arz etmez. Fakat bazı olaylarda üçüncü kişinin fiili bu kadar açık olmayabilir. Mesela kiralayanın zaten sözleşmeyi sona erdirmeyi düşündüğü; fakat bunun için uygun bedeli teklif eden kiracıyı beklediği durumlarda ne kiralayanın iradesi ne de üçüncü kişinin fiili zararın gerçekleşmesi için tek başına yeterlidir. Böyle bir hâlde illiyet bağı vardır ve üçüncü kişi kendisi olmasaydı da bu fiyatı teklif eden birilerinin olacağından bahisle sorumluluktan kurtulamaz. Önemli olan üçüncü kişinin fiili ile kiralayanın iradesinin tamamlanmasına yardım etmesidir.

Üçüncü kişinin fiilini kusurlu olarak gerçekleştirmesi de tazminat talebi için bir diğer şarttır. Bu kusurlu fiil ilk olarak üçüncü kişinin var olan sözleşmeyi bilmesini gerektirir. Kira sözleşmesi kiracının zilyetliğini gerektirdiği için zilyetliğin üçüncü kişilerce anlaşılması, genel olarak kusurun varlığını gösterir. Konutta mâlik dışında yararlananların olması ya da kira konusu taşınırı kiracının kullanıyor olması, üçüncü kişilerce sözleşmenin bilinmediğini göstermez. Kira sözleşmesinin devamına ilişkin olarak üçüncü kişi yanılmışsa bu durumda kastı yoktur. Örneğin, kiralayanın kira sözleşmesinin bir ay sonra biteceğini ileri sürerek üçüncü kişi ile yeni bir sözleşme yaptığı durumda, üçüncü kişinin kusurlu bir fiili söz konusu değildir. Fiilin kusurlu olduğunu, davacı ilk kiracı ispat eder. Bu bilginin takdirinde hâkim diğer koşulları da dikkate almalıdır. Mesela, ilk kiracı ile aynı katta komşu olarak oturan üçüncü kişi, bir yıl boyunca oturmuş kiracının sorun yaşamadığı takdirde evi boşaltmayacağını veya

⁷⁴⁸ Müller, s. 118.

sözleşmeyi sona erdirmek isteyip istemediğini bilebilecek durumda olabilir. Tüm koşulların birlikte değerlendirilmesi, hakkaniyetli bir çözüme kavuşmakta yol gösterici olur.

Kusur türü açısından TBK m. 49/I çerçevesinde fiilin kast ya da ihmalle işlenmesi arasında fark yoktur⁷⁴⁹. Fakat üçüncü kişinin sorumluluğuna TBK m. 49/II hükmü çerçevesinde başvurulmak isteniyorsa, ilk kiracı üçüncü kişinin kastını ispat etmelidir. Genel olarak üçüncü kişinin ilk sözleşmeyi bilmesine rağmen uygun bir fiille sözleşmenin sona ermesini ve yeni kira sözleşmesinin yapılmasını temin etmesi onun kastına işaret eder. Sözleşmeyi bilebilecek durumda olmasına rağmen bilinçli bir bilgisizliğe sebebiyet verilmesi de kast olarak değerlendirilir.

Üçüncü kişinin başkası yararına ilk kira sözleşmesini bozması, kusurun oluşumu açısından önemli değildir. Bir başkasının kira sözleşmesi yapması için mevcut sözleşmenin sona ermesine sebep olmak da sorumluluğa yol açar. Örneğin, aynı katta ev sahibi olan komşunun, kendi çocuğunun kiralanan dairede oturmasını sağlamak için mevcut sözleşmeyi bozması da müdahale olarak değerlendirilir. Bu hâlde ikinci kiracının sorumluluğu, kira sözleşmesinin bozulması için kusurlu davranıp davranmamasına bağlıdır. Kiralananın durumunu bileceği için ekseriyetle kusurlu sayılacaktır. Söz konusu durumda, kiralayan, ikinci kiracı ve sözleşmenin bozulmasını temin eden üçüncü kişi, ilk kiracının zararından müteselsilen sorumlu olurlar.

Nihayet sözleşmenin bozulmasını temin etmek TBK m. 49/I anlamında hukuka aykırı, TBK m. 49/II çerçevesinde ise ahlâka aykırı olmalıdır. Çalışmada savunulan görüş gereği sözleşmeye müdahale, dürüstlük kuralına aykırılık taşıması, başkasının malvarlığına zarar verilmesi gibi sebeplerle hukuka aykırıdır⁷⁵⁰. Fakat Türk Hukuku'nda

⁷⁴⁹ Deutsch, s. 217.

⁷⁵⁰ Sözleşmeye müdahalenin neden hukuka aykırı olduğu yönündeki bilgiler için bkz. § 6, A, 4, a, cc.

mevcut baskın hukuka aykırılık anlayışı⁷⁵¹ gereğince, böyle bir sorumluluğa gidilebilmesi sadece TBK m. 49/II çerçevesinde mümkündür. Bu madde çerçevesinde de yalnızca fiil ahlâka aykırı ise sorumluluk söz konusu olabilir. En çok karşılaşılan müdahale şekli olarak daha yüksek bedelle kira sözleşmesi yapma teklifi değerlendirildiğinde, Alman Federal Mahkemesi'nin bu fiili ahlâka aykırı olarak kabul ettiği görülür⁷⁵². Fakat bu konuda sınırlayıcı bir yorum yaparak, ahlâka aykırılığın gerçekleşmesi için yalnız belli fiilleri aramak doğru değildir. Genel olarak, bencil duygularla başkasının sözleşmesini sona erdirmeye çalışarak bundan rant sağlamanın, hukuken tasvip edilebilir bir davranış olduğu savunulamaz. Bundan zarar doğması, fiili hem hukuka hem ahlâka aykırı hâle getirir.

Sözleşmeye müdahale sorumluluğu vasıtasıyla üçüncü kişinin sorumluluğuna başvurulabilmesi, ilk kiracıya avantajlı bir durum sağlar. Zira maddî taleplerini birden fazla kişiye birden yöneltme imkânı bularak ekonomik anlamda iyi durumdaki davalıdan alacağını isteyebilir. Diğer yandan kira konusu eşya zilyetliğinde değilse, zilyetlik kiralayanda olduğu takdirde sözleşme ifasını isteyerek, ikinci kiracıda olduğu takdirde de tazminatını TBK m. 51 kapsamında alma imkânına kavuşarak aynen ifa veya aynen tazmin elde edebilir.

§ 8. KİRACIYA YA DA ALT KİRACIYA ZARAR VERMEK İÇİN YAPILAN MÜDAHALELER

Kiracıya zarar veren müdahale fiilleri, her zaman ikinci bir kira sözleşmesi vasıtasıyla yapılmayabilir. Bu sözleşme yapılmasa da kiralayan üçüncü kişi ile işbirliği yaparak daha avantajlı bir durum elde etmek için harekete geçebilir. Aşağıda, söz konusu

⁷⁵¹ Bkz. § 6, A, 4, a, aa.

⁷⁵² Bkz. Koziol, s. 55.

durumlardan bazı örnekler ve bu örneklerin haksız fiil açısından değerlendirmesi yer almaktadır.

A. ÇİFTE KİRA DIŞINDA KİRACIYA VEYA ALT KİRACIYA ZARAR VERMEK İÇİN YAPILAN MÜDAHALELER

Kira ilişkilerine yapılan müdahalenin şekli, bazı durumlarda ikinci bir kira sözleşmesi yapılması şeklinde gerçekleşmeyebilir. Çünkü amaç her zaman ikinci bir sözleşme yaparak daha fazla gelir elde etmek değildir. Mâlik kira konusu üzerinde daha avantajlı bir konum elde etmek için de üçüncü kişiyle işbirliği yapmış olabilir. Elbette söz konusu durumlarda da ilk kiracının alacak hakkı zarara uğramaktadır.

İlk kiracıyı zarara uğratmayı amaçlayan olayların bazıları, tamamen kiralayanın kira konusu üzerinde daha rahat fiilî tasarruflarda bulunabilmesini amaçlar. Alman Federal Mahkemesine 1927 yılında konu olan bir uyuşmazlıkta⁷⁵³, taşınmaz üzerinde hem ipotek hem de kira sözleşmesi vardır. Kiralayan kiracının taşınmazı kullanımını engellemek için ipotek alacaklısı üçüncü kişi ile bir anlaşma yaparak, borç hakkında icra takibi yapılmasını ve kendisine kira sözleşmesi hakkında olağanüstü fesih hakkı doğmasını temin etmiştir. Kararda üçüncü kişi kiracının malvarlığına zarar verdiği için BGB § 826 gereğince sorumlu tutulmuştur. Fakat borçlu kira konusunu kiracıya kullandığı için pozitif yükümlülüğünü ihlal etmiş sayılmamıştır. Kira konusunun kullanıma hazır hâlde bulundurulması için ipoteğin paraya çevrilmesini engelleme, kira sözleşmesinin ihlali olarak değerlendirilmemiştir. Karara konu olay için muvazaadan bahsetmek mümkün değildir. Çünkü muvazaa yalnızca gerçek kişilerin tarafı olabileceği işlemlerde mümkündür; resmî makamların dâhil olduğu işlemler muvazaalı yapılamaz. Fakat burada üçüncü kişi hakkını kötüye kullanmış, borçlu ise sözleşmeyi tam ve gereği

⁷⁵³ Karar için bkz. Groh, s. 126.

gibi ifa etmek için elinden gelen çabayı göstermemiştir. Bu sebeplerle olayda zarardan müteselsilen sorumlu tutulmaları gerekirdi.

Benzer bir amacın gözetildiği diğer bir durum da kiracıya zarar vermek için kira konusu taşınmazın başkasına devredildiği olaylar oluşturmaktadır. Hemen ifade etmek gerekir ki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte böyle bir devrin önemi kalmamıştır. Zira Kanun'un 310. maddesine göre kiraya verilen eşyanın mülkiyeti sonradan herhangi bir sebeple el değiştirirse, yeni mâlik kira sözleşmesinin tarafı olur. Yeni mâlik sırf bu sebeple kira sözleşmesini sona erdiremez⁷⁵⁴. Ancak 818 sayılı Borçlar Kanunu yürürlükte iken yapılan el değiştirmeler için durum uyumsuzluğa sebep olmuştur. 13. Hukuk Dairesi'ne konu olan bir uyuşmazlıkta⁷⁵⁵, kiralayan kiracıyı zarara uğratmak için konutu iki defa devretmiş, son devralan da tahliye davasını kazanmıştır. Daire, kiracının alacak talebini yalnız ilk mâlike karşı ileri sürebileceğine, son devralanın sorumluluğunun ancak BK m. 41/II (TBK m. 49/II) çerçevesinde mümkün olduğuna hükmetmiştir.

Aynı yöndeki bir karara yine 13. Hukuk Dairesi'ne konu olan başka bir uyuşmazlıkta⁷⁵⁶ da varılmıştır. Söz konusu uyuşmazlıkta, kira konusu yine başkasına devredilmiş, kiracının iade talebini yerel mahkeme reddetmiş, 13. Hukuk Dairesi ise yeni mâlikin sorumluluğu için BK m. 41/II (TBK m. 49/II) çerçevesinde bir değerlendirme yapılması gerektiğini söylemiştir. Daireye göre yeni mâlikin kiracıyı zarara uğratmak gibi özel bir kastı varsa, ancak o zaman aynen tazmin (TBK m. 51) kabul edilebilir.

⁷⁵⁴ Bugün için konunun önemi, ancak yeni mâlikin kendi gereksinimi gibi bir sebeple kira konusunu tahliye ettirmesi durumunda ortaya çıkar.

⁷⁵⁵ 13. Hukuk Dairesi, T. 13.11.2003, E. 8070, K. 13649, karar için bkz. <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=13hd-2003-8070.htm&kw=title:8070&cr=yargitay#fm> (Erişim Tarihi: 22.08.2022).

⁷⁵⁶ 13. Hukuk Dairesi, T. 15.04.1993, E. 1993, K. 3207, karar için bkz. <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=13hd-1993-1993.htm&kw=title:3207&cr=yargitay#fm> (Erişim Tarihi: 22.08.2022).

Alt kiracıya zarar vermek için yapılan fiillerde de benzer bir durum vardır. Burada da asıl kiracı ve kiralayan, alt kiracının kira konusunu tahliye etmesi amacıyla, asıl kira sözleşmesini sona erdirmektedirler⁷⁵⁷. Doktrinde bir fikir⁷⁵⁸ tarafından, asıl kira ilişkisi sona erdiği zaman alt kira ilişkisinin de sona erdiği, kiralayanın her iki kiracıdan da tahliye isteyebildiği belirtilmektedir. Bu görüş dikkate alınırca, alt kiracının alacak hakkı zarar görmüş olur. Alt kira sözleşmesi asıl kiranın sona ermediği kabul edilse bile, ifa artık asıl kiracı için mümkün olmadığından, alt kiracı yine zarara uğrar. Dolayısıyla kiralayan ve asıl kiracının haklarını kötüye kullanmaları, alt kiracının alacak hakkının kullanılamaz hâle gelmesi ile sonuçlanmaktadır.

B. ASIL YA DA ALT KİRA SÖZLEŞMESİNE MÜDAHALENİN SORUMLULUK AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Tüm haksız fiil sorumluluklarında olduğu gibi, kiracının ya da alt kiracının sözleşme ilişkisine müdahale dolayısıyla üçüncü kişinin sorumluluğuna başvurulabilmesi için haksız fiil şartlarının gerçekleşmesi gerekir. Şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini hâkim, kendisine sunulan deliller ışığında ve olayın özelliklerini dikkate alarak takdir eder.

Bir haksız fiil unsuru olmasa da sorumluluk için mutlaka gerekli olan şart, geçerli bir kira sözleşmesinin varlığı ve bundan doğan kullanma alacağının devam ediyor olmasıdır. Geçerli bir kira sözleşmesi yoksa, kullanma alacağına da zarar verildiğinden

⁷⁵⁷ Yargıtay HGK, T. 03.10.2001, E. 6-653, K. 672, karar için bkz. <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2001-6-653.htm&kw=title:672&cr=yargitay#fm> (Erişim Tarihi: 22.08.2022).

⁷⁵⁸ Eren, F., Borçlar Özel, s. 813; Zevkliler/Gökyayla, s. 335; Aydoğdu/Kahveci, s. 512; alt kiracının daha fazla ya da daha uzun bir kullanım hakkına sahip olmadığı hakkında, Aral, Fahrettin/Ayrancı Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 15. Baskı, Ankara 2022, s. 388; kira sözleşmesine göre alt kiracıdan tahliye istenemeyeceği yönündeki diğer görüşler için bkz. Tandoğan, Halûk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: I/2, Dördüncü Tıpkı Basım, İstanbul 2008, (Tandoğan, Borçlar Özel I/2), s. 159. Alt kira ile asıl kira sözleşmesinin temelde birbirinden bağımsız olduğu, bu sebeple asıl kira sözleşmesinin sona ermesinin alt kira sözleşmesini sona erdirmeyeceği; fakat sübjektif imkânsızlığın ortaya çıktığı yönünde, Yücer, İpek: “Alt Kira”, AÜHFD, C. 57, S. 3, Y. 2008, s. 791-829, s. 813, aynı yönde, Erol Durak, Yasemin: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesinde Alt Kira ve Kira Hakkının Devri, Ankara 2017, s. 106 vd.

bahsedilemez. Eşyayı kullanan kimsenin fuzulî şâgil olması veya konut ve çatılı işyeri kiralarda kiralayanın yazılı izni olmadan alt kira sözleşmesinin yapılması hâlinde, geçerli bir kira sözleşmesi yoktur. Böyle durumlarda kiralayan, mâlik ise mülkiyetten doğan yetkilerini kullanarak, değilse kiralayan olarak kira konusunun sözleşmeye uygun kullanılmasını isteyerek (TBK m. 316) alt kiracının tahliyesini sağlayabilir. Söz konusu ihtimaller hukuka uygun olduğu için de haksız fiil oluşmaz.

Üçüncü kişinin hukuka aykırı bir fiille kiracıya ya da alt kiracıya zarar vermiş olması, haksız fiil unsurları açısından bakıldığında gerekli şartın ilkidir. Üçüncü kişinin herhangi bir fiili yoksa, sorumluluğundan da bahsedilemez. Kira sözleşmesinin taşınır kiralaları için kendiliğinden sona erdiği veya üçüncü kişinin haberi olmadan kiralayan tek başına aldığı kararla kiracıyı ya da alt kiracıyı tahliye ettiği durumlarda, üçüncü kişi bir fiilde bulunmamıştır.

Diğer müdahale olayları ile karşılaştırıldığında bu tür olaylarda, üçüncü kişinin fiilini ve kusurunu tespit etmek esasında daha kolaydır. Çünkü yukarıda örneklenen olaylarda, aslında kiralayan kiracı veya alt kiracıyı tahliye etmek istemekte, üçüncü kişi de onun bu fikrini hayata geçirmek için kiralayana katılmaktadır. Tahliye planı kiralayan tarafından yapıldığına göre, üçüncü kişinin bunu bilmeden olaya katılması, çok nadir gerçekleşecektir.

Bu konuda bir sınır olmasa da birlikte hareket etme söz konusu olduğu için üçüncü kişinin ekseriyetle aktif bir fiilinin gerekli olduğu söylenilebilir. Zira kira konusunun satın alınması veya kira konusu için takip yapılması gibi durumların gerçekleşmesi için üçüncü kişinin aktif bir fiille katılımı zorunludur. Fakat yukarıda anılan olaylarda görüldüğü üzere, üçüncü kişinin fiili tek başına zarar vermeye yeterli olmayıp, ancak kiralayanın fiili ile birleştiğinde zarara sebep olmaktadır.

Üçüncü kişinin fiili sonucu kira sözleşmesinin bozulmasıyla, kiracı veya alt kiracı için bir zarar meydana gelmelidir. Bozulmadan genel olarak, sözleşmeye uygun kullanımın gereği gibi ya da hiç sağlanamaması anlaşılır. Ancak uyumsuzluklar genellikle, kiracı veya alt kiracının kiralananı tahliye etmesi veya kullanımı durdurması ile sonuçlanmaktadır. Bu durumda kiracı ya da alt kiracının, yeni bir kira sözleşmesi yapmak, bunun için bazı masraflarda bulunmak, taşınmak, aboneliklerini sona erdirmek, işyeri kirası ile kullanımdan mahrum kaldığı süre boyunca iş yapamamak gibi zarar kalemleri ortaya çıkabilir. Kiracının kendi evine çıkması ve taşınma için masrafta da bulunmaması gibi hâllerde zarar oluşmayacağı için mahkemenin de tazminat talebini kabul etmemesi gerekir. Zararın varlığını davacı kiracı ya da alt kiracı ispat eder.

Alt kiracı ya da kiracının zararı, yapılan müdahaleden kaynaklanmış olmalıdır. Kullanımın sona ermesi ya da zorlaşması dışında, başka sebeplerden dolayı zarar doğmuşsa, üçüncü kişi sorumlu olmaz. Kiralayanın tek başına kullanımı ortadan kaldırdığı durumda ortaya çıkan zararda üçüncü kişi için illiyet bağı eksiktir. Bunun gibi üçüncü kişinin fiili söz konusu olsa da kiracı veya alt kiralayan, daha lüks bir konut kiraladığı için zarar etmişse, iki kira arasındaki bu fark da zarar sayılmaz. Yeni bir kira konusu bulma açısından oluşan zarar, emsal bir yeri kiralayabilmek için kiracının ya da alt kiracının daha fazla bedel ödemek zorunda kalması şeklinde anlaşılmalıdır.

Üçüncü kişinin kiralayan ile olan işbirliğinde kusurlu davranmış olması gerekir. Onun yegâne amacının alacağa ulaşmak olduğu veya kira sözleşmesinden haberdar olmadığı hâllerde kusurlu davrandığından bahsedilemez. TBK m. 49/I gereği kusur konusunda yalnızca kast ile sorumluluğun gerçekleşebileceği şeklinde bir sınırlama yapmak doğru olmaz. Ancak yukarıda verilen olay örnekleri dikkate alındığında, genellikle üçüncü kişinin kasta sahip olduğu anlaşılır. Borçlu ile işbirliği içinde hareket etmesi bunu gerektirir. Ancak bu durum, ihmalin hiç gerçekleşmeyeceği şeklinde de yorumlanamaz. Mesela, kiralayan ipotek alacaklısı üçüncü kişiye, taşınmazı için takip

başlatmasını, kendisinin borcu ödeyemeyeceğini telkin edebilir. Bu durumda elbette üçüncü kişinin, taşınmazı neden kiralayanın kendisinin satarak borcu ödemediği konusunda şüphelenmesi gerekir. Ama bunu düşünmeyip takibi başlatırsa ve kiracı zarara uğrarsa, üçüncü kişi ağır ihmalle hareket etmiş olur.

