

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI

BORÇLAR HUKUKU

GENEL BÖLÜM

Birinci Cilt

Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu

Borçlar Hukukuna Giriş

Hukuki işlem

Sözleşme

Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış
4 üncü Bası'dan 7 inci Tıpkı Bası

11.01.2011 tarihli ve 6098 sayılı yeni Borçlar Kanunu
hükümleri bu kitapta yer almamaktadır.

FİLİZ KİTÂBEVİ
İSTANBUL
2017

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ/ SEROZAN /ARPACI

BORÇLAR HUKUKU

GENEL BÖLÜM

Birinci Cilt

Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu

Borçlar Hukukuna Giriş

Hukuki İşlem

Sözleşme

Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış
4 üncü Bası'dan 7 inci Tıpkı Bası

11.01.2011 tarihli ve 6098 sayılı yeni Borçlar Kanunu
hükümleri bu kitapta yer almamaktadır.



FİLİZ KİTABEVİ
İSTANBUL
2017

EKİM 2017

ISBN: 978-975-368-312-8

Copyright© Bu kitabın Türkiye'deki yayın hakları Filiz Kitabevi Basım Yayın Dağıtım Petrol Ürünleri San. ve Tic. Ltd. Şti.'ne aittir. Her hakkı saklıdır. Hiçbir bölümü ve paragrafı kısmen veya tamamen ya da özet halinde, fotokopi, faksimile veya başka herhangi bir şekilde çoğaltılamaz, dağıtılamaz. Nonnal ölçüyü aşan iktibaslar yapılamaz. Normal ve kanuni iktibaslarda kaynak gösterilmesi zorunludur.

Baskı: Yılmaz Basım Yayıncılık ve Kağıt Ürünleri

Sertifika No: 27185

YAYINLAYAN:

Filiz Kitabevi Basım Yayın Dağıtım
Petrol Ürünleri Sanayi ve Tic. Ltd. Şti.

Cemal Yener Tosyalı Cad.

No: 57/A Vefa/İST.

Tel: (212) 527 07 18

Fax: (212) 519 20 71

www.filizkitabevi.com

Yayıncı Sertifika Numarası: 15544

4. BASI'DAN 7. TIPKI BASI'YA

ÖNSÖZ

Bu basıda kitabın içeriğinde herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Sadece 01.7.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ve diğer kanunlarda yapılan ve bu kitapta incelenen konulan ilgilendiren önemli değişiklikler, Yrd. Doç. Dr. Tülay AYDIN ÜNVER tarafından hazırlanarak, kitabın sonunda gösterilmiştir. Değişikliklere ilişkin açıklamalarda, kitapta konunun işlendiği ilgili paragraflara ayrıca atıf verilmiştir.

Prof Dr. Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ.....	1
§ 1. Borçlar Hukukunun Konusu ve Borçlar Kanunu	
1. Genel Olarak.....	1
II. Borçlar Kanununun Sistematığı	3
§ 2. Borç Kavramı	
I. Genel Olarak.....	5
fi. Borç Menfaati	14
III. Borç İlişkisinin Nisbi Karakteri.....	15
1. Genel Olarak	15
2. Üçüncü Kişilerin Borç İlişkisine, Borç İlişkisinin Üçüncü Kişilere Etkili Olduğu Bazı İhtimaller	18
a. Üçüncü Bir Kişi Borç İlişkisi Üzerinde Etkili Olabilir	18
b. Borç İlişkisi Üçüncü Kişiler Üzerinde Etkili Olabilir	18
aa. Üçüncü Kişi Lehine Sözleşme	18
bb. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme	20
3. Borç İlişkisinden Doğan (Nisbı) Hakların Kuwetlendirilmesi	25
a. Tapu Kütüğüne Şerh Edilebilen Kişisel Haklar	25
b. Zilyetlik Vasıtası ile Kişisel Hak Sahibinin Durumunun Kuwetlenmesi	25
N. Borç ve Sorumluluk	26
1. Genel Olarak	26
2. Sorumluluğun Çeşitleri	29
a. Kişi ile Sorumluluk, Malvarlığı ile Sorumluluk	29
b. Malvarlığı ile Sorumluluğun Çeşitleri (Sınırsız Sorumluluk ve Sınırlı Sorumluluk)	29
aa. Sınırsız Sorumluluk.....	29
bb. Sınırlı Sorumluluk	29
aaa. Konu Bakımından Sınırlı Sorumluluk	30
bbb. Eşya ile Sorumluluk (Ayni Sorumluluk)	30

il. HuJ.aiken Önemli Olguların Hukuki Olaylar ve Hukuki Fiiller Diye İkiye Aynılması.....	83
III. Hu.1nıka Aykırı Fiiller ve Hukuka Uygun Fiiller	84
IV. Hu.kuka Uygun Fiillerin Çeşitleri.....	84
1. İrade Açığa Vurmaları.....	84
a. Hukuki işlemler	84
b. Hukuki İşlem Benzeri Fiiller	84
c. Maddi Fiiller	85
2. Tasavvur (Görüş, Bilgi) Açığa Vurmaları	86
3. İlis (Duygu) Açığa Vurmaları	86
V. Hukuki İşlemler ve Dar Anlamda Hukuki Fiiller	86