TBK m. 49/II kapsamında üçüncü kişinin sorumluluğuna başvurulabilmesi için üçüncü kişinin kiracıya veya alt kiracıya yönelik bir kasıtle hareket etmiş olması gerekir. Mevcut hüküm karşısında, ihmal sorumluluğuna neden olmaz. Bu konuda üçüncü kişinin özel bir kasıtle hareket etmesi gerektiği belirtilmektedir⁷⁵⁹.

Kira konusu eşya devredilerek kiracıya zarar verilen durumlarda, kira sözleşmesinin sırf biliniyor olması, failin zarar konusundaki kastına kesin olarak işaret etmez. Zaten 6098 sayılı kanun karşısında, yeni mâlik sözleşmenin tarafı olur. Fakat TBK m. 351 çerçevesinde kendi gereksinimi dolayısıyla tahliye isteyebilir. Bu durumda gerçekten kira konusunu kullanması gerekiyorsa, kusurlu bir fiili söz konusu değildir. Buna karşılık gereksinimi ileri sürmesine rağmen, oturabileceği başka bir konutu var ve bu konutu kullanmamak için makul bir sebebi yoksa ya da tahliyeden hemen sonra başkasıyla yeni bir kira sözleşmesi imzalamışsa, bu durumda artık kusurluluğuna hükmetmek gerekir.

Kusurun ispatı davacıya aittir⁷⁶⁰. Fakat kabul edilmelidir ki bu ispat oldukça zordur⁷⁶¹. Çünkü üçüncü kişi asıl amacının kiracı ya da alt kiracıyı zarara uğratmak değil, alacağını alabilmek olduğunu ileri sürecektir. Bu durum üçüncü kişi için bir düşünce olduğundan, aksinin ispatı güçtür. Bu yüzden hâkim kusur değerlendirmesi yaparken

⁷⁵⁹ 13. Hukuk Dairesi, T. 15.04.1993, E. 1993, K. 3207, karar için bkz. <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=13hd-1993-1993.htm&kw=title:3207&cr=yargitay#fm> (Erişim Tarihi: 22.08.2022).

⁷⁶⁰ Genel olarak haksız fiilin şartlarını ve bu arada kusuru da davacı ispat eder, Eren, F., Borçlar Genel, s. 666; Olgaç, s. 269; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 576 vd.; Kaneti, s. 229; hukuka uygunluk sebebini davalının ispat etmesi gerektiği ile ilgili, s. 231.

⁷⁶¹ Müdahale davalarında ispatın zor olduğu, bu yüzden hâkimin durumu serbestçe değerlendirmesi gerektiği, basit ispatı yeterli sayıp kesin ispatı aramaması gerektiği yönünde, Müller, s. 100, 115.

veya davacı kusurlu davranıldığını ileri sürerken, ek bazı olaylardan yardım almalıdır. Mesela, kiralayanın ekonomik durumu itibariyle borcunu ödemeye muktedir olması ve buna rağmen takibe göz yumması, takip başlatıldıktan hemen sonra kira sözleşmesini feshedip, ardından da borcunu ödemesi veya üçüncü kişinin takibi sonlandırması, üçüncü kişinin kusuruna işaret eden olaylar olarak değerlendirilebilir. Bir başka kişinin kiralayan ile üçüncü kişi arasındaki anlaşmayı duymuş olması ve buna şahitlik etmesi de davada dikkate alınabilir. Şüphesiz bunların hiçbirisi kusurlu davranışa kesin olarak işaret etmez. Ancak unutulmamalıdır ki ceza hukukunda bile hiçbir zaman, sanığın iç dünyası keşfedilerek kusuru tespit edilmez; ortaya çıkan sonuçtan, sanığın suçu işleyiş şeklinden ve diğer ek olgulardan yola çıkarak bir hüküm verilir. Benzer muhakeme burada da yapılmalıdır. Yoksa pek çok yolsuz işleme zemin hazırlanmış olur.

Üçüncü kişinin davranışı hukuka aykırı, TBK m. 49/II çerçevesinde tazminat talep edildiğinde ise ahlâka aykırı olmalıdır. Üçüncü kişinin sırf alacağına kavuşmak maksadıyla hareket ettiği durumlarda, hukuka aykırılık söz konusu değildir. Esasen üçüncü kişi art niyetli olarak takip başlattığında da bir hakkını kullanmaktadır; fakat hakkını kötüye kullandığı zaman korunmaz. Bu sebeple davacı kiracı, üçüncü kişinin hakkını elde etme amacının dışına çıkarak hareket ettiğini, hakkına başka yollarla da kavuşabileceğini göstermek suretiyle ispat edebilir.

Devir ya da takip başlatılmasının sırf kiracıya ya da alt kiracıya zarar vermek amacıyla yapılması, başlı başına ahlâka aykırılığa işaret eder. Bunların ispatı da kusurun ispatı vasıtasıyla gerçekleşmektedir. O hâlde kusurlu kasıtlı fiili ispat eden kiracı, aynı zamanda ahlâka aykırılığı da ispat etmiş sayılmalıdır. Ahlâka aykırılık, bakış açısına göre değişebilen bir kavramdır. Bu yüzden hâkim ahlâka aykırılığın tespitinde, çok sert kriterlere göre hareket etmemeli, benzer piyasa koşullarında kimsenin böyle bir davranışı ahlâka uygun sayamayacağı noktada ahlâka aykırı davranıldığına karar vermelidir. Ancak uygulama açısından bu kavramın çok soyut olduğunu, bunun yerine TBK m. 49/I'nin

uygulanması ve dolayısıyla hukuka aykırılık kavramının aranıp, bunun yorumunda da Türk-İsviçre Hukuku'na hâkim olan hukuka aykırılık anlayışının terk edilmesi gerektiği görüşünü bir kez daha yineliyoruz.

§ 9. ÖNALIM HAKKINA YAPILAN MÜDAHALELER

Tarafların sözleşmesel ilişkisine müdahale edilerek alacaklının zarara uğratılabileceği hâllerden birini de önalım hakkının önlenmesi oluşturur. Bu tür uyuşmazlıklarda ön alım hakkı sahibinin hakkını kullanması engellenerek, önalım konusu eşyayı edinmekten mahrum bırakılmaktadır.

A. GENEL OLARAK ÖNALIM HAKKI

Önalım hakkı, önalım konusu eşya üçüncü kişiye satıldığı⁷⁶² zaman hak sahibinin bu eşyayı öncelikle satın almasına imkân veren bir yetkidir⁷⁶³. Böyle bir yetki hak sahibine, kanun ya da sözleşme ile tanınmış olabilir⁷⁶⁴. Taşınır veya taşınmaz eşya için önalım hakkı tesis edilebilmesi mümkündür⁷⁶⁵.

Önalım hakkı niteliği itibarıyla bir alacak hakkıdır; bu sebeple sözleşmeden doğan önalım hakkı nispi karakterini korur ve yalnızca önalım borçlusu kişiye karşı ileri sürülebilir⁷⁶⁶. Fakat önalım konusu eşya bir taşınmazsa, önalım sözleşmesi tapuya şerh

⁷⁶² Satış sonucu doğuran diğer temlik işlemlerinin de önalım hakkının kullanılmasına imkân verdiği kabul edilmekle birlikte, doktrinde tanım için satış ibaresi kullanılmaktadır.

⁷⁶³ Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin: Şu'fa Hakkı, İstanbul 1959, s. 5; Rey, Heinz: Die Grundlagen Sachenrechts und das Eigentum, Band I, Dritte Auflage, Band I, Bern 2007, s. 317; Schmid, Jörg/Hürlimann-Kaup, Bettina: Sachenrecht, 2. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2003, s. 205; Eren, F., Borçlar Özel, s. 204; Aral/Ayrancı, s. 254; Yavuz/Acar/Özen, Birinci Cilt, s. 290; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 608; Saymen, Ferit Hakkı/Elbir, Halid K.: Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1963, s. 371; Gürsoy, Kemal, T./Eren, Fikret/Cansel, Erol: Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978, s. 653.

⁷⁶⁴ Taman Şıpka, Şükran: Türk Hukukunda Kanunî Önalım (Şu'fa) Hakkı, 1. Baskı, İstanbul 1994, s. 5 vd.; Eren, F., Borçlar Özel, s. 203; Rey, s. 313, 317; Feyzioğlu, s. 77 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 608, 633; Aral/Ayrancı, s. 252; Saymen/Elbir, s. 373, 376; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 653, 674; Schmid/Hürlimann-Kaup, s. 204, 205; Zevkililer/Gökyayla, s. 76; Aydoğdu/Kahveci, s. 281.

⁷⁶⁵ Eren, F., Borçlar Özel, s. 205; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 677; Aral/Ayrancı, s. 254; Feyzioğlu, s. 149; taşınır satışlarındaki tartışmalı hâller ile ilgili, Taman Şıpka, s. 92 vd.

⁷⁶⁶ Rey, s. 320; Schmid/Hürlimann-Kaup, s. 206; Eren, F., Borçlar Özel, s. 207; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 617; Saymen/Elbir, s. 373; Yavuz/Acar/Özen, Birinci Cilt, s. 296; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 678; Zevkililer/Gökyayla, s. 78; Aral/Ayrancı, s. 255; Aydoğdu/Kahveci, s. 293.

ettirilmek suretiyle, bu alacak hakkı güçlendirilir ve üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir (TMK m. 735).

Hakkın kullanılabilmesi için önalım konusu eşyanın üçüncü kişiye satılması gerekir⁷⁶⁷. Bu işlemten sonra önalım hakkı, yenilik doğuran bir dava açmak suretiyle kullanılır⁷⁶⁸. Hakkın kullanılabilmesi için gerekli olan satış işleminden, sadece dar anlamda satış sözleşmesi anlaşılmaz; iradî yapılan, cüz'i halefiyet doğuran ve ivazlı olan bütün temlik işlemlerinde önalım hakkı kullanılabilir⁷⁶⁹. Kanun ekonomik anlamda satışa eşdeğer bütün işlemlerde⁷⁷⁰, önalım hakkının kullanılabilmesini belirtmektedir (TBK m. 240).

Kanundan doğsun sözleşmeden doğsun, önalım hakkına müdahale teşkil eden olaylar, hakkın kullanılmasına imkân veren satış ya da benzeri ilişkilerin değiştirilmesi vesilesiyle yapılmaktadır. Üçüncü kişi, önalım hakkı borçlusu ile birlikte hareket ederek, satış ilişkisi yerine başka bir hukukî ilişki kurar. Böylece hak sahibi önalım davası açamaz.

Alman Federal Mahkemesi'ne taşınan bir uyuşmazlıkta⁷⁷¹, kanunî önalım hakkı önlenmek için trampa sözleşmesi yapılmıştır. Üçüncü kişinin bu sözleşmeyi yapması ahlâka aykırı (BGB § 826) bulunmuş ve davacı talebinde haklı görülmüştür⁷⁷². Söz konusu çözüm sonuç itibarıyla doğru olmakla birlikte, gerekçesi bakımından farklı yorumlanabilir. Zira trampa doktrinde⁷⁷³, satış ilişkisi doğuran işlemler gibi

⁷⁶⁷ Yavuz/Acar/Özen, Birinci Cilt, s. 291; Aydoğdu/Kahveci, s. 279; Aral/Ayrancı, s. 259; Eren, F., Borçlar Özel, s. 213; Zevkliler/Gökyayla, s. 77; Schmid/Hürlimann-Kaup, s. 206; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 610; Rey, s. 321; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 676.

⁷⁶⁸ Rey, s. 323; Yavuz/Acar/Özen, Birinci Cilt, s. 296; Aral/Ayrancı, s. 263; Eren, F., Borçlar Özel, s. 218; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 614; Zevkliler/Gökyayla, s. 75; Aydoğdu/Kahveci, s. 290.

⁷⁶⁹ Eren, F., Borçlar Özel, s. 213; Rey, s. 323, 324; Yavuz/Acar/Özen, Birinci Cilt, s. 292 Feyzioğlu, s. 185.

⁷⁷⁰ Ekonomik anlamda eşdeğer işlemle ne kastedildiğinin belirsiz olduğu yönünde, Rey, s. 321.

⁷⁷¹ RG 91, 170, karar için bkz. Sungurbey, s. 51.

⁷⁷² Aynı yönde bir hüküm olmak üzere, 1 Temmuz 1926 tarihli RG 88, 366 numaralı karar için bkz. Groh, s. 125.

⁷⁷³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 612; Taman Şıpka, s. 91; aksi yönde Gürsoy/Eren/Cansel, s. 676; Aral/Ayrancı, s. 259; Aydoğdu/Kahveci, s. 283; önalım hakkı satış sözleşmesindeki şartlar dâhilinde

değerlendirilmektedir. Gerçekten de trampa sözleşmesi, cüz'i halefiyet doğuran, iradî ve ivazlı bir sözleşmedir. Bu sebeple sorumluluk hukuku açısından bir değerlendirme yapmaya gerek kalmadan, önalım hakkı şartı gerçekleştiği için davacının haklı görülmesi gerekirdi.

Önalım hakkı ile ilgili bir başka uyuşmazlıkta⁷⁷⁴ da durum şöyle gelişmiştir: Şirket sözleşmesine göre ortaklardan biri payını sattığı takdirde, diğer paydaşların yedi gün içinde bu payı satın alma hakkı vardır. Davalı payını satmak istediğinde, davacı fiyat vermesi için davalıya haber göndermiş, davalı da cevap vermeyerek payı üçüncü bir kişiye satmıştır. Yerel mahkeme uyuşmazlıkta davacının rüçhan hakkı olduğuna, ancak yedi gün içinde kullanılmadığı için düştüğüne karar vermiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi ise rüçhan hakkı değil, önalım hakkı olduğuna, bu hakkın da nispi özellik taşıdığına, dolayısıyla üçüncü kişiye karşı ileri sürülemeyeceğine ve ortaya çıkan zararın yalnızca TBK m. 49/II kapsamında tazmin edilebileceğine hükmetmiştir.

Söz konusu uyuşmazlıkların çözümünde de benimsendiği üzere, önalım hakkına üçüncü kişilerin yaptığı müdahaleler bazı kararlarda TBK m. 49/II bağlamında değerlendirilerek ahlâka aykırı sayılmaktadır. Böylece ortaya çıkan zararın tazmini talebi haklı görülmektedir. Bazı kararlarda⁷⁷⁵ ise şerh edilmemiş önalım hakkının üçüncü kişilere karşı hiçbir şekilde ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir. Aşağıda hem TBK m. 49/I hem de TBK m. 49/II fıkraları açısından, tazminat talebinin kabul edilebilirliği incelenmektedir.

kullanılması gerektiği için, paradan başka bir karşılığın gösterildiği hâllerde önalım hakkının kullanılamayacağına dair, 14. Hukuk Dairesi, T. 21.10.2019, E. 2019/9507, K. 2019/6860, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 19.08.2022). Trampanın kabul edildiği bir karar için, 14. Hukuk Dairesi, T. 28.06.2021, E. 2019/3863, K. 2021/4348, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 19.08.2022).

⁷⁷⁴ 11. Hukuk Dairesi, T. 23.02.1995, E. 7138, K. 1522, karar için bkz. Kapancı, s. 200.

⁷⁷⁵ Bu yöndeki bir karar için bkz. 14. Hukuk Dairesi, T. 21.10.2019, E. 2019/537, K. 2019/6854, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 23.08.2022).

B. ÖNALIM HAKKINA MÜDAHALENİN SORUMLULUK AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Önalım hakkına müdahale olaylarında, üçüncü bir kişi bu hakkın farkında olarak, hak sahibinin eşyayı edinmesini, kendisi bu eşyayı edinmek suretiyle engellemektedir. Böyle bir hakkın varlığını önceden bilmesi ve hak sahibinin hakkını kullanmasını engelleyecek birtakım işlemlere girişmesi, fiilini kınanabilir hâle getirmektedir.

Üçüncü kişinin söz konusu fiilinin haksız fiil sorumluluğuna sebep olması için ilk olarak fiil şartının gerçekleşmesi gerekir. Buna göre üçüncü kişi, önalım sözleşmesine müdahalede bulunmalı, ikna, daha yüksek satış vaadi veya benzeri şekillerde borçluyla işbirliği yaparak, alacaklının önalım hakkını kullanmasını engellemelidir. Dolayısıyla üçüncü kişinin sadece daha yüksek bedel vaat etmesi ya da borçluyu kendisi ile satış sözleşmesi yapması konusunda ikna etmesi yeterli değildir. Aynı zamanda bu fiiller sonucunda satış sözleşmesi gerçekleşmiş olmalıdır. Zira satış veya buna eş değer bir işlemin gerçekleşmiş olması, zaten alacaklının hakkını kullanabilmesi için gerçekleşmesi gereken bir şarttır.

Üçüncü kişi ile borçlu arasında bir satış sözleşmesinin yapılmadığı hâllerde müdahale ve dolayısıyla fiil şartı gerçekleşmiş olmaz. Çünkü önalım hakkı zaten bu nitelikte bir işlemin yapılması ile kullanılabilir. Bu yüzden üçüncü kişi ile borçlu henüz sözleşme görüşmesi yapıyorlarsa, müdahale oluşmamıştır. Sözleşmenin yapılmış olması, alacaklının iddiasını ispat edebilmesi için de gerçekleşmesi gereken önemli bir olaydır.

Borçlandırıcı işlemin yapılmış olması, üçüncü kişinin sorumluluğuna başvurulabilmesi noktasında fiil olarak yeterli olsa da çoğu zaman zarar şartını karşılamaz. Çünkü hâlâ önalım alacağının ifa edilme imkânı ve dolayısıyla alacaklının zarar etmeme ihtimali vardır. Fakat bazen üçüncü kişi ile borçlu, önalım konusunun fiyatını yükseltmek için böyle bir sözleşme yapmış olabilirler. Bu durumda sözleşme

muvazaalı olup, geçersizdir ve durum hem fiil hem zarar açısından tazminat talebine uygun hâle gelir.

Sorumluluk için gerekli bir diğer şart üçüncü kişinin fiili sonucu bir zarar doğmuş olmasıdır. Bu zarar ilk olarak, alacaklının önalım konusunu elde edememiş olması dolayısıyla malvarlığının uğradığı kayıptan oluşur. Söz konusu zarar, önalım konusunu elde edememiş olmanın bütün sonuçları ile birlikte değerlendirilmelidir. Örneğin, sadece önalım konusunun edinilememiş olması göz önünde bulundurulursa, önalım alacaklısının da bedeli vermediği, bu sebeple de bir zarara uğramadığı sonucu ortaya çıkar. Fakat alacaklı önalım konusu şirket payını elde edemediği için kâr elde edememiş, oy kullanmak için gerekli olan pay miktarına ulaşamamış ya da önalım konusu eşyayı kiraya veremediği için bu gelirden mahrum kalmış olabilir. Dolayısıyla zarar konusunda dar bir değerlendirme yapılmamalıdır.

Önalım alacaklısının zararı, üçüncü kişinin fiili dolayısıyla meydana gelmelidir. Alacaklının eşyayı satın almış olmasına rağmen sonradan onun telef olması veya ekonomik değerinin düşmesi örneklerinde, zarar ile fiil arasında illiyet bağı yoktur. Eşyanın elde edilememesi sebebiyle malvarlığında ortaya çıkan eksiklik, bu eşya edinilseydi ortaya çıkacak kârdan yoksun kalma ve eşyanın elde edilememesi dolayısıyla alacaklının başka masraflar yapmak zorunda kalması, birer zarar kalemi olarak değerlendirilir.

Zarar tazmini noktasında hâkim, üçüncü kişi aleyhine bir hüküm olarak, zararın TBK m. 51'e göre tazmin edilmesine karar verebilir⁷⁷⁶. Elbette bu hükmün verilmesi, önalım konusu eşyanın mülkiyetinin, üçüncü kişiye geçmiş olması hâlinde mümkündür.

⁷⁷⁶ Alacaklının BGB § 826 kapsamında zarar tazmini isteyebileceği ve bu hüküm çerçevesinde de üçüncü kişinin mülkiyeti devralabileceği yönünde, Groh, s. 140.

Eşya mülkiyeti üçüncü kişiye henüz devredilmemişse, alacaklının üçüncü kişiye yöneltebileceği talep sadece diğer zararların tazmininden ibaret olur.

Üçüncü kişinin önalım konusu eşyayı satın almak suretiyle yaptığı fiili, TBK m. 49/I çerçevesinde ileri sürülen talepler için hukuka aykırı olmalıdır. Hukuka aykırılık, üçüncü kişinin kusurlu bir şekilde önalım hakkına müdahale ederek, alacaklının malvarlığına zarar vermiş olmasından kaynaklanmaktadır. Üçüncü kişi önalım konusu eşyanın mülkiyetini edinmiş olmasına rağmen, bu temlik hukuka uygunsa, alacaklının tazminat talebi kabul edilemez. Örneğin, üçüncü kişinin kanunî önalım hakkı var ve o, bu hakkına dayanarak önalım konusunu mülk edinmişse ya da önalım konusu eşyayı satın almak istemediğini alacaklı daha önce bildirmişse, bu durumda sonradan açılan davada alacaklı haklı görülemez.

Davacının TBK m. 49/II'ye göre ileri sürdüğü tazminat talepleri için ise üçüncü kişi müdahale fiili ile ahlâka aykırı davranmış olmalıdır. Temel olarak, bir başkasının önalım hakkının varlığının bilinmesine rağmen, hakka konu eşyayı kendisinin veya başkasının edinmesi için engelleyici birtakım fiillerde bulunmak ahlâka aykırıdır. Çünkü üçüncü kişi bu eşyayı edinmek için önalım hakkı sahibi ile iletişime geçmek yerine, onun hakkını kullanmasını engelleyici işlemler yapmaktadır. Bu durum kimsenin ahlâka uygun görebileceği, kendisine bu şekilde davranılmasını isteyeceği bir davranış değildir.

Önalım hakkının önlenmesi ve bu suretle ahlâka aykırı davranılması, genellikle önalım hakkının kullanılmasını imkân veren işlemin niteliğini değiştirerek yapılmaktadır. Üçüncü kişi ile borçlu arasında yapılan bu işlem, hukuken geçerli olarak kurulabilir veya geçersizlikle sonuçlanabilir. Örneğin, trampa sözleşmesinin önalım hakkını kullanmayı engellediği kabul edildiğinde, yapılan bu işlem geçerlidir; ancak taraflar hiç yapmak istememelerine rağmen aralarındaki işlemi bağışlama olarak göstermişlerse söz konusu işlem muvazaa dolayısıyla geçersizdir. Ahlâka aykırılık veya hukuka aykırılık nitelemesi

açısından, işlemin geçerli ya da geçersiz olması arasında bir fark yoktur. Fakat işlemin geçersiz olması, davacının üçüncü kişiye yönelik talebinde olguları ispat etmesini kolaylaştırır. Mesela, borçlu ile üçüncü kişinin muvazaalı bir bağışlama yapması, ahlâka aykırı davrandıklarını gösterir. Ancak dikkat edilmelidir ki muvazaa nedeniyle işlemin geçersiz olması, önalım alacaklısının eşyayı edinemeyeceği şeklinde bir hüküm verilmesine neden olmamalıdır⁷⁷⁷. Borçlu üçüncü kişi ile yaptığı işlemle eşyayı satmak istediği yönündeki iradesini ortaya koymuştur. Bu sebeple tazminat davasında, önalım konusu eşyanın alacaklıya geçmesi şeklinde bir karar verilmelidir.

Son olarak üçüncü kişi yaptığı müdahale fiilinde kusurlu davranmış olmalıdır. Onun kusurlu davranması için temel şart, alacaklının önalım hakkını bilmesidir. Önalım konusu eşya bir taşınmaz ise ve alacaklının önalım hakkı da kanundan kaynaklanıyorsa, bu durumda davacının kusur ispatı daha kolaydır. Bu durumda üçüncü kişi, paylı mülkiyeti ve paydaşların önalım hakkını bilmediğini iddia edemez. Önalım hakkı sözleşmeden kaynaklandığı durumda ise önalım alacaklısının kusuru ayrıca ispat etmesi gerekir. Taşınmaz hakkındaki önalım sözleşmesi tapuya şerh edildiğinde de yine alacaklının kusuru ispat etmesine gerek kalmaz.

Müdahaleden doğan sorumluluk TBK m. 49/I çerçevesinde ileri sürülecekse, kusur açısından davranışın kast veya ihmalle yapılmış olması önemli değildir. Üçüncü kişinin önalım sözleşmesini bilmesine rağmen yine de satış sözleşmesini yapması kadar, önalım hakkı ile ilgili bilgi sahibi olmamak için gerçeklere göz yumarak hareket etmesi de kusurlu bir davranıştır. Önalım sözleşmesini bilmesine rağmen üçüncü kişinin eşyayı edinmesi genellikle kast şeklinde tezahür edecektir. Ancak kusur sadece kastla da

⁷⁷⁷ “...Pay satın alan tarafından, temlik işlemi satış olarak gösterilmekle birlikte, gerçekte hibe olduğu savunmasında bulunulması halinde, diğer bir anlatımla hibe ile temlikin amaçlandığının iddia edildiği hallerde, payı temlik alan davalı muvazaalı resmi işlemin tarafı olduğundan ve hiç kimse kendi muvazaasına dayanamayacağından muvazaa iddiasının dinlenmeyeceği açıktır...”,14. Hukuk Dairesi, T. 9.12.2019, E. 2016/11407, K. 2019/8453, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 19.08.2022).

sınırlandırılmamalıdır. Üçüncü kişinin önalım hakkını bilmesi, alacaklının hak konusu eşyayı satın alıp almayacağını kesin olarak bilmemesi; fakat buna rağmen satış sözleşmesini yapması örneğinde, onun ihmali davranışından söz edilebilir.

Ahlâka aykırı bir davranış gerçekleştiği ileri sürülerek tazminat talep edilmesi durumunda ise TBK m. 49/II lafzı gereği failin kasıtlı davranmış olması zorunludur. Böylece mevcut hüküm karşısında üçüncü kişi ya davranışı ile doğrudan alacaklıyı zarara uğratmayı istemiş olmalı ya da böyle bir amacı olmasa da bu zararın oluşmasını kabullenmiş olmalıdır. Hangisi olursa olsun, davacıdan bu konunun doğrudan ispatını istemek hakkaniyetli bir beklenti olmaz. Çünkü böyle bir kasıt, üçüncü kişinin iç dünyasına ilişkin bir meseledir. Dolayısıyla üçüncü kişinin yansıttığı davranışlar ile farkında olduğu veya olabileceği bilgiler, kusurun varlığı ya da yokluğunun göstergesi sayılmalıdır.

§ 10. TEK SATICILIK (DİSTRİBÜTÖRLÜK) SÖZLEŞMESİ

Sözleşmeye üçüncü kişi müdahalelerinin sıkça gerçekleştiği örneklerden birini de tek satıcılık (distribütörlük) sözleşmesine yapılan müdahaleler oluşturmaktadır. Bu sözleşme, müdahale dolayısıyla mağduriyetin çok daha büyük boyutlara ulaştığı uyumsuzluklara konu olmaktadır. Çünkü tek satıcılık sözleşmesi, bir yandan uzun zamana yayılması sebebiyle daha fazla emek gerektirirken, diğer yandan da yapılan harcamalar ve prestij kaybı dolayısıyla davacı için maddî kayıptan çok daha fazlasını ifade eder.

Üçüncü kişinin müdahalesine konu olan sözleşmeler arasında tek satıcılık sözleşmesi, müdahalenin daha açık bir şekilde tespit edilebilmesi açısından farklı bir yere sahiptir. Zira sözleşme, karakteristik özelliği itibarıyla taraflardan birine tekel hakkı verir. Taraflar bu sözleşmede, tek satıcıya tanınan alacak hakkının başka hiç kimseye tanınmaması hakkında anlaşmış olurlar. Böylece diğer sözleşmelerden farklı olarak, alacak hakkının yalnızca ve yalnızca alacaklıya ait olması özellikle istenir ve sözleşme

ile bu irade pekiştirilir. Bu sebeple de üçüncü kişiler tarafından bir müdahale gerçekleştirildiği zaman bu müdahale etkileri açısından daha belirgin hâle gelir.

A. GENEL OLARAK TEK SATICILIK SÖZLEŞMESİ

Tek satıcılık sözleşmesi, yapımcı (üretici) ile tek satıcı arasında yapılan, sözleşme ile üreticinin ürettiği malı belli bir zaman ve yerde satma yetkisini yalnızca tek satıcıya tanıdığı, buna karşılık tek satıcının da üretilen malları kendi adına ve hesabına satarak bedelini ödemeyi ve aynı zamanda malların satım ve sürümünü arttırmayı üstlendiği sözleşmedir⁷⁷⁸. Söz konusu sözleşmede taraflar satım hakkının alacaklıya özgü kalması konusunda özellikle anlaşmış olurlar⁷⁷⁹. Tek satıcılık sözleşmesini diğer satış sözleşmelerinden ayıran en önemli nokta budur.

Olağan mal temini sözleşmelerinde, alacaklı ve borçlu bir malın alınıp karşılığında bedelinin ödenmesi konusunda anlaşılır. Bunun dışında alacaklıya tekel hakkı tanımak veya malın sadece o satıcıdan temin edilebilmesini sağlamak gibi bir amaçları yoktur. Oysa tek satıcılık sözleşmesinde taraflar, bir yandan piyasaya ürün sürerken, diğer taraftan bu ürünle piyasada markalaşmak veya var olan marka değerini korumak isterler⁷⁸⁰. Ürünün marka değeri kazanması ya da var olan değerin korunması açısından tek satıcının faaliyetleri çok önemlidir. Çünkü burada amaç aynı zamanda müşteri çevresi

⁷⁷⁸ Bénédic, s. 13; Ulmer, Peter: Der Vertragshändler, München 1969, s. 206; İşgüzar, Hasan: Tek Satıcılık Sözleşmesi (Alleinvertriebsvertrag), Ankara 1989, s. 14; Teoman, Ömer: “Tek Satıcılık Hakkının Üçüncü Kişiler Tarafından İhlâli Durumunda Haksız Rekabete İlişkin Kuralların Uygulanma Olanğı”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu X, Ankara 9 Nisan 1993, s. 25-76, s. 36; Eren, F., Borçlar Özel, s. 1039; Yavuz/Acar/Özen, Birinci Cilt, s. 43; Tandoğan, Halûk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: I/1, Dördüncü Tıpkı Basım, İstanbul 2008, (Tandoğan, Borçlar Özel I/1), s. 27, 28; Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan (Bilimsel Katkılarıyla: Arş. Gör. Ö. Oğuzhan Meral/Arş. Gör. Şeyhmus Darcan) : Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 5. Baskı, Ankara 2021, s. 25; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 589; Huguenin, s. 1293; Kaya, Servcan; Tek Satıcılık Sözleşmesi, 1. Baskı, Ankara 2019, s. 13, 22; ayrıca bkz. Demir Gökyayla, Cemile: Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri, 2. Baskı, İstanbul 2013, s. 7; tek satıcılık sözleşmesinin tanımlanmış olduğu emsal karar için bkz. 19. Hukuk Dairesi, T. 28.09.2016, E. 2016/5707, K. 2016/12723, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 24.08.2022).

⁷⁷⁹ Sözleşmenin ancak, satış hakkı yalnızca tek satıcıya tanındığı zaman anlam ifade ettiğine dair, İşgüzar, s. 17.

⁷⁸⁰ İşgüzar, s. 18; Teoman, s. 36; Tandoğan, Borçlar Özel I/1, s. 33; “Tek Satıcılık Sözleşmesi”, BATİDER, C. XI, S. 4, Y. 1982, s. 1-36, (Tandoğan, Tek Satıcılık), s. 1, 2; Demir Gökyayla, s. 29; aynı yönde, Eren, F., Borçlar Özel, s. 1043; Aydoğdu/Kahveci, s. 27; Huguenin, s. 1300.

oluşturmak veya var olan müşteri çevresini korumaktır. Bu amaçla tek satıcı hem satış yapar hem de ürünün marka değerini arttıracak reklâm faaliyetlerini yerine getirir⁷⁸¹. Satış sonrası müşteri hizmetlerini yerine getirmek de genellikle tek satıcının yükümlülükleri arasındadır⁷⁸².

Bir markanın satım ve sürümünü arttırmak, markalaşmasını sağlamak, uzun zaman dilimi gerektiren bir süreçtir⁷⁸³. Tek satıcının yükümlülükleri arasında bahsi geçen faaliyetler de bulunduğu için sözleşme genellikle yıllar süren bir zaman için yapılır. Kararlaştırılan sürede tek satıcı, emek ve malvarlığı anlamında büyük yatırımlarda bulunur. Yıllar sonra ürün iyi bir marka değerine ulaştığı ya da var olan değeri ile o çevrede satış kapasitesi yakaladığı zaman ise hem üretici hem de satıcı için emsallerine göre çok daha fazla gelir getirir. Bu yüzden kararlaştırılan zaman içerisinde malın sadece tek satıcı tarafından satılabiliyor olması, ekonomik açıdan çok büyük öneme sahiptir.

Tek satıcılık sözleşmesine yapılan müdahaleler de genellikle ürün belli bir marka değerine ulaştıktan sonra ortaya çıkar. Söz konusu uyuşmazlıklarda üçüncü kişi, çeşitli yollardan aynı veya özelliği değiştirilmiş benzer ürünü temin ederek aynı bölgede aynı zaman diliminde satmaya başlar. Dikkat edilmelidir ki diğer müdahale türlerinden farklı olarak bu sözleşmeye yapılan müdahalelere borçlu katılmamış olabilir. Söz konusu ihtimalin gerçekleşmesi de daha olasıdır; zira üretici marka değerinin düşmesini istemez.

⁷⁸¹ İşgüzar, s. 73; Ulmer, s. 415; Tandoğan, Borçlar Özel I/1, s. 28; Tek Satıcılık, s. 6; Eren, F., Borçlar Özel, s. 1043; Poroy/Yasaman, s. 321; Huguenin, s. 1300; İnan, Nurkut T.: “Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Üçüncü Kişiler”, BATİDER, C. XVII, S. 2, Y. 1993, s. 55-77, s. 59; Demir Gökyayla, s. 139; Kaya, s. 35; Arslan, Aziz Serkan: “Tek Satıcılık Sözleşmelerinin Rekabet Kanunu Açısından Değerlendirilmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, S. 1-2, Y. 2008, s. 3-37, (Arslan, A. Z.), s. 7.

⁷⁸² Ulmer, s. 414; İnan, s. 59; Tandoğan, Borçlar Özel I/1, s. 28; Tek Satıcılık, s. 6; İşgüzar, s. 76 vd.; Huguenin, s. 1300; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 589; Poroy/Yasaman, s. 321; Demir Gökyayla, s. 129; Kaya, s. 110; Arslan, A. Z., s. 8; Yavuz/Acar/Özen, Birinci Cilt, s. 47.

⁷⁸³ Sürümü arttırmanın uzun vadeli bir planlama, yatırım ve organizasyon işi olduğuna dair, Tandoğan, Borçlar Özel I/1, s. 29; Tek Satıcılık, s. 2; Kaya, s. 28; aynı yönde, Aydoğdu/Kahveci, s. 25; Demir Gökyayla, s. 20. Sözleşmenin sürekli bir iş ilişkisi kurduğuna dair, Ulmer, s. 251; Eren, F., Borçlar Özel, s. 1042; Poroy/Yasaman, s. 321; Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 590; Yavuz/Acar/Özen, Birinci Cilt, s. 44; İşgüzar, s. 14, 67; Huguenin, s. 1293, 1295; Arslan, A. Z., s. 7; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 590.

Fakat borçlunun müdahaleden haberdar olmaması, müdahalenin haksızlığını ortadan kaldırmaz. Borçlunun sözleşmedeki borcuna riayet ettiğinin göstergesi de değildir. Böyle bir müdahale gerçekleştiğinde, borçlu sözleşmedeki borcunu gereği gibi yerine getirmemiş, üçüncü kişi de hukuka aykırı hareket ederek tek satıcıya zarar vermiş olur.

Tek satıcılık yetkisine müdahale durumunda uyuşmazlığın çözümü için uygulanacak hükümler de önem arz eden bir konudur. Başta “*başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma*” (TTK m. 55/1-c) olmak üzere, dürüstlük kuralına aykırı davranışlar ile ticarî uygulamalar, haksız rekabet sayılır (TTK m. 55/1). Haksız rekabet hükümleri ise sadece ticarî işlere ya da tacirlere değil, bütün işlemlere ve kişilere uygulanır. Tek satıcılık yetkisini zedeleyecek şekilde davranarak, kişinin yetkisi olmayan bir ürünü satması ve bundan gelir elde etmesi de fiili kimin yaptığına bakılmaksızın haksız rekabet sayılır. TTK hükümleri, TBK hükümlerine nazaran özel nitelikli hükümlerdir; uygulama noktasında özel hükmün genel hükme önceliği vardır. O hâlde uyuşmazlığın çözümü için ilk olarak TTK’nın uygulanması gerekir⁷⁸⁴. Bununla birlikte maddî veya manevî tazminatın tespiti gibi boşluğun ortaya çıktığı hâllerde yine TBK hükümlerine başvurulur⁷⁸⁵.

Üçüncü kişilerin tek satıcılık sözleşmesine müdahale ettikleri uyuşmazlıklar açısından, Yargıtay’ın tek bir çözüm tarzı benimsediğinden bahsedilemez. Bazı kararlarında⁷⁸⁶ Yüksek Mahkeme, nispiyet ilkesi gereğince tek satıcılık sözleşmesinin

⁷⁸⁴ Müdahalenin haksız rekabet oluşturduğu hâllerde, özel hüküm olması dolayısıyla öncelikli olarak TTK’nın uygulanması gerektiğine dair, Sarıkaya, s. 43, 44; haksız rekabet teşkil edip, TTK hükümlerinin uygulanması gerektiği yönünde, Teoman, s. 38; Tandoğan, Borçlar Özel I/1, s. 51; çok zor şartlara tâbi olmasına rağmen TBK m. 49/II ve haksız rekabet hükümleri gereğince üçüncü kişilerin sorumluluğuna başvurulabileceğine dair, Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 595, 596.

⁷⁸⁵ Sarıkaya, s. 44.

⁷⁸⁶ Bu kararlardan bazıları şöyledir: 11. Hukuk Dairesi, T. 23.09.2019, E. 2018/4373, K. 2019/5710, 11. Hukuk Dairesi, T. 24.06.2019, E. 2018/3421, K. 2019/4713; 11. Hukuk Dairesi, T. 11.02.2015, E. 2014/16272, K. 2015/1727, 11. Hukuk Dairesi, T. 12.02.2020, E. 2019/3340, K. 2020/1290, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 24.08.2022); İstanbul BAM 12. Hukuk Dairesi, T. 20.04.2020, E. 2018/1246, K. 2020/432, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/bolge-adliye-mahkemesi/istanbul-bam13-hd-e-2019-2292-k-2019-1877-t-19-12-2019> (Erişim Tarihi: 24.08.2022).

yalnızca taraflar arasında hüküm ifade ettiğini belirterek davanın reddine karar vermiştir. Bazı kararlarında⁷⁸⁷ ise haksız rekabet olduğu hükmüne vararak davacının taleplerini haklı bulmuştur.

Tek satıcılık sözleşmesine yapılan müdahaleler açısından her türlü uyuşmazlıkta üçüncü kişinin haksız hareket ettiğini peşinen kabul etmek doğru değildir. Dolayısıyla konu ile ilgili bir uyuşmazlık söz konusu olduğu zaman, haksız rekabetin ve tazminat talep edilmişse haksız fiil şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği ayrıca inceleme gerektirir.

B. TEK SATICILIK SÖZLEŞMESİNE MÜDAHALEDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Tek satıcılık sözleşmesinin yapıldığı durumlarda, genellikle ekonomik açıdan önem taşıyan yatırımlar ve hukukî ilişkiler söz konusudur. Bu sözleşmeye müdahaleden doğan uyuşmazlıklar, ilk olarak haksız rekabet hükümlerini ilgilendirir⁷⁸⁸. Çünkü haksız rekabet, tâcir olsun ya da olmasın, işlem bir ticarî işletmeyi ilgilendirsün ya da ilgilendirmesin, dürüstlük kuralına aykırı olarak işlenen veya aldatıcı olan fiil ile ticarî uygulamalardır (TTK m. 54/2). Tek satıcılık yetkisini zedeleyecek şekilde üçüncü kişilerin yetkisiz olarak sattıkları bir durum da bu tanıma uygunluk teşkil ettiğinden üçüncü kişinin davranışı haksız rekabet oluşturur. Bu sebeple uyuşmazlığın çözümünde

⁷⁸⁷ Söz konusu kararlardan bazıları şu şekildedir: 11. Hukuk Dairesi, T. 14.10.2020, E. 2019/4607, K. 2020/4111; 11. Hukuk Dairesi, T.12.12.2019, E. 2018/2958, K. 2019/8144, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 24.08.2022).