§ 10. Hukuki İşlem Kavramı

I. İrade Beyanı ve Hukuki Sonuç İlişkileri	87
II. Hukuki İşlem Kavramının Bir Soyutlamadan İbareti Olması	89
M. İrade Beyanı ve Hukuki İşlem Kavramları Arasındaki İlişkiler	90
1. Genel Olarak	90
2. Hukuki işlem Olgusunda İrade Beyanı Dışında Kalan Başka (Dar Anlamda) Olguların Yer Alabilmesi	91
3. Hukuki İşlemin Hükümlerini Doğurması İçin Gerçekleşmesi Gerekli Diğer Şartlar	92

§ 11. Hukuki İşlemin Çeşitleri

1. Genel Olarak.....	94
II. Hukuki İşlem Olgusu Açısından Hukuki İşlemin Çeşitleri.....	94
1. Bir Taraflı Hukuki İşlemler	94
2. İki veya Çok Taraflı Hukuki İşlemler	95
a. Sözleşme.....	95
aa. Genel Olarak.....	95
bb. Borç Sözleşmesinin Çeşitleri	98
aaa. Birinci Aynın: Bir Tarafa ve İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmeler.....	98
bbb. İkinci Aynın: Ön Sözleşme ve Asıl Sözleşme (BK. m. 22).....	100
aaaa. Ön Sözleşme Kavramı.....	100
bbbb. Ön Sözleşmede Şekil.....	105
cccc. Ön Sözleşmeden Doğan Borcun İfa Edilmemesi.....	105
dddd. Ön Sözleşme ve Benzer Kavramlar	110

- Opsiyon Hnkkı Doğuran Sözleşme	110
- Sözleşme Tasarısı (Projesi)	110
- Niyet Mektubu	111
- Centilmen Anlaşmaları	111
- Çerçeve Sözleşme	112
b. Karar	113
11. Hukuki İşlemin Doğurduğu Hukuki Sonuçlara Göre Çeşitleri.....	114
1. Kazandınna Kavramı	14
a. Genel Olarak	114
b. Bazı Kazandınna Çeşitleri	15
aa. İvazlı (= Karşılıklı) ve İvazsız(= Karşılıksız) Kazandırmalar.....	15
bb. İştirakli (Katılmalı) Kazandınnalar	116
2. Kazandırmanın Hukukî Sebebi (Causa)	116
a. Hukukî Sebebi (Causa) Kavramı ve Çeşitleri	116
b. Sebebe bağlı (İlli) ve Sebepten Mücerret (Soyut) Kazandırmalar....	119
aa. Genel Olarak	119
bb. Sebebe Bağlı ve Sebepten Mücerret (Soyut) Borçlanma İşlemleri (Özellikle Soyut Borç İkrarı) (BK. m. 17).....	119
cc. Sebebe Bağlı ve Soyut Tasarruflşlemleri	129
§ 12. Hukukî İşlemin Temel Unsuru Olarak İrade Beyanı Kavramı	
I. Genel Olarak.....	130
II. Otomatikleştirilmiş İrade Beyanları	131
§ 13. Güven İlkesi ve İrade Beyanının Unsurlarına İlişkin Eksikliklerin Bu İlke Karşısında Değerlendirilmesi	
I. Güven İlkesi ve Bunun İrade Nazariyesi Karşısındaki Yeri	132
II. Hukukî Sonuç İradesinden Yoksun İrade Beyanları.	135
1. Genel Olarak	135
2. BK. m. 1 ile BK. m. 23 vd. Arasındaki ilişki	136
III. Beyan İradesi veya Bilincinden Yoksun İrade Beyanları	140
§ 14. Açık (Sarih) ve Örtülü (Zımni) İrade Beyanları	
I. Genel Olarak	142
II. Açık (Sarih) İrade Beyanı.....	143
11. Örtülü (Zımni) İrade Beyanı	144
1. İradeyi Gösteren Hareketler (Facta Concludentia).....	144

2. irade Faaliyeti (İcraatı, Etkinliği).....	144
3. Susma (Sül"11t)	146
a. Genel Olarak	146
b. Teyit Mek'tllbu.....	148

§ 15. Varması Gerekli İrade Beyanları

I. Genel Olarak	153
il. Beyanın Yapılması.....	153
ill. Beyanın Vannası.....	155
1. Genel Olarak	155
2. Varma Ne Vakit Gerçekleşir?	156
a. Karşı Karşıya Bulunan Kişiler Arasında.....	156
b. Karşı Karşı Bulunmayan Kişiler Arasında	157
3. Varma Açısından Sözlü ve Yazılı Beyanlar Arasında Fark Var mıdır?.....	160
4. Süre	164