⁷⁸⁸ Sarıkaya, s. 43, 44; üçüncü kişinin haksız rekabete dayanan sorumluluğuna başvurulabileceğine dair, Tandoğan, Borçlar Özel I/1, s. 51; UWG m. 4'e göre korunabileceği yönünde, Gauch/Schleup/Schmid/Rey/Emmegger, s. 726; Teoman, s. 38, 39 (tek satıcı ile davalı üçüncü kişiler arasında sözleşme varsa ilk olarak bunun uygulanacağına dair, s. 39); bu bildiriyle ilgili yapılan tartışmalar içinde haksız rekabet oluşturacağı yönündeki görüş sahipleri olmak üzere, Prof. Dr. Fikret Eren, s. 61, 62, 63; İsmail Doğanay, s. 63, Prof. Dr. Sabih Arkan, s. 69; haksız rekabet oluşturanın üçüncü kişi değil, üretici ya da sağlayıcı olduğu gerekçesi ile üçüncü kişinin haksız rekabet dolayısıyla sorumluluğunun kabul edilemeyeceği yönünde, Prof. Dr. Ahmet Kılıçoğlu, s. 59; haksız rekabet hükümlerine dayanarak sorumluluğa gidilemeyeceğine, aksi bir kabulün davacıya sınırsız tekel hakkı tanımak anlamına geleceğine dair, İnan, s. 65, 66; haksız rekabet oluşmayacağına dair, Poroy/Yasaman, s. 325; sadece başkasını sözleşmeyi ihlal etmeye teşvik ya da ihlalden yararlanma olduğu takdirde haksız rekabet oluştuğuna dair, Baumbach/Hefermehl, s. 727.

öncelikle TTK hükümleri uygulanır. Ancak bu hükümlerde tazminat şartlarının ve miktarının tespiti açısından boşluk söz konusu olabilir. Böylesi durumlarda müdahale açısından genel haksız fiil hükümlerinin uygulanması gerekir⁷⁸⁹.

Üçüncü kişilerin tek satıcılık yetkisine müdahale etmesi, yalnızca genel haksız rekabet tanımı açısından değil, TTK’da örnekseyici olarak sayılmış haksız rekabet hâllerine de uygundur. Nitekim TTK m. 55/1-c bendine göre “*başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma*” bir haksız rekabet örneğidir. İşlenen fiilin gerek bu hükme gerekse genel haksız rekabet tanımına uygunluk teşkil etmesi hâlinde, davacı tek satıcı hukukî yararı olduğu ölçüde TTK m. 56’ya göre durumun tespitini, haksız rekabetin men’ini, maddî durumun ortadan kaldırılmasını, yanlış veya yalan beyanların düzeltilmesini, araç ve malların imhasını, kusur varsa da zararın tazminini talep edebilir. Yine davacı şartları gerçekleştiği takdirde TTK m. 61 gereğince ihtiyati tedbir alınmasını da isteyebilir⁷⁹⁰.

Davacı tek satıcının haksız rekabet dolayısıyla dava açması kendisi için dava avantajlıdır. Çünkü haksız rekabetten doğan taleplerin ileri sürülebilmesi için tazminat talebi dışında kusur gerekmez. Zararın oluşması da gerekli olmayıp, zarar tehlikesi yeterlidir. Diğer yandan haksız rekabetin men’i gibi birtakım önlemler de haksızlığın kısa zamanda ortadan kaldırılması açısından daha işlevseldir.

Üretici ile üçüncü kişiler arasında sözleşmesel bir ilişkinin olup olmaması da üçüncü kişinin sorumluluk tespiti açısından önemlidir. Sözleşmeye müdahale eden üçüncü kişiler bazı durumlarda, üreticinin başka bir bölgedeki tek satıcısı olabilir. Bunun gibi üretici, söz konusu kişilerle başka bölgede ürünle ilgili satış yapmama konusunda

⁷⁸⁹ Üçüncü kişilerin de tek satıcı ile aynı sözleşme ilişkisi içerisinde olup bu sözleşmeye aykırı hareket ederek davacının yetki alanında faaliyet gösterdiği hâller saklıdır. Böyle bir durumda, sözleşmeye dayalı sorumluluğa göre davacı talepte bulunur.

⁷⁹⁰ Tek satıcılık sözleşmesine müdahale edilmişse, sözleşmenin sürekli edimli bir sözleşme olması gereği alacak hakkına daha fazla tecavüz edilmesini önlemek için ihtiyatî tedbir alınabileceğine dair, Zulliger, s. 7.

anlaşma yapmış olabilir. Böyle bir anlaşma diğer tek satıcıların, davacı ile üretici arasındaki sözleşme açısından üçüncü kişi oldukları gerçeğini değiştirmez. Fakat uyumsuzluğun çözümü açısından bu durum önem arz eder.

Tek satıcılık sözleşmesinde üretici, farklı bölgelerde satış yapan tek satıcıları ile diğerinin bölgesinde satış yapmama konusunda anlaşma yapmış ise böyle bir hâlde kuvvetlendirilmiş satış tekeli söz konusudur⁷⁹¹. Bu durumda üçüncü kişi yararına sözleşme vardır ve davacı tek satıcı, kendi bölgesinde satış yapılmaması konusunda diğer üçüncü kişi tek satıcılara yönelik talepte bulunabilir⁷⁹². Davacının sözleşme dayanan bir talebi vardır ve o, dilerse üçüncü kişi yararına sözleşme gereğince dilerse de haksız rekabet ve haksız fiil⁷⁹³ hükümleri gereğince üçüncü kişilerin sorumluluğuna başvurabilir. Üreticinin sadece diğer tek satıcıların değil, bütün üçüncü kişilerin de söz konusu bölgede satış yapmayacağını taahhüt ettiği durumda ise mutlak satış tekeline söz edilir⁷⁹⁴. Burada da davacının yarışan talepleri vardır. Üretici ile davacının üçüncü kişilerle ilgili hiçbir hükme yer vermedikleri durumda da sözleşmenin doğası gereği üretici tekel hakkını tek satıcıya tanımakla yükümlüdür⁷⁹⁵. Fakat böyle bir durumda üçüncü kişiler sözleşmeden doğan yarara aykırı hareket edecek şekilde davranırlarsa, tek satıcının üçüncü kişilere yönelik sözleşmesel bir yetkisinden söz edilemez⁷⁹⁶; dolayısıyla sadece haksız rekabet ile haksız fiil hükümleri gereğince üçüncü kişilerin sorumluluğuna gidebilir.

⁷⁹¹ Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 594; Tandoğan, Tek Satıcılık, s. 24; Arslan, A. Z., s. 9; Yeşiltepe, Salih Önder: “Tek Satıcılık Sözleşmesinde Tekel Hakkının Üçüncü Kişilere Karşı İleri Sürülmesi”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, Y. 2017, s. 133-151, s. 137; bu durumun “tek satıcıya ayrılan bölgenin korunması” şeklinde ifadesi için, Demir Gökyayla, s. 90.

⁷⁹² Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 594; İnan, s. 60; fakat bu durum elbette tam üçüncü kişi yararına sözleşme varsa mümkündür.

⁷⁹³ Haksız fiil hükümlerinden sadece şartları varsa BK 41/II (TBK m. 49/II) ye dayanan tazminat talebinde bulunulabileceğine dair, İnan, s. 61; Tandoğan, Tek Satıcılık, s. 25; Borçlar Özel I/1, s. 51.

⁷⁹⁴ Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 594; Tandoğan, Tek Satıcılık, s. 24.

⁷⁹⁵ Kaya, s. 30; İşgüzar, s. 95; Ayhan Çağlar/Özdamar, s. 591.

⁷⁹⁶ İnan, s. 60; Yeşiltepe, s. 138.

Tek satıcılık sözleşmesine tek satıcı olmayan üçüncü kişiler müdahale ettiğinde ise davacı tek satıcı sadece haksız rekabet ve haksız fiil hükümlerine dayanarak talepte bulunmalıdır⁷⁹⁷. Üçüncü kişiler ile davacı tek satıcı arasında sözleşme veya diğer bağlayıcı bir hukukî ilişki bulunmadığı sürece, tek satıcı yalnız bu hükümler zemininde dava açabilir. Markanın korunmasına yönelik mutlak hakka dayalı davaların tek satıcı tarafından açılabilmesi ise sadece üretici marka sahibi tek satıcıyı bu konuda yetkili kılmışsa mümkündür⁷⁹⁸. Zira marka üzerindeki hak mutlak bir haktır ve ancak lehine tescil edilen kişi tarafından korunması istenebilir (6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu m. 149). Ancak davacının talebi haksız rekabet hükümlerine dayanıyorsa, tek satıcının bu yolla markanın haksız kullanımı hakkında koruma istemesi mümkündür⁷⁹⁹.

Haksız rekabete dayalı da olsa haksız fiile dayalı da olsa davacı tazminat talebinde bulunduğu zaman, haksız fiil şartlarının olayda oluşması gereklidir. Bunun için ilk olarak üçüncü kişinin bir fiili bulunmalıdır. Tek satıcılık sözleşmesi söz konusu olduğunda bu fiil, başkasının tek satıcılık sözleşmesinden doğan münhasır yetkisini zedeleyecek şekilde, tekel bölgesinde sözleşme konusu ürünlerin satışını yapmaktır. Niteliği itibarıyla satış, temlik borcuna konu olabilecek bir eşyayı gerekli kılsa da konusu iş görme olan bir tekel hakkının verilebileceği öğretide⁸⁰⁰ kabul edilmektedir. Dolayısıyla iş görmeyi konu alan bir tekel hakkının üçüncü kişilerce ihlali de haksız fiilin oluşumu açısından yeterli bir fiildir.

⁷⁹⁷ Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 595, 596; haksız fiil hükümlerine başvurulamayacağına dair, İnan, s. 61.

⁷⁹⁸ Bu imkânın ancak tek satıcılık sözleşmesinde tek satıcıya marka üzerinde lisans hakkı verilmesiyle mümkün olabileceği yönünde, Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 597; İnan, s. 62.

⁷⁹⁹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi bir kararında yetkisiz marka kullanımını haksız rekabet hükümleri gereğince korumuştur. Karara konu olayda davacı ile dava dışı firma arasında distribütörlük sözleşmesi imzalanmış, davalı firma ise markayı haksız rekabet teşkil edecek şekilde yetkisiz olarak kullanmıştır. Davalılar iddianın nispi ilkesine aykırı olduğunu ileri sürse de Yargıtay 11. Hukuk Dairesi olayda TTK m. 55/1-a hükmü çerçevesinde haksız rekabet oluştuğuna karar vermiştir, 11. Hukuk Dairesi, T. 14.10.2020, E. 2019/4607, K. 2020/4111, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 12.09.2022).

⁸⁰⁰ Tek satıcılık sözleşmesinin konusunun mal satımı veya hizmet sunma olabileceği yönünde, Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 589.

Tek satıcılık yetkisine aykırılık teşkil eden davranışın çeşitli görünümünde ortaya çıkması mümkündür. Üçüncü kişinin satış yetkisi olmadan aynı ürünü veya çok küçük değişiklikler yaparak aynı marka adı altında değiştirilmiş ürünü satması, fiil şartını karşılar⁸⁰¹. Tek satıcılık yetkisinde marka önemli olduğu için üçüncü kişinin satış fiili, genelde aynı veya değiştirilmiş aynı markalı ürünü satmak şeklinde ortaya çıkar. Fakat fiil konusunda bir sınırlama yapmak da doğru değildir.

Tek satıcı tazminat talep etmek istiyorsa, üçüncü kişinin yetkisiz satışı sonucunda bir zarar doğmuş olmalıdır. Bu zarar ilk olarak, ürünün tek satıcı açısından satış cirosunun düşmesi şeklinde ortaya çıkar. Fakat bunun dışında çeşitli zararlar da meydana gelebilir. Özellikle üçüncü kişi aynı markayı taşıyan üründe değişiklik yaparak onu satmışsa, bu durum ürünün kalitesini düşürmüş, güvenilirliğini azaltmış ve dolayısıyla satışlara etki etmiş olabilir. Böyle bir hâlde yoksun kalınan kâr vardır ve davacı bu zararlarını da talep etmesi mümkündür.

Üçüncü kişinin fiili ile ortaya çıkan zarar arasında illiyet bağının olması da tazminat davasında aranan diğer şartlardan biridir. Zarar mutlaka tek satıcılık yetkisini zedeleyen üçüncü kişinin davranışından doğmuş olmalıdır. Örneğin, kışın daha çok tüketilen bir ürün, o yıl çok kar yağmadığı için satılamamışsa, illiyet bağı yoktur.

Açılan dava haksız rekabet davası da olsa sadece tazminata yönelik bir dava da olsa, davanın olumlu sonuçlanması için üçüncü kişinin fiili hukuka aykırı olmalıdır. İşlenen fiilin haksız rekabet teşkil eden bir fiil olduğu tespit edildikten sonra, bunun hukuka aykırı olduğuna hükmetmek zaten kolaydır. Çünkü TTK m. 54/II haksız rekabet teşkil eden fiillerin nitelikleri belirtildikten sonra, bu fiillerin haksız ve hukuka aykırı olduğu açıkça ifade edilmiştir. Açılan dava yalnız haksız fiil davası ise bu noktada fiilin hukuka aykırı

⁸⁰¹ Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 597; üründe chip değişikliği suretiyle yapılmış müdahale örneği için bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 20.12.1991, E. 1992/7361, K. 1992/11690 ve Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 01.06.1990, E. 1992/6739, K. 1992/11161, kararlar için bkz. Teoman, s. 48, 54.

olup olmadığı ayrıca araştırılır. Esasında haksız rekabet hükümlerinin haksız fiil hükümlerinden doğduğu düşünüldüğünde⁸⁰², bir fiilin haksız rekabet oluşturduğuna hükmedip, TBK m. 49 açısından hukuka uygun olduğuna hükmetmek mantıksal bir çelişkidir. Davacı haksız rekabet davası açmamışsa, hâkim kendiliğinden haksız rekabete ve bundan doğan önlemlere hükmedemez. Fakat hukuka aykırılığın tespiti açısından hâkim, TTK hükümlerini göz önünde bulundurmalıdır. Zira TBK m. 49/I anlamında hukuka aykırılıktan bahsedilebilmesi için bugünkü baskın görüşe⁸⁰³ göre ya mutlak bir hak ya da bir koruma normu ihlal edilmelidir. Bu koruma normlarının hangi hukuk alanında olduğu önemli değildir. Üçüncü kişinin bu davranışının hem dürüst ve bozulmamış rekabeti ihlal ettiği hem de haksız rekabet hükümlerine aykırılık taşıdığı açıkça ortadadır. Dolayısıyla tek satıcının tekel yetkisine zarar veren üçüncü kişi, hukuka aykırı davranmış olur⁸⁰⁴.

Buna rağmen söz konusu davranışın haksız rekabet, dolayısıyla hukuka aykırı sayılmasının gerekip gerekmediği öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe⁸⁰⁵ göre tek satıcılık sözleşmesine müdahale etmek, haksız rekabettir. Diğer görüşe⁸⁰⁶ göreyse söz konusu fiiller haksız rekabet olarak değerlendirilemez. Üçüncü kişi davranışlarının Kanun'da

⁸⁰² Bkz. § 3, F. Bildiri üzerine yaptığı konuşmalarda aynı yönde fikir beyan etmek üzere Prof. Dr. Fikret Eren'in görüşleri için bkz. Teoman, 61, 62. Aynı yönde, Poroy/Yasaman, s. 372.

⁸⁰³ Bkz. § 6, A, 4, a, aa.

⁸⁰⁴ Bildiri üzerine yaptığı konuşmalarda, durumun nispi ilkesi ile hiç ilgisinin olmadığı, sorunu sözleşmeler hukukuna göre değil, sözleşme dışı ilişkilerle ve özellikle haksız rekabetle çözmek gerektiği, haksız rekabetin esas itibarıyla bir haksız fiil olduğu, haksız fiildeki hukuka aykırılığın da ya mutlak bir hakkın ya da bir koruma normunun ihlaliyle gerçekleştiği, olayda da TTK'nın haksız rekabet hükümleri ihlal edildiği için haksız rekabetin ve hukuka aykırılığın gerçekleştiğini belirterek aynı yönde olmak üzere Prof. Dr. Fikret Eren'in görüşleri için bkz. Teoman, 61, 62.

⁸⁰⁵ Teoman, s. 38; markayı kullanmaya yetkisi olmadan ürünü değiştirerek piyasaya sürmenin haksız rekabet oluşturacağına dair, Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 597; tek satıcılıkta ve özellikle ayartma fiili özelinde bu görüşte olmak üzere, Sarıkaya, s. 68, 69; tek satıcı söz konusu müşteri çevresini emek ve malvarlığı feda ederek elde ettiği, bir başkasının bundan yararlanmasının haklı olmadığı konusunda, Bénédicte, s. 49; emek ilkesine göre araştırma yaparak sorumluluğu kabul etmenin gerektiğine dair, İnan, s. 64.

⁸⁰⁶ Öztekin, s. 428; Poroy/Yasaman, s. 325; emek ilkesine uygunluk taşıyorsa durumun haksız rekabet olmayacağına dair, İnan, s. 76, 77; sözleşmenin sadece taraflar arasında hüküm ifade ettiği, üçüncü kişileri bağlamadığı ve bu sebeple de haksız rekabet olduğundan bahsedilemeyeceği yönünde, Baumbach/Hefermehl, s. 727 (ancak üretici diğer tek satıcıları ile de bir bağlantı kurarak bölge dışına satış yapmalarını konusunda onlarla da sözleşme yapmışsa bu durumda diğer tacirler haksız rekabet işlemiş olurlar, s. 728); aynı yöndeki bir karar olarak, İstanbul BAM 13. Hukuk Dairesi, T. 19.12.2019, E. 2019/2292, K. 2019/1877, <https://emsal.uyap.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 01.09.2022).

açıklanan fiillere açıkça uygunluğu, ekonomik barışı bozması, güveni zedelemesi ve başkalarının emeklerini hiçe sayarak malvarlığına zarar vermesi karşısından, bu davranışlar tereddütsüz haksız rekabet fiili ve bu arada hukuka aykırı sayılmalıdır. Piyasada serbest rekabet düzeninin olması, sözleşme özgürlüğü veya sözleşmede nispiyet ilkesi, müdahale için hukuka uygunluk sebebi olamaz. Çünkü hiçbir özgürlük sınırsız değildir. Başkalarının yıllarca emek harcayarak ve ekonomik fedakârlık ve yatırımlarda bulunarak elde ettiği gelirin bozulması pahasına, kendi yararına ticaret yapmak, sözleşme özgürlüğüne veya serbest rekabete sığdırılamaz⁸⁰⁷. Nispiyet ilkesi ise sözleşmeden doğan borcun, borçlu dışındaki kimselerden kural olarak istenemeyeceğine dair bir ilkedir. İlke, sözleşmeden alacaklı lehine doğan hakların her türlü zarara uğratılabileceğine dair bir yetkiyi üçüncü kişilere tanımaz. Zaten bu uyuşmazlıkta tek satıcı üçüncü kişiden kendisine ürün ya da tek satıcılık yetkisi sağlamasını istememektedir. O, var olan yetkisine, emeğine ve yatırımlarına saygı duyulmasını istemektedir. Dolayısıyla üçüncü kişinin tek satıcılık yetkisine yaptığı müdahalenin hukuka aykırı ya da haksız rekabet olarak nitelenmesinde bir tereddüt duyulmamalıdır.

Konunun hukuka aykırılık ile ilgili olarak değerlendirilmesi gereken bir yönü de 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un üçüncü kişinin davranışı açısından hukuka uygunluk sebebi oluşturup oluşturmayacağıdır. Bu kapsamda belirtilmelidir ki Kanun'un amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabet düzenini korumaktır (4054 s.k. m. 1). Gerçekten de rekabetin olmadığı bir düzende, bireyler tek bir üreticinin ya da sağlayıcının sunduğu mal ya da hizmete mahkûm olur. Ayrıca teşebbüs sahipleri sundukları mal veya hizmeti, geliştirme ve iyileştirme ihtiyacı duymaz. Bu da hem ekonomik düzenin hem de tüketicilerin aleyhine olur. Tek satıcılık sözleşmesinin

⁸⁰⁷ Aynı yönde, Teoman, s. 38, 39.

Kanun'a aykırı olup olmayacağı da söz konusu amaç dikkate alınarak değerlendirilmelidir.

Tek satıcılık sözleşmesi bağlamında Kanun'un tartışılabilir h k m , m. 4-b'dir. Bu hükme göre mal ve hizmet piyasalarının b l   lmesi, kaynakların paylaşılması yasaktır. Dolayısıyla teşebbüsler, bir sektöre sadece i lerinden biri ya da birkaçı hâkim olacak şekilde anla ma yapamaz veya bu yönde uygulamalarda bulunamaz. Doktrinde⁸⁰⁸ de tek satıcılık sözleşmesinin söz konusu hükme aykırı olabileceği sebebiyle üçüncü kişi müdahalelerinin engellenemeyece i ileri sürülmektedir. Oysa tek satıcılık sözleşmesi bir piyasa paylaşma değildir.    nk  burada bir sektöre hâkim yalnızca bir ürün yoktur ve bu ürünün yalnızca bir satıcı tarafından satılması da kararla tırılmamaktadır⁸⁰⁹. Örneğin, A markalı kalemlerin bir ülke sınırı içerisinde yalnızca tâcir X tarafından satılabilece ine dair bir tek satıcılık anlaşması yapıldığını düşünelim. Bu anla ma söz konusu yerde ve zamanda, başka markalı kalemlerin satılamayaca ı anlamına gelmez. Tâcir Y de kendi ürettiği veya bir şekilde sağladığı B markalı kalemleri satabilir. Bunların reklamını yapabilir, piyasa oluşturmak için her türlü hukuka uygun teşebbüste bulunabilir. Rekabetin amacı da zaten böyle bir i leyi le, farklı ürün ya da hizmetlerin gelişimlerini sağlamayı temin ederek piyasanın tüm aktörlerini korumaktır. Fakat X'in yıllarca emek ve malvarlığı harcayarak oluşturduğu satış kapasitesini, başka bir satıcının yetkisiz şekilde kullanmasının ve bundan gelir elde etmesinin haklı bir davranış olarak nitelenmesi doğru değildir.    nk  piyasa oluşumu için gerekli maliyetlere, emek ve malvarlığı sarfına katılmamıştır. Diğer yandan üründe kısm  değişiklik yaparak ya da yapmadan piyasaya katılması, tüketiciler açısından da dezavantaj oluşturur. Zira bu durumda ürünün kontrolü elden çıkar; üründe meydana gelen bozukluk veya müşteri

⁸⁰⁸ Ye iltepe, s. 149; İnan, s. 77.

⁸⁰⁹ Teoman, s. 39.

hizmetlerinin yeteri kadar yerine getirilmemesi hem tüketicilerin hem marka imajının aleyhine olur.

Tek satıcılık sözleşmesinin tanıdığı yetkinin hukuka uygunluğu açısından 4054 sayılı Kanun'da sözleşmeye tanınan muafiyet de önemlidir. Nitekim Kanun'un 4-e hükmünde, münhasır bayilik sözleşmesi⁸¹⁰, yasaklanan durumlardan hâriç tutulmuştur. Kanun'un 5-b hükmünde de tüketicinin söz konusu durumdan yarar sağladığı hâller ile piyasanın büyük bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmadığı hâllerde, teşebbüsler yasaktan muaf tutulur. Tüm bu gerekçeler göz önünde bulundurulduğunda, 4054 sayılı Kanun, tek satıcılık sözleşmesine üçüncü kişilerin müdahale etmesi açısından hukuka uygunluk sebebi olarak görülemez. Aksine, üçüncü kişilerin yetkisiz yararlanmaları, bir haksız rekabet fiili oluşturmaktadır.

Davacının talebini TBK m. 49/II'ye dayandırarak ileri sürdüğü uyuşmazlıklarda ise üçüncü kişinin fiilinin ahlâka aykırı surette gerçekleşmiş olması aranır. Genel olarak bir başkasının uzun bir zaman boyunca, emek ve malvarlığı sarf ederek oluşturduğu müşteri çevresinden, yetkisi olmaksızın çıkar sağlamak, genel ve ticarî ahlâka uygun olmayan bir davranıştır. Diğer yandan böyle bir müdahalenin yapılması, yalnız tek satıcıya zarar vermemekte, tüketicileri de söz konusu ürünlerin orijinalliği ve güvenilirliği konusunda yanıltarak çıkar sağlamaya dönüşmektedir. Tek satıcılık yetkisini haksız müdahale, piyasanın tüm aktörlerine zarar vermektedir.

⁸¹⁰ Doktrinde tek satıcılık sözleşmesinin münhasır bayilik sözleşmesi olarak anıldığına da rastlanmaktadır, Demir Gökyayla; Aydoğdu/Kahveci, s. 24. Kanun gerekçesinde bu sözleşme ile gerçekten bayilik sözleşmesinin mi yoksa tek satıcılık sözleşmesinin mi kastedildiği konusunda bir açıklamaya rastlanmamaktadır. Eger kanunkoyucu bu sözleşme ile tek satıcılık sözleşmesini kastetmişse, sözleşmeye muafiyet tanıdığı açıktır (Kanun'un m. 4-e hükmünde anılan istisna ile tek satıcılık sözleşmesinin kastedildiği, fakat muafiyet için Rekabet Kurulu'nun tebliğde belirlediği şartların var olması gerektiği hakkında, Arslan, A. Z., s. 23 vd.). Fakat sözleşme sadece bayilik sözleşmesini ifade ediyorsa da tek satıcılık sözleşmesinin yapılması, tüketicinin de yarar sağladığı bir durumdur. Zira ürün veya hizmetle ilgili muhatabın tek olması, müşteri hizmetlerinin tek elden yürütülmesi ve ürün kalitesinin böylece kontrol altında tutulması, tüketicinin lehinedir (Aynı yönde, Arslan, A. Z., s. 20, aksi yönde Poroy/Yasaman, s. 326, 327). Bu sebeple tek satıcılık sözleşmesinde tek satıcıya tanınan yetkiye, üçüncü kişilerin saygı gösterme yükümlülüğü kabul edilmelidir.

Doktrinde bir kısım görüşler⁸¹¹, tek satıcılık sözleşmesine müdahaleye dayalı tazminat talebinin, yalnız TBK m. 49/II'ye dayandırılabilceğini ileri sürmektedir. Söz konusu müdahale bir yandan ahlâka aykırı bir davranış olurken, diğer yandan da TTK'da yer alan haksız rekabet hükümlerini ve tüketiciyi koruyan hükümleri ihlal etmektedir. Ayrıca üçüncü kişi, Anayasa m. 48'den kaynaklanan serbestçe sözleşme yapma ve teşebbüste bulunma hakkını, başkalarının oluşturduğu piyasadan parazit yararlanmak suretiyle kötüye kullanmaktadır. Böyle bir davranış dürüstlük kuralına aykırıdır. Hâl böyle olunca fiil TBK m. 49/I'e doğrudan aykırıdır. Dolayısıyla davacı taleplerini yalnız TBK m. 49/II'ye göre değil, TBK m. 49/I'e de ileri sürebilmelidir. Hatta, ahlâka aykırılığın somut bir ölçü olmaması dolayısıyla TBK m.49/II hükmü ortadan kaldırılmalı ve bütün haksız fiil talepleri ve bu arada tek satıcılık yetkisine müdahaleden doğan talepler de bir tek haksız fiil hükmü çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Tek satıcının tazminat talebi için gerçekleşmesi gereken son şart, davalı üçüncü kişinin kusurlu davranmış olmasıdır. Davalının kusur ispatının, tek satıcılık sözleşmesinde nispeten daha kolay olduğu söylenebilir. Çünkü müdahale eden üçüncü kişinin, o bölgenin tek satıcısını bilmemesi gibi bir ihtimal yok denecek kadar düşüktür. Basiretli bir tâcir gibi davranması da bu bilgiyi edinerek hareket etmesini gerektirir. O hâlde hâkim kusurun takdirinde, tarafların içinde bulundukları koşulları, tarafların tâcir sıfatlarını, bilmeleri gereken durumları özellikle dikkate almalıdır.

TBK m. 49/I kapsamında sorumluluğa başvurulduğunda, üçüncü kişinin sorumluluğu için kast ya da ihmal açısından bir farklılık ortaya çıkmaz. Davalı tâcir ise basiretli tâcir gibi hareket etmesi gerektiği için zarar genellikle doğrudan kast ya da olası kastla gerçekleşmiş olur. Fakat davalının piyasayı sorgulamayı ihmal ettiği veya esnaf olup sektör hakkında genel bir bilgisinin olmadığı örneklerde, ihmal ile zararın

⁸¹¹ İnan, s. 61; Tandoğan, Tek Satıcılık, s. 25; Borçlar Özel I/1, s. 51.

gerçekleşmesi de mümkündür. Zararın kast ya da ihmalle ortaya çıkması, sorumluluk açısından değil, tazminat miktarının takdiri açısından önemlidir.

TBK m. 49/II kapsamında tazminat talep edildiğinde ise üçüncü kişinin kasten tek satıcıya zarar vermiş olması aranır. Davalının tâcir olduğu hâllerde, bunun ispatı ve hâkim tarafından takdiri daha kolaydır. Fakat doktrinde birtakım görüşlerin⁸¹² kabul ettiği şekilde özel kastın gerçekleşmesi aranırsa, davacı açısından bunun ispatı oldukça güçtür. Zira bu durumda davalı tek amaç olarak tek satıcıya zarar vermeyi edinmiş olmalıdır. Davalının da ekseriyetle amacı kâr elde etmek olduğu için dava büyük bir olasılıkla kabul edilmeyecektir. Bu durumun hakkaniyete aykırı uygulamalara meydan vereceği açıktır. Dolayısıyla TBK m. 49/II maddesinin uygulama alanı darlığı ve hükmün gereksizliği görüşünü, bu vesile ile bir kez daha dile getiriyoruz.

§ 11. YATAY YA DA DİKEY ANLAŞMALAR

Sözleşmeye müdahalelerin gerçekleştiği bir uyuşmazlık grubunu da yatay ya da dikey anlaşmalara yapılan müdahaleler oluşturur. Fakat bu anlaşmaların yapılmasının ne derece ya da hangi sınırlar içinde hukuka uygun olduğu, son derece dikkatle değerlendirilmesi gereken bir meseledir. Zira geçerli bir anlaşma olmadığı takdirde, buna bir müdahale gerçekleştiğinden de bahsedilemez. Dolayısıyla bu başlık altında ilk olarak yatay ve dikey anlaşmaların mahiyetinden ve hukuka uygunluğundan, sonra da hukuka uygun olduğu takdirde bu sözleşmeye yönelik müdahalelerin gerçekleşme şekillerinden bahsedilmektedir. Ardından da müdahaleden doğması muhtemelen sorumluluğun şartları incelenmektedir.

A. GENEL OLARAK YATAY VE DİKEY ANLAŞMALAR

Serbest rekabetin benimsendiği bir düzende amaç, arz-talep dengesinin oluşmasında piyasa aktörlerinin etki altında kalmadan karar aldığı bir rekabet sahası

⁸¹² Bkz. § 6, B, 2, d.

oluşturmaktır. Buna göre üretici, hukukun izin verdiği ölçüde istediği mal veya hizmeti üretebilmeli, sağlayıcı yine aynı ölçüde istediği ürünü istediği fiyata alıp satabilmeli ve tüketici de alacağı ürün konusunda serbestçe karar verebilmelidir. Mal üreticileri veya hizmet sunucuları, yalnızca böyle bir ortamda ürettiklerini iyileştirebilirler. Çünkü üreticilerin ve sağlayıcıların amacı tercih edilebilmektir.

Anayasa’da da serbest rekabet düzenini temin ve devamlılığını sağlamak için çeşitli hükümlere yer verildiği görülmektedir. Nitekim Anayasa m. 48’de çalışma ve sözleşme hürriyeti ile özel teşebbüs kurmanın serbest olduğuna değinilir. Hükmün ikinci fıkrasında ise teşebbüslerin ekonomik gerekliliklere ve sosyal amaçlara uygun olarak hareket etmesi noktasında gerekli tedbirleri alması için Devlet’e görev yüklenmiştir. Aynı içerikteki yükümlülüğe 167. maddede de değinilmekte, fakat bu hükümde farklı olarak, Devlet’in kartelleşmeyi ve tekelleşmeyi önlemekle yükümlü olduğu hükmü eklenmektedir.

Rekabet düzeninin ekonomik ve sosyal amaçlara hizmet etmesi için ihdas edilmiş diğer bir düzenleme de 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’dur. Kanun’un 1. maddesine göre “*Bu Kanunun amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır*”. Kanun’un 20. maddesinde de serbest rekabet düzenini sürdürmek ve Kanun’un uygulanmasını temin amacıyla Rekabet Kurumu’nun oluşturulduğundan bahsedilmektedir.

Gerek Anayasa gerekse diğer mevzuat hükümleri ile temini amaçlanan serbest rekabet düzeni, piyasa aktörlerinin yaptığı çeşitli anlaşmalarla ya da fiili uygulamalarla zedelenebilir. Söz konusu tehlikelerden birini de yatay veya dikey anlaşmalar oluşturmaktadır. 4054 sayılı Kanun’un uygulama ilkelerini düzenlemek üzere Rekabet Kurumu tarafından 13-24/326-RM(6) sayılı olarak 30.4.2013 tarihinde kabul edilen

Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz'un 2. paragrafına göre mevcut veya potansiyel rakipler arasında bir işbirliği anlaşma yapılıyorsa, bu, yatay anlaşmadır. Rekabet Kurumu tarafından çıkarılan 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin ikinci maddesinde de üretim ya da dağıtım zincirlerinin farklı seviyelerindeki teşebbüsler tarafından alım, satım ya da yeniden satım hakkında yapılan anlaşmalar dikey anlaşma olarak tanımlanmıştır.

Yatay ya da dikey, farklı teşebbüsler arasında tanımlanan şekilde anlaşmaların yapılması, uyumlu eylemlerde bulunulması veya kararların alınması Kanun'la yasaklanmıştır. Nitekim 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre rekabeti bozmayı, engellemeyi veya kısıtlamayı amaçlayan anlaşma, eylem ve kararlar yasaktır ve bunlar hükümde hukuka aykırı olarak nitelenmiştir. Aynı maddenin a bendine göre ise söz konusu anlaşmalarla mal veya hizmetlerin alım-satım fiyatı belirlenemez. Gerçekten de bu tür anlaşmaların varlığı hâlinde, tüketici alternatif ürün veya fiyatla ihtiyacının gideremeyecek, tüketiciyi alım zorunluluğunda bırakan üretici ve sağlayıcı da sunduğu ürün ya da hizmeti geliştirme ihtiyacı duymayacaktır⁸¹³. Rekabetin ortadan kalkması, geniş ölçekte ekonominin gelişimini de sınırlar.

Bununla beraber yatay ya da dikey anlaşmaların her zaman hukuka aykırı olduğundan veya piyasa aktörlerinin daima aleyhine olduğundan bahsedilemez. Dikey anlaşmalar üreticinin veya sağlayıcının yeni pazarlara girmesini kolaylaştırır, know-how korunur ve tüketici açısından kalite standardizasyonu sağlar⁸¹⁴. Aynı şekilde yatay anlaşmalar, ürün kalitesinin piyasada kontrol altında olmasını ve tüketiciler için aynı kalitede ve aynı bedelle ürüne ulaşılabilirliği temin eder. Bu sebeple bazı özellikleri taşıdığı takdirde yapılan anlaşmalar hukuka aykırı olmaz. Nitekim 4054 sayılı

⁸¹³ Sağlayıcılar ile alıcılar arasındaki rekabeti azalttığına dair, Karakurt, Alper: Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Politikasında Münhasır Dikey Anlaşmalar, Ankara 2005, s. 17.

⁸¹⁴ Karakurt, s. 19 vd.

Kanunu'nun 5. Maddesine göre, yapılan anlaşma, söz konusu ürün için gelişme veya iyileştirme temin ediyorsa, tüketici yarar sağlıyorsa, piyasanın önemli bir kısmında rekabet ortadan kalkmamışsa ve gelişme-iyileşme sağlanması ile tüketicinin yararını amaçladığı için rekabeti zorunlu olandan daha fazla sınırlamıyorsa hukuka aykırı olmaz. Böylece de yasak kapsamında değerlendirilmez.

Yatay ya da dikey anlaşmalara yapılan müdahaleler de ilk olarak bu anlaşmaların geçerliliği göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir. Türk Hukuku açısından şayet yapılan anlaşma 4054 sayılı Kanun'un beşinci maddesi kapsamındaki muafiyetlerden birini gerektirecek niteliğe sahip değilse hukuka aykırı olur. TBK m. 27'ye göre de hukuka aykırı olarak yapılan bir anlaşmanın yaptırımı kesin hükümsüzlüktür. Dolayısıyla hüküm ve sonuç doğurmaz. Taraflar arasında geçerliliği olmayan bir anlaşmadan doğan yararı zedeleyen üçüncü kişinin de sözleşmeye müdahale sebebiyle sorumlu olduğundan bahsedilemez⁸¹⁵. Buna karşılık yapılan anlaşma muafiyetten yararlandığı için geçerli⁸¹⁶ ise bu, müdahale edilebilecek bir anlaşmadır. Dolayısıyla üçüncü kişi açısından sorumluluk şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği ile ilgili bir inceleme yapılabilir.

Uluslararası alanda yatay ya da dikey anlaşmalara üçüncü kişilerin yaptıkları müdahalelerin örneklerine rastlanmaktadır. Alman Federal Mahkemesi'ne konu olan bir uyuşmazlıkta⁸¹⁷, sigara fabrikatörleri arasında belli bir bedelle sigara satılması konusunda bir anlaşma yapılmış, ancak anlaşma yapan bazı tâcirler anlaşmaya riayet etmeyerek anlaşmayı bilen perakendecilere başka bir bedelle sigara satmıştır. Durumu öğrenen taraflar, anlaşma dışı fiyatla sigara alan üçüncü kişi perakendecilere haksız fiil hükümlerine dayalı olarak dava açmış, Federal Mahkeme ise sözleşmeyi bilerek onun

⁸¹⁵ Kartel anlaşmaları genel olarak yasak olduğu için buna müdahalenin de sorumluluğa yol açmaması gerektiği yönünde, Koziol, s. 194.

⁸¹⁶ Yapılan anlaşmanın muafiyetten yararlanması Rekabet Kurulu'nun bu yönde bir muafiyet kararı almasına bağlı değildir. Buna karşılık teşebbüslerin tespit kararı için başvuruda bulunmaları üzerine alınan karar, anlaşmanın yapıldığı, kararın alındığı veya uyumlu eylemde bulunulduğu andan itibaren geçerli olup geçmişe yürür (Dikey Anlaşmalara İlişkin Klavuz paragraf 44).

⁸¹⁷ BGE 52, 377, karar için bkz. Davran, s. 272, 273.

ihlalden yararlananların her zaman ahlâka aykırı hareket etmiş olmadığı, böyle bir tespit için güdülen gaye ya da kullanılan araçların ahlâka aykırı olması gerektiği yönünde karar vermiştir. Benzer bir uyuşmazlığa⁸¹⁸ İsviçre’de de rastlanmış, olay yine sigara fabrikatörleri arasında cereyan etmiş, İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi anlaşmanın üçüncü kişileri bağlamadığına, bu sebeple ihlale teşvik etseler de tazminat sorumlulukları olmadığına hükmetmiştir. Türk Hukuku açısından ise üçüncü kişilerin anlaşmaları ihlallerinden ziyade, yatay veya dikey anlaşmaların muafiyet kapsamına girip girmediği uyuşmazlıkları Rekabet Kurulu kararlarına konu olmaktadır.

Üçüncü kişilerin fiili sonucu yapılan anlaşma ihlallerinde, söz konusu kişiler böyle bir anlaşmayı bilerek taraflardan birini ihlale sevk etmişse, bu fiileri dolayısıyla sorumlu olmaları gerekir. Bu noktada nispilik ilkesini öne sürmek, hakkaniyete uygun bir yaklaşım olmaz. Zira nispilik ilkesi, bir hukukî ilişkiden doğan hakların, bu ilişki dışındaki kimselere karşı ileri sürülememesini anlatır; üçüncü kişilerin bu ilişkiye istedikleri şekilde zarar verebileceklerini ya da saygı duymakla yükümlü olmadıklarını değil. Bu sebeple üçüncü kişiler, yatay ya da dikey anlaşmaları bildikleri veya bilmeleri gerektiği takdirde, ticarî ilişkilerinde sözleşme tarafları lehine bu anlaşmalardan doğan yararları zedelemekten hareket etmekle yükümlüdürler.

B. YATAY YA DA DİKEY ANLAŞMALARA YAPILAN MÜDAHALENİN SORUMLULUK AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yatay ya da dikey anlaşmalarla aynı veya farklı derecedeki teşebbüsler, ticarî hayatta belli bir davranışta bulunma konusunda iradî olarak kendilerini bağlamaktadırlar. İfade edildiği üzere bu anlaşmalar, ancak kendilerine bu konuda muafiyet tanınması hâlinde geçerlidir. Böyle bir geçerli anlaşmanın taraflarca, üçüncü kişilerin etkisinde

⁸¹⁸ R.O. 52 II 370, karar için bkz. Mercier, s. 151, 152; anlaşmaların üçüncü kişileri bağlamadığı ve onlar aleyhine hüküm getirdiği, bu yüzden sorumlu olmadıklarını ve kendilerinden tazminat talep edilemeyeceği şeklindeki benzer gerekçe ile sorumluluğun reddi hakkında bkz., Müller, s. 107, 108.

kalmak suretiyle bozulması hâlinde üçüncü kişilerin sorumluluğunun olup olmadığı sorunu ise haksız rekabet ve haksız fiil konularını ilgilendirmektedir. Üçüncü kişiler aleyhine hangi hükümler sebebiyle sorumluluğa başvurulursa vurulsun, tazminat talebinin kabul edilebilmesi için haksız fiil şartlarının gerçekleşmesi aranır.

Haksız fiil unsurlarını incelemeden önce ifade etmek gerekir ki yatay ya da dikey bir anlaşmanın ihlali ilk olarak haksız rekabet hükümlerini ilgilendirir. Üçüncü kişinin davranışı genel haksız rekabet tanımına göre değerlendirildiğinde, bu tanıma uygunluk taşıyan bir fiildir. Çünkü dürüst bir rekabet ile bağdaştırılamaz ve diğer tâcir katılanların aleyhinedir. İkinci olarak bu kimselerin davranışı, TTK m. 55/a-6 hükmünde tanımlanmış bulunan, seçilmiş bazı ürünleri tedarik fiyatının altında satmak fiiline uygunluk göstermektedir. Son olarak da hukuken geçerli bir anlaşmayı ihlale yönlendirme teşkil ettiği için TTK m. 55/b'nin genel tanımına uygundur. Dolayısıyla yatay ya da dikey anlaşmaları ihlale sevk uyuşmazlıklarına ilk olarak haksız rekabet hükümleri uygulanır. Bu hükümlerin ihlalden doğan tedbirlerin uygulanması için kusur da gerekli değildir. Fakat davacı tazminat talep ettiği takdirde bu talebin kabul edilebilmesi için üçüncü kişinin kusurlu davranmış olması gerekir. Dolayısıyla olayda haksız fiil şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti, bu talebin kabul edilebilirliği açısından önemlidir.

Tazminat talebinin lehe sonuçlanması için ilk şart, davalı üçüncü kişinin bir fiilde bulunmuş olmasıdır. Söz konusu uyuşmazlıkta bu fiil, üçüncü kişinin dikey ya da yatay anlaşmada kararlaştırılan bedelin altında mal satması için anlaşma tarafı olan tâciri herhangi bir şekilde harekete geçirmesi veya onun sözleşme yapma teklifini kabul etmesidir. Buna göre yalnızca teşvik, sevk ya da ikna gibi fiiller değil, sözleşme tarafı olan kişinin bu sözleşmeye aykırı hareketine yardım niteliğindeki fiil de tazminatı gerektiren bir fiildir. Üçüncü kişi kendisi olmasa da bu fiyattan alıcı olabilecek birilerinin mutlaka çıkacağından bahisle sorumluluktan kurtulamaz.

Üçüncü kişinin fiili ile zarara sebep olması da tazminat sorumluluğunun bir diğer şartıdır. Gerçekleşen fiil ile üçüncü kişi anlaşılan fiyatın altında ürün temin etmekte, sonra da bu ürünü daha az kârla tüketicilere satabilmekte, böylece müşteri çevresini diğer tâcirlerin aleyhine olarak dürüstlük kuralına uygun olmadan ele geçirmektedir. Üçüncü kişi fiilin ikasından sonra diğer rakiplerle aynı fiyata ürünü satmış olsa bile, bu defa da sağlama değerinden kâr elde ettiği için rakiplerin haksız şekilde önüne geçmektedir. Dolayısıyla zarar hesabında, böyle bir fiil olmasaydı davacı tâcirin olağan şartlarda elde edeceği ciro ile fiil gerçekleştikten sonra elde etmiş olduğu ciro arasındaki farktan yola çıkarak bir zarar hesabı yapılabilir. Burada elde edilmesi kuvvetle muhtemel bir kârın hesabı ön plana çıkmaktadır.

Davacı tâcirin zararı, sözleşmeyi bozan taraf kadar üçüncü kişinin davranışı dolayısıyla da ortaya çıkmış olmalıdır. Aksi hâlde illiyet bağı olmadığı için üçüncü kişinin sorumluluğundan bahsedilemez. Burada da olduğu gibi müdahaleden doğan zararlarda, üçüncü kişi yalnız kendi fiili ile zararı meydana getirmiş olmaz. Ancak onun fiili olmadan da zararın ortaya çıkması düşünülemez. Dolayısıyla borçlu ve üçüncü kişi birlikte sebep oldukları zarar kalemlerinden birlikte sorumlu olurlar. Bununla birlikte, üçüncü kişinin sebep olmadığı zararlardan onun sorumlu olması düşünülemez. Örneğin, yüksek maliyetler dolayısıyla piyasadaki genel durgunluğun sebep olduğu zararlardan üçüncü kişi sorumlu değildir.

Sözleşme tarafının sözleşmeye aykırı davranmasını üçüncü kişinin temin etmesi veya onun sözleşmeye aykırılığa katılması, TBK m. 49/I çerçevesinde ileri sürülen talepler açısından hukuka aykırılık oluşturmaktadır. Türk Hukuku'nda baskın olan hukuka aykırılık görüşü çerçevesinde düşünüldüğünde, üçüncü kişinin davranışı, hem TTK'da yer alan haksız rekabet hükümlerini hem de dürüstlük kurallarını ihlâl etmektedir. Bu yüzden hukuka aykırılık unsuru oluşmaktadır. Fakat çalışmada da ileri sürülen görüşe göre, üçüncü kişinin davranışı zaten hukuka aykırılık niteliğine kendiliğinden sahiptir.

Çünkü TBK m. 49/I'de yapılan tanıma doğrudan uygundur. Diğer yandan haksız rekabet hükümlerinin niteliği itibariyle bir haksız fiil olduğu düşünüldüğünde, üçüncü kişi fiilinin haksız rekabet kabul edilirken haksız fiil sayılmaması, kusurun olmadığı durumlar hâriç düşünülemez. O hâlde üçüncü kişinin fiili, hukuka aykırılık unsurunu da taşımaktadır.

Mevcut haksız fiil hükümleri çerçevesinde davacı talebini TBK m. 49/II'ye dayandırıyor, bu durumda talebin kabulü için fiilin ahlâka aykırı olarak nitelenebilmesi gerekir⁸¹⁹. Genel olarak ticarî hayatta dürüstlük kuralına aykırı şekilde bir anlaşmanın bozulmasına sebebiyet vermek ya da bozulan anlaşmadan hukukun tasvip etmediği şekilde yararlanmak, ahlâka uygun olarak nitelenemez. Ancak Türk Hukuku açısından madde uygulanmasının oldukça zor olduğunu, zira ahlâka aykırılığın dar ve değişken şekilde yorumlandığını ifade etmek gerekir. Bu hâlin sürdürülmesi ve söz konusu tazminatın yalnızca TBK m. 49/II çerçevesinde ileri sürülebildiğini kabul etmek, tazminat taleplerinin nadir durumlarda kabul edilmesini sonuçlar.

Meydana gelen zarara üçüncü kişinin kusuru sebebiyet vermemişse, sorumluluğundan da bahsedilemez. Kusurun ortaya çıkması, ilk olarak yatay ya da dikey sözleşmenin varlığını bilmeye bağlıdır. Üçüncü kişi sözleşmeyi fark ettikten sonra, bu anlaşma ile ilgili muafiyetin olup olmadığını, dolayısıyla geçerli olup olmadığını tâcir sıfatı gereği bilmesi gereklidir. Bu sebeple tâcir, anlaşmanın geçerliliğini bilmediği için kusurunun da oluşmadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz.

İkinci olarak davalı üçüncü kişi, sözleşmeyi ve fiilinin davacının yararına zarar vereceğini bilmesine rağmen hareket etmelidir. Böylece davalı ya doğrudan zararın oluşmasını hedeflediği için doğrudan kastla ya da oluşmasını göze aldığı için olası kastla hareket etmiş olur. Üçüncü kişi genellikle ekonomik avantaj elde etmek adına böyle bir

⁸¹⁹ Üçüncü kişinin gerçek bir yararı varsa fiilin ahlâka aykırı olmayacağına dair, Oftinger/Stark, s. 65.

fiili yapmış olduğu için olası kastla hareket etmiş olur. Sorumluluk açısından böyle bir kastın doğrudan kasttan farkı yoktur.

TBK m. 49/I kapsamında ileri sürülen talepler açısından fiil kasten ya da ihmalle işlenmiş olabilir ve her iki kusur türü de sorumluluk için yeterlidir. Özellikle tâcirlerin basiretli bir tâcir gibi hareket etme yükümlülüklerinin olduğu düşünüldüğünde, kusurun çoğu zaman kast şeklinde oluştuğunu tahmin etmek zor değildir. Yatay ve dikey anlaşmaların tarafları tâcirler olsa da, ihlale sevk eden üçüncü kişinin her zaman tâcir olmaması mümkündür. Bu durum kusur açısından söz konusu kişinin ihmalen davranabileceği ihtimalini güçlendirir. Ancak ihlale sebep olan kişi tüketici ise bu durumda çoğu zaman sorumluluk ortaya çıkmaz. Çünkü tüketiciler bu anlaşmaların varlığını bilemeyebilirler. Nihayetinde anlaşmalar ve bunlara ilişkin muafiyetlerin ilân edilmesi gibi bir durum söz konusu değildir. Dolayısıyla tüketici açısından kast oluşmaz.

Tazminat talebi TBK m. 49/II'ye dayandırıldığında ise failin kastla hareket etmiş olması aranır. Hükümdeki kasttan baskın görüşün özel kastı anladığı düşünüldüğünde, üçüncü kişinin yegâne amacının davacıya zarar vermek olması gerekir. Fakat bunun vuku da ispatı da zordur. Çünkü genellikle tâcirler ekonomik açıdan bir avantaj elde etmek için böyle bir fiili icra eder. Böyle bir kabul aynı zamanda, kendi ekonomik yararı için hareket edenlerin hukuka uygun hareket ettiği sonucunu da beraberinde getirir. Hâlbuki rekabet, ne pahasına olursun kıran kıranan bir mücadele değildir. Yapılan fiil hangi alanda olursa olsun dürüstlük kurallarını ihlal etmemelidir. Diğer yandan toplumun rekabetten beklediği fayda da böyle bir fiilin uygun görülmesiyle zedelenir. Çünkü bu durumda rekabetin tanımı, mal ve hizmetlerin iyileştirilerek tercih edilebilir hâle gelmek değil, diğer tâcirlerin ekonomik açıklarını kollayarak kâr elde etmek olur. Bu da güvensiz bir rekabet ortamı oluşturur. Güvensizliğin hâkim olduğu bir ortamda, toplumsal düzeninin devamlılığı beklenemez. Bu sebeplerle, haklı rekabet ile ticaret serbestisi arasında bir denge gözetilmek zorundadır.



SONUÇ

Yapılan tez çalışması kapsamında sözleşmeye müdahale, sözleşme ilişkisinin dışında yer alan üçüncü bir kişinin, sözleşme alacaklısının haklarına zarar verecek şekilde hareket ederek, borçluyu sözleşmeden doğan borcunu ihlale sevk etmesi, teşvik etmesi, ihlal kararı aldırması, bu kararını tamamlaması ya da ihlali kolaylaştırması biçimlerinde ortaya çıkan kusurlu bir fiildir. Türk-İsviçre Sorumluluk Hukuku çerçevesinde bugün hâkim görüş, üçüncü kişinin söz konusu davranışına TBK m. 49/I çerçevesinde sorumluluk yüklememektedir. Bunun sebebini de temel olarak, Türk-İsviçre Hukuk Sistemi'nde sözleşmesel ilişkilere hâkim olan nispilik ilkesine dayandırmaktadır. Fakat Amerika, İngiltere, Fransa gibi bulundukları hukuk sistemlerinin önemli temsilcilerinden sayılabilecek ülkelerde bu sorumluluk kabul edilmekte ve yerleşmiş bir dava sebebi olarak uygulanmaktadır.

İnceleme sonunda varılan sonuçlardan en önemlisi, nispilik ilkesinin yorumlanmasında büyük bir dogma ile hareket edildiğidir. Bu ilkenin anlamı, sözleşmesel ilişkinin kural olarak sadece taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurmasıdır. Böylece borcun ifası da yalnız sözleşmedeki borçludan talep edilebilir. Sözleşmesel ilişki dışında yer alan üçüncü kişilerden bu borcu yerine getirmeleri kural olarak istenemez. Ancak sözleşmeye müdahalenin kabul edilmezliğinin bu ilke ile temellendirilmesi anlamsızdır. Çünkü sözleşmeye müdahale eden kimseden, borcun ödenmesi değil, sözleşmesel ilişkiye saygı duyması, borçlunun özgür iradesini etkilememesi ve malvarlığında artık alacak hakkı olarak yer alan hak ve beraberindeki diğer yararları zedelememesidir. Üçüncü kişi burada, varlığından haberdar olduğu bir hakka, kusurlu olarak zarar vermektedir. Borcun ifasını üçüncü kişiden talep etmek ile bu kişiden başkalarına zarar vermemesini istemek aynı şeyi ifade etmez.

Üçüncü kişinin müdahale fiilini, düşünce açıklama ya da sözleşme kurma veya bir teşebbüste bulunma hürriyeti ile haklı göstermek de doğru değildir. Her temel hak ve

hürriyet, Anayasa’da açıkça gösterilsin ya da gösterilmesin içkin sınırlara tâbidir. Bunların hepsi diğer kişilerin temel hak ve hürriyetleri ile sınırlıdır. Hak kullanmak, ne pahasına olursa olsun kişinin istediğini yapabilmesi anlamını taşımaz. Bunun aksi bir hak anlayışında kamu düzeni bozulur. Müdahale fiili açısından da kişilerin istediği kişi ile istediği konu ve zamanda sözleşme yapabileceğini kabul etmek, ticarî hayatta bir kaosa ve güvensizliğe yol açar. Dolayısıyla her hak ve bu arada düşünce açıklama hürriyeti ile sözleşme yapma hürriyeti, hakkın kötüye kullanımına yol açmadığı müddetçe korunabilir.

Üçüncü kişinin müdahale şeklindeki fiili, şüphesiz haksız rekabet de teşkil eder. TTK m. 55’te yer haksız rekabet örneği şeklinde tanımlanan üçüncü kişinin müdahalesi, İş Kanunu m. 23’te de yeni işverenin sorumluluğuna yol açan bir sebep olarak yer almaktadır. Söz konusu hükümlerin temelleri dürüstlük ilkesine ve haksız fiil sorumluluğuna dayandırılır. Hâl böyleyken özel hükümler çerçevesinde fiili sorumluluk sebebi ve hukuka aykırı kabul ederken, genel haksız fiil hükmü açısından hukuka aykırı olmadığını söylemek büyük bir çelişki oluşturur.

Türk-İsviçre Hukuku açısından sözleşmeye müdahalenin sorumluluğa sebep olması, bugün sadece TBK m. 49/II hükmü çerçevesinde, fiil ahlâka aykırı şekilde kasten başkasına zarar verme niteliğine bürünüyorsa mümkündür. Bu da sözleşmeye müdahaleden doğan sorumluluğun söz konusu hüküm kapsamında bile neredeyse hiç uygulanmamasına yol açmaktadır. Bunun temel nedeni, doktrinde de yoğun bir şekilde eleştirildiği üzere, hükmün uygulama kabiliyetinin olmaması, bir bakıma da uygulanmamaya itilmesidir. Çünkü ilk olarak ahlâka aykırılık değişken bir kavramdır, hukuka aykırılık gibi net bir kavram değildir ve takdiri hâkime bırakılmıştır. Diğer yandan hükümde kusur olarak sadece kast kabul edilmiştir. Doktrinde birtakım görüşler kastın sadece özel kast olarak gerçekleştiği durumlarda sorumluluğu kabul eder. Hâl böyle olunca davacının haksız fiil şartlarını ispat etmesi son derece zorlaşmaktadır.

Hükmün uygulama zorluğunu göz önünde bulunduran mehzaz hukuk da artık bu fıkraya OR 2020 taslağında yer vermemektedir. Dolayısıyla müdahale fiillerine karşı TBK m. 49/II'den bir çözüm ummak, boş bir beklentidir.

Esasında TBK m. 49/II hükmüne göre, sözleşmeye müdahaleden sorumluluğa hükmetmeye gerek yoktur. Çünkü sözleşmeye müdahale ederek alacaklının sözleşmeden doğan alacak hakkına ve bununla ilgili diğer menfaatlerine zarar vermek tek başına hukuka aykırıdır. Bir defa, TBK m. 49/I hangi hakların zarar görmesi durumunda hukuka aykırılığın oluştuğu konusunda bir sınırlama yapmamıştır. Nispi hakların ve bu arada alacak hakkının TBK m. 49/I kapsamında korunmadığı, Alman-İsviçre Hukuk Sistemleri etkisinde kalınarak yapılan bir yorumdur. İkinci olarak hukuka aykırılığın gerçekleşmesi için bu görüşlerin kabul ettiği gibi koruma normlarına aykırı davranış aransa bile, alacak hakkına müdahale ile zarar verilmesiyle zaten bu aykırılık oluşmaktadır. Çünkü davranış dürüstlük kuralına ve TTK m. 55 hükümlerine, yerine göre de İş Kanunu hükümlerine açıkça aykırıdır.

Sözleşmeye müdahale fiilinin TBK m. 49/I kapsamında sorumluluğa sebep olması için şüphesiz diğer haksız fiil şartları da gerçekleşmiş olmalıdır. Bu kapsamda üçüncü kişinin alacaklıyı fiili ile bir zarara uğratması gerekir. Zarar, alacağın elde edilmemesinden doğan doğrudan kayıplar ile bunun sonucu olarak zarar verici fiile bağlanabilen diğer kayıplardan oluşur. Üçüncü kişinin fiili ile verdiği zarar yerine göre bir mutlak hak ihlaline de sebep olabilir. Dolayısıyla zarar, somut olay göz önünde bulundurularak belirlenir.

Borçlunun ifa etmemeden doğan zararı karşılıyor olması, üçüncü kişinin sorumluluğuna hükmedilemeyeceği şeklinde yorumlanamaz. Çünkü bu bakış açısından yola çıkıldığında, bütün birlikte sorumluluk sebeplerinin reddedilmesi gerekir. Zarardan bir ya da birkaç kişinin daha sorumlu olması, sorumluluk sebebini değil miktarını etkiler.

Ortaya çıkan zarardan borçlu da üçüncü kişi de kusurları oranında sorumludur. Bunlardan birisi sadece kendi fiili ile bir zarara sebebiyet vermişse, elbette bu zarardan sadece kendisi sorumlu olmalıdır.

Üçüncü kişinin sorumluluğu ancak, davranışı ile zarar uygun illiyet bağı içerisinde ise mümkündür. Üçüncü kişinin fiili olmasaydı, alacaklının zararı ortaya çıkmayacak ya da olaydaki boyutlara ulaşmayacak idiyse üçüncü kişinin fiili illiyet bağı içerisinde. Burada her türlü illiyet değil, uygun illiyet bağı gözetilmelidir. Üçüncü kişi olmasaydı da borçlunun zaten bir başkasıyla da sözleşme yaparak borcunu ihlal edeceği şeklindeki bir savunma haklı görülemez. Zira böyle bir hâlde üçüncü kişi, kararın tamamlanmasını ve fiile dönüşmesini temin etmiştir; davranışı zararlar uygun illiyet bağı içerisinde. Fakat borçlunun üçüncü kişinin fiilinden önce zaten sözleşmeyi ihlal ettiği veya zararın ihlal dışında başkaca sebeplerle meydana geldiği durumlarda, üçüncü kişinin fiili ile zarar arasında uygun illiyet bağı yoktur.

Üçüncü kişi uygun illiyet bağı içerisinde bir fiil gerçekleştirmesine rağmen, fiili hukuka uygunluk sebebi oluşturuyorsa, fiilinin sonuçlarından sorumlu olmaz. Bu sebep yerine göre kanun hükmünü uygulama veya kendisine tanınan bir hakkı hakkaniyet çerçevesinde kullanma şeklinde ortaya çıkabilir. Hukuka uygunluk sebebi oluşup oluşmadığını hâkim takdir eder. Ancak ispat yükü davalıya aittir.

Kusurlu olarak gerçekleştirilmeyen fiil sorumluluğa da sebep olmaz. Dolayısıyla üçüncü kişi müdahale fiilini icra ederken kusurlu davranmış olmalıdır. TBK m. 49/I çerçevesinde kusur, kast ya da ihmal şeklinde gerçekleşebilir. Müdahale eden kişi de alacaklının fiilinden zarar görmesini doğrudan hedeflemiş olabileceği gibi, kendi yararı için fiili gerçekleştirdiği durumlarda alacaklının zararını göze alması da mümkündür. Her iki hâlde de kast gerçekleşmiş olur. Keza bir sözleşmenin varlığını ve fiili ile alacaklının

bundan zarar görebileceğini tahmin etmesine rağmen, kasıtlı bir bilgisizliğe sebep olan üçüncü kişi de fiilinden sorumlu olmalıdır.

Söz konusu değerlendirmelere çerçevesinde yapılan çalışma ile ulaşılan sonuç, üçüncü kişinin sözleşmesel ilişkilere kusurlu müdahale ettiği durumlarda, onun haksız fiil sorumluluğuna başvurulabileceğidir. Aksi yönde kabul edilen çözüm tarzı, sözleşmesel ilişkileri üçüncü kişilerin hedefi haline getirerek, büyük maddî kayıplara, itibar kayıplarına ve hakkaniyete hitap etmeyen sonuçlara yol açmaktadır. Dogmatik kabullerin bir kenara bırakılarak, sözleşmeden doğan yarar ile sözleşme yapma özgürlüğünden hangisinin tercih edilmesi gerektiği noktasında hakkaniyetli bir değerlendirme yapılması gerektiği ve bu değerlendirmede dürüstlük kuralının bir ölçü norm olduğu inancındayız.

KAYNAKÇA*

- Abik, Yıldız : “Normun Koruma Amacı Teorisi”, AÜHFD, C. 59, S. 3, Y. 2010, s. 345-448.
- Akarsu, Bedia : Ahlâk Öğretileri (I. Mutluluk Ahlâkı - II. Kant’ın Ahlâk Felsefesi), 3. Basım, İstanbul 1982.
- Akıncı, Şahin : Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, 12. Baskı, Konya 2021, (Akıncı, Borçlar).
- : Roma Hukuku Dersleri, 16. Baskı, Konya 2021, (Akıncı, Roma).
- Akyol, Şener : Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İkinci Bası, İstanbul 2006.
- American Law Intitute : Restatement of the Law of Torts, Vol. IV, Divisions 9-13, Washington 1939.
- Antalya, Osman Gökhan : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: V/1,1, V/1,2, V/1,3, 2. Baskı, Ankara 2019.
- Aral, Fahrettin /Ayrancı Hasan : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 15. Baskı, Ankara 2022.
- Arat, Ayşe : Konut Satışında Üç Köşeli İlişkilerden Doğan Sorumluluk, 1. Baskı, İstanbul 2018.
- Arkan, Sabih : Ticarî İşletme Hukuku, 28. Bası, Ankara 2022.
- Armitage, A. L. (General Editor)
/Blanco White, T. A.
/Dias, R. W. M.
/Ellis Lewis, T.
/Hall, J.C.
/Jolowicz J. A.
/Odgers, F. J.
/Wedderburn, K. W.
/Yale, D. E. C. : Clerk & Lindsell on Torts, Twelfth Edition, London 1961.
- Arsebük, A. Esat : Medenî Hukukta Ahlâk Kaidesinin Rolü, Ankara 1937.
- Arslan, Aziz Serkan : “Tek Satıcılık Sözleşmelerinin Rekabet Kanunu Açısından Değerlendirilmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, S. 1-2, Y. 2008, s. 3-37, (Arslan, A. Z.).
- Arslan, Ramazan : Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, (Arslan, R.).

* Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıflarda kullanılan kısaltmalar parantez içinde gösterilmiştir.

- Arslanlı, Halil : Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumî Hükümler, 3. Bası, İstanbul 1960.
- Atasoy, Kemal : Sözleşme Özgürlüğünün Kamu Düzenine Aykırılık Sınırı, 1. Baskı, İstanbul 2020.
- Ateş, Derya : Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık, Birinci Bası, Ankara 2007 (Ateş, Genel Ahlaka Aykırılık).
- : “Sözleşmede Genel Ahlak Kurallarının Belirlenmesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 32, Y. 8 (Ekim 2017), s. 247-268, (Ateş, Ahlak Kurallarının Belirlenmesi).
- Avşar, Zakir
/Elden, Müge
/Çaydere, Osman
/Bakır, Uğur : Reklam ve Hukuksal Düzenlemeleri, 3. Baskı, İstanbul 2011.
- Aydoğdu, Murat
/Kahveci, Nalan
(Bilimsel Katkılarıyla:
Arş. Gör. Ö. Oğuzhan Meral
/Arş. Gör. Şeyhmus Darcan) : Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 5. Baskı, Ankara 2021.
- Ayhan, Rıza : Haksız Rekabet Münasebetiyle Elde Edilen Menfaatlerin İadesi, Konya 1990.
- Ayhan, Rıza
/Çağlar, Hayrettin
/Özdamar, Mehmet : Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 15. Bası, Ankara 2022.
- Baez III, Beau H. : Tort Law in the USA, The Netherlands 2010.
- Ballerstedt, Kurt : “Dulckheit als Rechtsdogmatiker” (in Gerhard Dulckheit als Rechtshistoriker, Rechtsphilosoph und Rechtsdogmatiker), Kiel 1955, s. 27-41.
- Barlas, Nami : “Başkasının Sözleşme İlişisine Müdahale Sebebiyle Sorumluluk”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt I, 1. Baskı, İstanbul 2010 (Barlas, Müdahale).
- : “Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medenî Kanunundaki Düzenlenme Tarzı ve Eleştirisi”, İHFM, C. LV, S. 3, Y. 1997, s. 191-208, (Barlas, Dürüstlük).
- : “Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Nitelikleri”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü

- Armağanı, 2. (Tıpkı) Baskı, İstanbul 2001, s. 807-828 (Barlas, Çerçeve).
- Başalp Yıldırım, Nilgün : “Haksız Fiil Sorumluluğunda Hukuka Aykırılık Unsuruna İlişkin İleri Sürülen Klasik Teoriler Hakkında Bazı Düşünce ve Eleştiriler”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2019, C. 1, S. 1, s. 293-332 (Başalp Yıldırım, Klasik Teoriler).
- Başalp Yıldırım, Nilgün : “Haksız Fiil Sorumluluğunun Hukuka Aykırılık Unsuruna İlişkin İleri Sürülen Yeni Teoriler Hakkında Bazı Düşünce ve Eleştiriler”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 177-178, Y. Mayıs-Haziran 2019, s. 1017-1061, (Başalp Yıldırım, Yeni Teoriler), <https://www.jurix.com.tr/article/19251> (Erişim Tarihi: 04.11.2022).
- Başoğlu, Başak : “Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damage) Yaptırımı ve Bu Yaptırımın Türk Hukukuna Etkilerinin Değerlendirilmesi”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1-2, Y. 2016, s. 617-637.
- Baumbach, Adolf /Hefermehl, Wolfgang : Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Band I, 11. Auflage, München 1974.
- Baysal, Başak : Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü, 4. Baskı, İstanbul 2020.
- Becker, Hermann : Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183, Bern 1941.
- Bektaş, İbrahim : “Haksız Rekabet Hukukunda Dürüst ve Bozulmamış Rekabeti Sağlama Amacı (TTK m. 54) ve ‘İşleyen Rekabet’ Ölçütü”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXXIV, S. 3, Y. 2018, s. 277-310.
- Bénédicte, Martine : Le Contrat de Concession de Vente Exclusive, Lausanne 1975.
- Bingöl, Muhammet Emin : Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Yükümlülüğü: Özellikle Tacirin Ücret ve Cezai Şartın İndirilmesini İsteyememesi, 1. Baskı, İstanbul Ekim 2018.
- Bozer, Ali/Göle, Celal : Ticari İşletme Hukuku, 7. Bası, Ankara 2021.
- Bozkurt, Tamer : ““Haklarında Özel Bir Sınırlama Nedeni Öngörülmemiş” Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Sorunsalı: Özellikle “Sözleşme Hürriyeti” Açısından Durum”, Ankara Barosu Dergisi, S. 1, Y. 2008, s. 144-153.
- Brehm, Roland : Das Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlung Art. 41-61 OR, 4. Auflage, Bern 2013.
- Burcuoğlu, Halûk : Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarılma, İstanbul 1995.

- Burnham, William : Introduction to the Law and Legal System of the United States, 6. Edition, St. Paul 2016.
- Cartier, Micheal : Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR, Dissertation, Eschen 2007, <https://www.e-helvetica.nb.admin.ch/api/download/urn%3Anbn%3Ach%3Aabel-106282%3Aadis3287.pdf/dis3287.pdf> (Erişim Tarihi: 07.06.2022).
- Carty, Hazel : An Analysis of the Economic Torts, Second Edition, United States of America 2010.
- Cevizci, Ahmet : Felsefeye Giriş, 5. Baskı, İstanbul 2016.
- Cicero, M. Tullius : (Çev. Sarıgöllü, Ayşe/Kulaoğlu, Meliha/Öktem, Filiz/Şentuna, Candan), Ödevler I. Kitap, Ankara 1980.
- Çağlayan Aksoy, Pınar : Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, 1. Baskı, İstanbul 2016.
- Çelik, Aytekin : Ticaret Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2022.
- Çelik, Nuri
/Caniklioğlu, Nurşen
/Canbolat, Talat : İş Hukuku Dersleri, 31. Baskı, İstanbul 2018.
- Çenberci, Mustafa : İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Ankara 1976.
- Darbellay, Jean : Théorie Générale de L'illicéité, Freiburg (Suisse) 1955.
- Davran, Cahit : "Ahlâka Aykırılık Sebebiyle Mes'uliyet (Borçlar Kanunu 41/II üzerinde bir inceleme)", İBD, C. XXIX, S. 6, Haziran 1955, s. 268 – 286.
- Deakin, Simon
/Randalln, John : "Rethinking the Economic Torts", The Modern Law Review, Vol. 72, No.4, Y. July 2009, p. 519-553.
- Demir Gökyayla, Cemile : Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri, 2. Baskı, İstanbul 2013.
- Deschenaux, Henri
/Tercier, Pierre : (Çev. Salim Özdemir) Sorumluluk Hukuku, Ankara 1983.
- Deutsch, Erwin : Allgemeines Haftungsrecht, 2. Auflage, München 1996.
- Di Marzo, Salvatore
(Çev. Ziya Umur)
Dobbs, Dan B. : Roma Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1959.
: "Tortious Interference with Contractual Relationships", Arkansas Law Review, Vol. 34, No: 3, 1980, p. 335-376.

- Domaniç, Hayri : Türk Ticaret Kanunu Şerhi Cilt: I, İstanbul 1988.
- Doğu, Hakkı Mert : Ardı Ardına Teslimli Satış Sözleşmesi, 1. Baskı, Ankara 2020.
- Dowling, Donald C. : “A Contract Theory for a Complex Tort: Limiting Interference with Contract beyond the Unlawful Means Test”, University of Miami Law Review, Vol. 40, No. 2, Januray 1986, p. 487-520.
- Dönmezer, Sulhi
- /Erman, Sahir : Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt II, 10. Bası, İstanbul 1994.
- Dulckeit, Gerhard : Die Verdinglichung Obligatorischer Rechte, Tübingen 1951.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan : Cilt II Kişiler Hukuku, 23. Baskı, İstanbul 2022.
- Dural, Mustafa/Sarı, Suat : Cilt I Türk Özel Hukuku, Temel Kavramlar ve Medenî Hukukun Başlangıç Hükümleri, 17. Baskı, İstanbul 2022.
- (Editörler) Acar, Uğurcan
- /Karataş, İbrahim Halil
- /Aydoğdu, Ertunç : Ekonomi Sözlüğü, İstanbul 2020.
- Eren, Abdurrahman : Anayasa Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Ankara 2020, (Eren, A.).
- Eren, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, Ankara 2022, (Eren, F., Borçlar Genel).
- : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2022, (Eren, F., Borçlar Özel).
- : Sorumluluk Hukuku Açısından İliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, s. 1, (Eren, F., İliyet Bağı).
- Erman, Hasan : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 3. Basım, İstanbul 2010.
- Erol, Arzu : Türk Hukukunda Örtülü Reklam, 1. Baskı, İstanbul 2018.
- Erol Durak, Yasemin : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesinde Alt Kira ve Kira Hakkının Devri, Ankara 2017.
- Eulau, Peter H. : “Inducing Breach of Contract: A Comparasion of the Laws of the United States, France, the Federal Republic of Germany and Switzerland”, Boston College International and Comparative Law Journal, Vol. 2, No. 1, 1978, p. 41-68, (Eulau, Comparasion).

- : Verleitung zum Vertragsbruch und Ausnutzung fremden Vertragsbruchs, Zürich 1976 (Eulau, Verleitung und Ausnutzung).
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin : Şu'fa Hakkı, İstanbul 1959.
- Fikentscher, Wolfgang : Schuldrecht, 8. Auflage, Berlin 1992.
- Frick Markus : Abwerbung Personal und Kunden, Bern 2000.
- Foster, Nigel/Sule, Satish : German Legal System and Laws, Fourth Edition, Oxford 2010.
- Fuchs Maximilian
/Pauker, Werner
/Baumgärtner, Alex : Delikts- und Schadenersatzrecht, 9. Auflage, Berlin Heidelberg 2017.
- Furrer, Andreas
/Muller-Chen, Markus
/Çetiner, Bilgehan : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, İstanbul 2021.
- Garland, David S.
(et al. Editors) : American and English Encyclopaedia of Law, Northport, N.Y., Edward Thompson Co., Vol. 16.
- Garner, Bryan A. (Edited By): Black's Law Dictionary, Tenth Edition, St. Paul 2014.
- Gauch, Peter
/Schleup, Walter R.
/Schmid, Jörg
/Rey, Heinz
/Emmegger, Susan : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 9. Auflage, Zürich 2008.
- Gierke, Otto Friedrich : Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuch und Das deutsche Recht, Leipzig 1889.
- Ginossar, S. : Droit Réel Propriété et Créance, Paris 1960.
- Giritlioğlu, Necla : Dürüstlük Kuralları, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Özellikle Şekil Eksikliğinden Dolayı Geçersizliğin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı ile Sınırlandırılması, İstanbul 1989.
- Göktaş, Seracettin : Türk İş Hukukunda Haksız Fesih, Ankara 2020.

- Gözler, Kemal : İnsan Hakları Hukukuna Giriş, 1. Baskı, Bursa 2017, (Gözler, İnsan Hakları).
- : Türk Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Bursa 2019 (Gözler, Anayasa).
- Grēgorie, François : (Çev. Cemal Süreya), Büyük Ahlak Doktrinleri, İstanbul 1971.
- Groh, Wilhelm : “Sittenwidrige Erfüllungsverweigerung”, Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50 jährigen Bestehen des Reichsgerichts (I. Oktober 1929), 3. Band, Berlin und Leipzig 1929, s. 119-142.
- Grossen, Jacques-Michel : “La Responsabilité du Tiers Complice de La Violation D’un Contrat”, Mélanges En L’Honneur de Wilhelm Schönenberger, İsviçre 1968, s. 121-136.
- Gutzwiller, Max (Hrsg) : Schweizerisches Privatrecht, Zweiter Band, Einleitung und Personenrecht, Basel und Stuttgart 1967.
- Güleryüz, M. Tarık : “Bir Anglo – Amerikan Hukuku Müessesesi olarak Cezalandırıcı Tazminatın [Punitive Damages] Bazı Türk Hukuku Müesseseleri ile Mukayesesi”, TBB Dergisi, S. 141, Y. 2019, s. 325-362.
- /Zorluoğlu Yılmaz, Ayça
- Günergök, Özcan : Alacağın Devrinde Borçlunun Hukuki Durumu, İstanbul 2014.
- Gürler, Sercan : H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlâk Ayırımı (Ed. Sercan Gürler), 2. Baskı, İstanbul 2017.
- Gürsoy, Kemal Tahir : Hususi Hukukda Clasula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Nazariyesi), Ankara 1950.
- Gürsoy, Kemal, T. : Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978.
- /Eren, Fikret : Ekonomi Sözlüğü, 12. Basım, İstanbul 2012.
- /Cansel, Erol
- Haçerlioğlu, Osman
- Hatemi, Hüseyin : Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle B.K. 65 Kuralı), İstanbul 1976 (Hatemi, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık).
- : Medeni Hukuk’a Giriş, 10. Bası, İstanbul 2021 (Hatemi, Giriş).
- Hatemi, Hüseyin : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 5. Bası, İstanbul 2021.
- /Serozan, Rona
- Hausheer, Heinz

/Jaun, Manuel : Die Einleitungsartikel des ZGB, Art. 1-10 ZGB, Bern 2003.

Herbart, Johann Friedrich : Sämtliche Werke, Herausgegeben von Karl Kehrbach, Neunter Band, Berlin 1897, <https://archive.org/details/smtlichewerkei09herbuoft/page/n5/mode/2up> (Erişim Tarihi: 23.04.2022).

Hirş, Ernst : Ticaret Hukuku Dersleri, 3. Bası, İstanbul 1948.

Hobbes, Thomas
(Çev.: Semih Lim) : Leviathan, 16. Baskı, İstanbul 2018.

Honig, Richard
(Çev. şemseddin Talip) : Roma Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1938.

Honsell, Heinrich
/Isenring, Bernhard
/Kessler Martin A. : Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Auflage, Zürich 2013.

Honsell, Heinrich
/Vogt, Peter Nedim
/Geiser, Thomas : Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 3. Auflage, Basel-Genf-München 2006.

<https://sozluk.gov.tr/> (Erişim tarihi: 28.07.2021).

<https://dictionary.cambridge.org/tr/translate/> (Erişim Tarihi: 25.08.2021).

Huguenin, Claire
(Aktualisiert und teilweise neu bearbeitet von:
Maissen Eva
/Meise, Barbara
/Huber-Purtschert, Tina) : Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2019.

Huguenin, Claire
/Hilty, Reto M. (Hrsg.) : Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Zürich - Basel - Genf 2013.

- İşıқтаç, Yasemin : Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme, 2. (Tıpkı) Basım, İstanbul 2014.
- İmregün, Oğuz : Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak), 13. Bası, İstanbul 2005.
- İnan, Nurkut T. : “Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Üçüncü Kişiler”, BATİDER, C. XVII, S. 2, Y. 1993, s. 55-77.
- İnceoğlu, Sibel
/Boyar, Oya
/Karan, Ulaş
/Akbulut, Olgun
/Arslan Öncü, Gülay
/Tokuzlu, Lami Bertan : İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, 2. Baskı, İstanbul 2013.
- İşgüzar, Hasan : Tek Satıcılık Sözleşmesi (Alleinvertriebsvertrag), Ankara 1989.
- Kalabalık, Halil : İnsan Hakları Hukukuna Giriş, 2. Baskı, Ankara 2019.
- Kaneti, Selim : Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, İstanbul 2007.
- Kant, Immanuel : Ahlâk Metafiziğinin Temellendirilmesi (Grundlegung zur Metaphysik der Sitten), İkinci Baskı, Ankara 1995.
- Kapancı, Kadir Berk : Ahlakla Aykırı Bir Fiille Başkasına Verilen Zararların Tazmini (TBK 49 II), İstanbul 2016.
- Karakurt, Alper : Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Politikasında Münhasır Dikey Anlaşmalar, Ankara 2005.
- Karayağın, Yaşar : Ticaret Hukuku I. Giriş-Ticarî İşletme, 3. Baskı, Ankara 1968.
- Kaser, Max
/Knütel, Rolf : Römisches Privatrecht, 18. Auflage, München 2005.
- Kaya, Servecan : Tek Satıcılık Sözleşmesi, 1. Baskı, Ankara 2019.
- Keller, Alfred : Haftpflicht im Privatrecht, Band I, sechste Auflage, Bern 2002.
- Keller, Max
/Gabi-Bolliger, Sonja : Haftpflichtrecht, Band II, Basel 1985.
- Kılıçoğlu, Ahmet Mithat : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Bası, Ankara 2022.
- Kılıhoğlu, İsmail : Ahlâk – Hukuk İlişkisi, İstanbul 1988.

- Kırca, Çiğdem : Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiyeye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004.
- Kızır, Mahmut : “Yargıtay Kararları Işığında Basiretli İşadamı gibi Hareket Etme Yükümlülüğünün Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanmasına Etkisi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 2, Y. 2011, s. 245-282
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip
/Hatemi, Hüseyin
/Serozan, Rona
/Arpacı, Abdülkadir : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci-Üçüncü Cilt, 7. Basım, İstanbul 2017.
- Konfüçyüs,
(Çev.: Muhaddere Nabi Özerdim): Konuşmalar, Ankara 1963.
- Koschaker, Paul
/Ayiter, Kudret : Roma Hususî Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1975.
- Koziol, Helmut : Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte, Wien-New York 1967.
- Kuçuradi, İonna : Uludağ Konuşmaları Özgürlük, Ahlâk ve Kültür Kavramları, Beşinci Baskı, Ankara 2014.
- Kuehn, Manfred : (Çev. Bülent O. Doğan), Immanuel Kant, II. Basım, İstanbul 2017.
- Kuntalp, Erden : Ard Arda Teslimli Satım Akdi, Ankara 1968.
- Larenz, Karl : Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, Band I, 14. Auflage, München 1987.
- Larenz, Karl
/Canaris, Claus-Wilhelm : Lehrbuchs des Schuldrechts, 13. Auflage, München 1994.
- Leonhard, Franz : Allgemeines Schuldrecht des BGB, Erster Band, München und Leipzig 1929 (Leonhard, F.).
- Leonhard, Rudolf : Der allegemeine Theil des bürgerlichen Gesetzbuch in seinem Einflusse auf die fortentwicklung der Rechtswissenschaft, Berlin 1900, (Leonhard, R.).
- Mazeaud, Henri Et Leon
/Mazeaud, Jean : Leçons de Droit Civil, Tome II/1, Obligations: Theorie Generale, Paris 1978.

- Meier-Hayoz, Arthur : Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss, Aarau 1948.
- Mercier, Charles-Philippe : Faut-il admettre l'existence du jus ad rem en droit civil suisse?, Dissertation, Laussane, 1929.
- Merz, Hans : Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Erster Teilband, Sechster Band, Basel 1984, (Merz, Obligation).
- Merz, Hans (Erläutert von: Liver, Peter/Meier-Hayoz, Arthur/Merz, Hans/Jäggi, Peter/Huber, Hans/Friedrich, Hans-Peter/Kummer, Max), Einleitung Artikel 1-10 ZGB in Berner Kommentar Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Hrsg. Arthur Meier-Hayoz), Bern 1966 (Merz, Einleitung).
- Mezger, Edmund : Strafrecht, Dritte unveränderte Auflage, Berlin und München 1949.
- Murphy, John : "Understanding Intimidation", The Modern Law Review, Vol. 77, No. 1 (January 2014), pp. 33-59.
- Müller, Albert : Die Beeinträchtigung fremder Forderungen als Delikt im Sinne von OR 41 Abs. 2, Zürich 1975.
- Oftinger, Karl
/Stark, Emil W. : Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zweiter Band: Besonderer Teil, 4. Auflage, Zürich 1987.
- Oğuzman, M. Kemal : Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi, Doktora Tezi, İstanbul 1955.
- Oğuzman, M. Kemal
/Öz, M. Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. (Cilt-1) ve 20. Bası (Cilt-2), İstanbul 2022.
- Oğuzman, M. Kemal
/Seliçi, Özer
/Oktay-Özdemir, Saibe : Eşya Hukuku, 23. Baskı, İstanbul 2021.
- Olgaç, Senai : Kazaî ve İlmî İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu ve İlgili Hususî Kanunlar, Cilt-I, İstanbul 1966.
- Oser, Hugo
/Schönenberger, Wilhelm
(Çev.: Recai Seçkin) : Borçlar Hukuku İkinci Kısım (Madde: 41-109), Ankara 1950.
- Ovacık, Mustafa : İngilizce-Türkçe Hukuk Sözlüğü, Ankara 1964.
- Örs, Halil Fahri : Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet, Doktora Tezi, Ankara 1958.

- Özbudun, Ergun : Türk Anayasa Hukuku, 19. Basım, Ankara 2019.
- Özdemir, Semih Sırrı : Haksız Rekabet Kavramı Açısından Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar, 1. Baskı, İstanbul 2013.
- Özden, Selin : “Karşılaştırmalı Hukukta Salt Malvarlığı Zararları”, BATİDER, Y. 2010, C. XXVI, S. 3, s. 89-125.
- Özgen, Mahmut İhsan : Basın Ahlâk Kuralları ve Yasalar, İstanbul 1988.
- Öztekin, Selçuk : “Haksız Rekabete İlişkin Yeni İsviçre Düzenlemesinin Öngördüğü Bazı Haksız Rekabet Halleri”, Prof. Dr. Jale Akipek’e Armağan, Konya 1991, s. 417-429.
- Paksoy, Meliha Sermin : Sözleşmeyi İhlale Yöneltilme, 1. Baskı, İstanbul 2018.
- Palandt, Otto
(bearbeitet von
Bürdermüller, Gerd
/Ellenberger, Jürgen
/Götz, Isabel
/Gürneberg, Christian
/Herrler, Sebastian
/Sprau Hartwig
/Thorn, Karsten
/Weidenkaff, Walter
/Weidlich, Dietmar
/Wicke, Hartmut) : Bürgerliches Gesetzbuch Beck’sche Kurz Kommentar, 76. Auflage, München 2017, (Palandt ve diğerleri).
- Palmer, Vernon V. : “A Comparative Study (from a Common Law Perspective) of the French Action for Wrongful Interference with Contract”, The American Journal of Comparative Law, Vol. 40, No. 2, Spring 1992, pp. 297-342.
- Perlman, Harvey S. : “Interference with Contract and Other Economic Expectancies: A Clash of Tort and Contract Doctrine”, The University of Chicago Law Review, Vol. 49:61 Y. 1982, p. 61-129,
<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4262&context=uclrev> (Erişim Tarihi: 04.04.2022).
- Pfister, Paul : Fragen aus dem Gebiete der Wiederrechtlichkeit, Aarau 1925.
- Poroy, Reha
/Yasaman, Hamdi : Ticari İşletme Hukuku, 19. Baskı, Ankara 2022.

- Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Edited by von Bar Christian/Clive, Eric and Schulte-Nölke, Hans/Beale, Hugh/Herre, Johnny/Huet, Jérôme/Storme, Matthias/Swann, Stephen/Varul, Paul/ Veneziano, Anna/Zoll, Fryderyk, 2009, (DCFR).
- Rey, Heinz : Die Grundlagen Sachenrechts und das Eigentum, Band I, Dritte Auflage, Band I, Bern 2007.
- Rother, Werner : Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, München und Berlin 1965.
- Sağlam, Fazıl : Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara 1982, <https://dspace.ankara.edu.tr> (Erişim Tarihi: 23.09.2021).
- Sanlı, Kerem Cem : “Borca Aykırı Davranış Ekonomik Açıdan Etkin Olabilir mi? Türk Hukuku Açısından Bir Değerlendirme”, BATİDER, C. XXX, S. 3, Y. 2004, s. 95-173, (Sanlı, Borca Aykırı Davranış).
- : Haksız Fiil Hukuku’nun Ekonomik Analizi: Hukuk ve Ekonomi Öğretisi, İstanbul 2007, (Sanlı, Ekonomik Analiz).
- Sarıkaya, Sinan : Haksız Rekabet Hukukunda Sözleşmeyi İhlale veya Sona Erdirmeye Yönelme, 1. Baskı, Ankara 2015.
- Savaş, Firdevs : “Reklam Vasıtasıyla Ortaya Çıkan Saldırgan Ticari Uygulamalar”, Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, C. 18, S. 2, Y. 2017, s. 227-248, <http://esjournal.cumhuriyet.edu.tr/en/download/article-file/370370>.
- Saymen, Ferit H. : Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, (Saymen, İş).
- : “Akid Yapmak Hakkının Suiistimali”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, VII, Y. 1941, s. 541-563, (Saymen, Akid).
- Saymen, Ferit Hakkı
- /Elbir, Halid K. : Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1963.
- Sayre, Francis Bowes : “Inducing Breach of Contract”, Harward Law Review, Vol. 36, No. 6, April 1923, pp. 663-703.
- Schluep, Walter R. : “Schuldrechtliche Aspekte der Verleitung zum Vertragsbruch”, Festchrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989.
- Schmid, Jörg
- /Hürlimann-Kaup, Bettina : Sachenrecht, 2. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2003.

- Schofield, William : “The Principle of Lumley v. Gye, and Its Application”, Harvard Law Review, Vol. 2, No. 1 (Apr. 15, 1888), pp. 19-27 <https://www.jstor.org/stable/> (Erişim Tarihi: 31.08.2021).
- Schopf, Adrian : Die Beteiligung an fremdem Vertragsbruch im BGB, München 2013.
- Schönenberger, Beat : “Die dritte Wiederrechlichkeitsthorie”, in: HAVE/REAS, Y. 2004, S. 1, s. 3–12.
- Schramm, Carl : Der Vertragsbruch-Ausnutzung und Verleiten, GRUR 1961, s. 328-335, <https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Fgrur%2F1961%2Fcont%2Fgrur.1961.328.1.htm&anchor=Y-300-Z-GRUR-B-1961-S-328-N-1> (Erişim Tarihi: 03.07.2022).
- Schwarz, Andreas, B. : (ev.: Hıfzı, Veldet), Medeni Hukuka Giriş, İştanbul 1942.
- Serozan, Rona
/Engin, B. İlkay
/Atamer, Yeşim M. : Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku, 9. Baskı, İştanbul 2022.
- Simester, A. P.
/Chan, Winnie : “Inducing Breach of Contract: One Tort or Two?”, The Cambridge Law Journal, Vol. 63, No. 1, March 2004, p. 132-165.
- Simmons, Richard T.
/Kabacoff, Pres : “Inducing Breach of Contract”, Louisiana Law Review, Vol. 30, No. 4, June 1970, p. 713-727.
- Stark, Emil Wilhelm : Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Skriptum, Zürich 1982.
- Steiner, Eva : French Law: A Comparative Approach, 1. Baskı, New York 2010.
- Stevens, Lyn L. : “Interference with Economic Relations: Some Aspects of the Turmoil in the Intentional Torts”, Osgoode Hall Law Journal, Vol. 12, No. 3, December 1974, pp. 595-625. <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=2230&context=ohlj> (Erişim Tarihi: 18.03.2022).
- Sunay, Reyhan : İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, Ankara 2001.
- Sungurbey, İşmet : Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne şerhi, İştanbul 1963, (Sungurbey, şerh).

- : Mirasbırakanın Danışıklı İşlemleri, Dürüstlük Kurallarının Uygulama Alanı, Çifte Satış Sözleşmeleri, Ord. Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu'na Armağan, İstanbul 1992 (Sungurbey, Dürüstlük-Çifte Satış).
- Şahin Ceylan, Şule : “H.L.A. Hart’a göre Hukuk Ahlâk İlişkisi”, H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlâk Ayrımı (Ed. Sercan Gürler), 2. Baskı, İstanbul 2017.
- Şener, Oruç Hami : Ticari İşletme Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2020.
- Şenocak, Kemal : “İşletme Personelinin Ayartılması Meselesinin Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde (TTK m. 56 vd.) Değerlendirilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S. 2, Haziran 2001, s. 193-246.
- Taman Şıpka, Şükran : Türk Hukukunda Kanunî Önalım (Şuf’a) Hakkı, 1. Baskı, İstanbul 1994.
- Tan, Turgut : “Sözleşme Özgürlüğüne Kamunun Müdahalesi”, Yıldırım Uler’e Armağan, 1. Baskı, Lefkoşa 2014, s. 513-524.
- Tandoğan, Halûk : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: I/1, Dördüncü Tıpkı Basım, İstanbul 2008, (Tandoğan, Borçlar Özel I/1).
- : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: I/2, Dördüncü Tıpkı Basım, İstanbul 2008, (Tandoğan, Borçlar Özel I/2).
- : Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet), Ankara 1961, (Tandoğan, Mes’uliyet).
- : “Tek Satıcılık Sözleşmesi”, BATİDER, C. XI, S. 4, Y. 1982, s. 1-36, (Tandoğan, Tek Satıcılık).
- Tanör, Bülent : 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, 17. Bası, İstanbul 2018.
- /Yüzbaşıoğlu, Necmi
- Tekinay, Selahattin Sulhi : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.
- /Akman, Sermet
- /Burcuoğlu, Halûk
- /Altöp, Atilla
- Teoman, Ömer : “Tek Satıcılık Hakkının Üçüncü Kişiler Tarafından İhlâli Durumunda Haksız Rekabete İlişkin Kuralların Uygulanma Olanağı”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu X, Ankara 9 Nisan 1993, s. 25-76.
- Tercier, Pierre : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, İstanbul 2020.
- /Pichonnaz, Pascal
- /Develioğlu, H. Murat

- Tiernon, John L. : The Doctrine of Lumley v. Gye, Doktoral Thesis, Cornell Law School, Historical Theses and Dissertations Collection, Paper 76, 1895, https://scholarship.la.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1066&context=historical_theses (Erişim Tarihi: 01.09.2021).
- Topuz, Murat : “İsviçre Borçlar Kanunu’nun (OR) Genel Hükümlerine İlişkin 2020 Tasarısında Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkilerinin Düzenleniş Biçimi ve Türk Borçlar Kanunu ile Karşılaştırılması”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan Cilt:3, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, C. 22, S. 3, Y. 2016, s. 2693-2714.
- Troller, Kamen : Grundzüge des schweizerischen Immaterialgüterrecht, 2. überarbeitet Auflage, Basel-Genf-München 2005.
- Tuor, Peter (begründet von)
/Schnyder, Bernhard
/Schmid, Jörg
/Rumo-Jungo, Alexandra : Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2009.
- Tutucu, Aslı
/Odaman, Serkan : “İş Kanunu 15. Madde Uyarınca İşyerini Terkeden İşçiyi Çalıştıran Yeni İşveren Sorumluluğunun Koşulları ve Hukuki Niteliği”, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, Cilt: 2, İstanbul 2001, s. 1385-1414.
- Türkoğlu Özdemir, Gökçe : “Roma Haksız Rekabet Hukukuna İlişkin Olarak Actio Servi Corrupti”, AÜHFD, C. 54, S. 4, Y. 2005, s. 213-233.
- Tüysüzöğlu, İlkay : Yeni İşveren Sorumluluğu, Ankara 2015.
- Ulmer, Peter : Der Vertragshändler, München 1969.
- Ulusoy, Sümeyye : İfade Hürriyetinin Genel Ahlakın Korunması Sebebiyle Sınırlandırılması, Ankara 2021.
- Umur, Ziya : Roma Hukuku Lüğatı, İstanbul 1975.
- Uşan, M. Fatih : İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), 1. Baskı, Ankara 2003.
- Ülgen, Hüseyin
/Helvacı, Mehmet
/Kaya, Arslan
/Nomer Ertan, N. Füsün : Ticari İşletme Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2022.

- Ülken, Hilmi Ziya : Ahlâk, İkinci Baskı, İstanbul 2001.
- Ülkü, Vural : Almanca-Türkçe Büyük Sözlük, İstanbul 2006.
- van Boom, Willem H.
/Koziol, Helmut
/Wittings, Christian A.
(Editors) : Tort and Insurance Law Vol. 9, Pure Economic Loss, Austria 2004.
- van Dam, Cees : European Tort Law, 2. Edition, Oxford 2013.
- Vito, Roberto : Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002.
- von Büren, Bruno : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich 1964.
- von Savigny, Friedrich Carl : System des heutigen römischen Rechts, Band I, Berlin 1840, <https://www.digitale-sammlungen.de/en/view/bsb10565874?q=%28Savigny,+Friedrich+Carl+von%3A+%22System+des+heutigen+r%C3%B6mischen+Rechts%22+Band+I%29&page=394,395>.
- von Tuhr, Andreas
(Çev.: Cevat Edege) : Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, Cilt: I, II, Ankara 1983.
- Werro, Franz : “Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund nach Art. 41 OR” in: Zeitschrift für schweizerisches Recht, 1997 (116), I. Halbband, s. 343-386.
- Wolff, Karl : Grundriss des österreichischen bürgerlichen Rechts, 4. Auflage, Wien 1948.
- Yavuz, Cevdet
/Acar, Faruk
/Özen, Burak : Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Birinci Cilt-İkinci Cilt, 11. Baskı, İstanbul 2022.
- Yelbaşı, Cengiz : Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, Ankara 2014.
- Yeşiltepe, Salih Önder : “Tek Satıcılık Sözleşmesinde Tekel Hakkının Üçüncü Kişilere Karşı İleri Sürülmesi”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, Y. 2017, s. 133-151.
- Yung, Walter : “Principes fondamentaux et problèmes actuels de la responsabilité civile en droit suisse” (Grundprinzipien und aktuelle Fragen des schweizerischen Haftpflichtrecht), Colloque franco-germano-suisse sur les fondementes et les fonctions de la responsabilité civile (Deutsch-französisch-

schweizerisches Colloquim über die Grundlagen und Funktionen des Haftpflichtrechts, (Herausgegeben von Frédéric-Edouard Klein), Basel und Stuttgart 1973, s. 93-149.

Yücer, İpek

: “Alt Kira”, AÜHFD, C. 57, S. 3, Y. 2008, s. 791-829.

Zeller, Ernst

: True und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot, Zürich 1981.

Zevkliler, Aydın

/Gökyayla, K. Emre

: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 21. Bası, İstanbul 2021.

Zulliger, Felix

: Eingriffe Dritter in Forderungsrechte, Zürich 1988.

<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2015-10105-k-2016-901-t-27-1-2016> (Erişim Tarihi: 05.04.2022).

SÖZLEŞMEYE MÜDAHALEDEN DOĞAN HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU

ÖZET

Türk Hukuk Sisteminde haksız fiil sorumluluğu kapsamında bir zararın karşılanabilmesi için zarar gören konu üzerinde mutlak bir hak olması ya da bir koruma normunun ihlal edilmesi dolayısıyla zararın ortaya çıkması gerekir. Nispi bir hak konusuna üçüncü kişi tarafından zarar verilmesi, doktrindeki hâkim görüş tarafından haksız fiil sorumluluğu kapsamında kabul edilmez. Üçüncü kişinin nispi hak borçlusunu borcu ihlale sevk etmek suretiyle hak konusunun zarara sebep olması durumunda da durum böyledir. Özellikle üçüncü kişinin sözleşmeden doğan nispi hak konusuna kendi fiili ile zarar vermiş olması, sözleşmenin nispiliği ilkesi kapsamında haksız fiil olarak değerlendirilmez. Ancak bu kabul, üçüncü kişinin kasıtlı olarak alacaklının zararına hareket ettiği uyuşmazlıklarda hakkaniyetsiz sonuçlara yol açmaktadır. Bu düşünceden hareketle pek çok hukuk sisteminde nispi hak konularına üçüncü kişiler tarafından zarar verilebileceği kabul edilmekte, söz konusu fikri savunan akademik çalışmalar yapılmaktadır.

Bu çalışma kapsamında sözleşmeye müdahale eden üçüncü kişilerin, müdahalelerinden zarar doğması hâlinde bu zararın haksız fiil hükümleri çerçevesinde karşılanıp karşılanamayacağı konusu ele alınmaktadır. Çalışmada ilk olarak konuya dair terimler, konunun kapsamı ve sınırları ile karşılaştırmalı hukuktaki yeri ele alınmıştır. Sonrasında ise haksız fiil hükümleri ile özel uyuşmazlık grupları çerçevesinde sorumluluğun ortaya çıkıp çıkmadığı incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Sözleşmeye müdahale, haksız fiil, ahlâka aykırı fiil, çifte sözleşme, tek satıcılık.

LIABILITY ARISING FROM INTERFERENCE WITH THE CONTRACT

ABSTRACT

In the Turkish Legal System, in order for a loss to be covered within the scope of tortious act liability, there must be an absolute right on the damaged subject or the damage must occur due to a violation of a protection norm. Damage to a relative right subject by a third party is not considered within the scope of tort liability by the prevailing opinion in the doctrine. This is also the case when the subject of the right causes damage by causing the third party's relative right debtor to violate the debt. In particular, the fact that the third party has damaged the relative right arising from the contract by his own act is not considered as a tort within the scope of the principle of relativity of the contract. However, this acceptance leads to unfair results in disputes where the third party deliberately acts to the detriment of the creditor. Based on this idea, it is accepted that in many legal systems, third parties can harm relative rights issues, and academic studies are carried out defending the idea in question.

Within the scope of this study, the issue of whether the third parties who intervene in the contract can be compensated within the framework of tortious acts in case of damage due to their intervention is discussed. In the study, first of all, the terms related to the subject, the scope and limits of the subject and its place in comparative law are discussed. Afterwards, it has been examined whether liability has arisen within the framework of tort provisions and special dispute groups.

Key Words: Interference to contract, tort, immoral act, double contract, exclusive seller.