İKİNCİ ALT BÖLÜM

SÖZLEŞMENİN KURULMASI

§ 16. Sözleşmenin Kurulmasına İlişkin Genel Bilgiler

I. Sözleşme ve Sözleşme ile Kurulan Hukuki Düzenlemenin Birbirinden Aynılması	165
II. Değişik Sözleşme Kurma Teknikleri.....	166
1. İcap ve Kabul Yolu ile Sözleşmenin Kurulması (Klasik Yöntem)	167
2. Sözleşmenin icap ve Kabul Ayrımı Yapmak İmkânı Olmaksızın Görüşmeler Sonucu Hazırlanan Metnin Birlikte Benimsenmesi Yolu ile Kurulması.....	168
a. Genel Olarak	168
b. Sözleşme Görüşmelerine İlişkin Anlaşmalar	169
3. Sözleşmenin Taraflardan Biri Tarafından Hazırlanmış Genel İşlem Şartlarına Diğer Tarafın Katılması ile Kurulması	170

§ 17. Sözleşmenin Esaslı Noktaları-İkinci Derecede (Yan) Noktaları Ayrımı Açısından Uyuşma ve Uyuşmazlık

I. Uyuşma ve Uyuşmazlık Kavramları	71
1. Uyuşma.....	171
a. Normal (fiili) uyuşma	171

b. Normatif(fnrozi, vnrsnyımsnl) uyuşma	I
2. Uyuşmazlık.....	172
il. Uyuşmanın Kapsnını.....	172
1. Genci Olarak.....	172
2. Esaslı Noktalar ve Ynn (İkinci Derecede) Noktalar	174
a. Esaslı noktalar.....	174
aa. Objektif açıdan esaslı noktalar.....	174
bb. Sübjektif açıdan esaslı noktalar.....	175
b. Yan (İkinci Derecede) Noktalar	176
3. BK. m. 2/1 Uyarınca Sözleşmenin Ne Vakit kurulmuş Sayılabileceği.....	76
a. Hükmün Niteliği.....	176
b. Hükmün Uygulama Alanı.....	176
4. Sözleşmedeki Boşluğun Doldurulması.	178
5. Şek.il Hükümlerinin Saklı Olması (BK. m. 2/III).....	179

§ 18. İcap

I. Genel Olarak.....	179
1. Kavram.....	179
2. İcaba Davet (Invitatio ad offerandum).....	182
a. Genel Olarak.....	182
b. Artırma ve eksiltmelerdeki durum	183
c. Tarife, fiyat listesi, katalog vs. göndermenin kural olarak icap sayılmaması (BK. m. 7/ff)	183
d. Bağlamayan İcaplar (BK. m. 7/1)	188
3. Semenini Göstererek Emtia Teşhirinin Kural Olarak İcap Sayılması (BK. m. 7/111).....	189
4. İsmarlanmamış (Sipariş Edilmemiş) Bir Malın Gönderilmesinin İcap Sayılmaması.	191
5. İcabın Hukuki Niteliği	193

§ 19. İcabın Bağlayıcılığı

I. Kavram.....	94
II. Bir Süre Kaydı İçermeyen (Süresiz) İcaplar	195
1. Hazır Olan Kişiler (Karşı Karşıya veya Yüz Yüze olanlar) arasında İcap (BK. m. 4)	195
2. Gaippler (Karşı Karşıya veya Yüz Yüze Olmayanlar) Arasında icap (BK. m. 5)	198

a. Genel Kural.....	198
b. icabın karşı tarafa geç varması.....	199
c. Zamanında ve düzenli biçimde gönderilen kabul beyanının icapçıya geç ulaşması.....	200
aa. Genel Olarak.....	200
bb. BK. m. 5/111 hükmünün kıyas yolu ile uygulanabileceği durumlar.....	201
IH. Bir Süre Kaydı İçeren (Sürelî) İcaplar	202

§ 20. Kabul

I. Hukukî Niteliği.....	203
il. Kabulde Bulunması Gerekli Nitelikler.....	204
III. Örtülü (Zımni) Kabul.....	205
1. İrade Faaliyeti Yolu İle Kabul	205
2. Susma ile Kabul (BK. m. 6).....	205

§ 21. İcabın ve Kabulün Geri Alınması veya Hükümden Düşmesi

I. İcabın Geri Alınması.....	208
il. Kabulün Geri Alınması.....	209
III. İcabın veya Kabulün Hükümden Düşmesi	210

§ 22. Sözleşmenin Kurulması ve Hükümlerini Doğurmaya Başlaması

I. Sözleşmenin Kurulması.....	210
II. Karşı Karşıya (Hazır) Olmayan Kişiler Arasında Sözleşmenin Hükümlerini Doğurduğu An	211
1. Genel Olarak.....	211
2. Sahş Sözleşmesinde Hasarın Ne Vakit Alıcıya Geçtiğini (BK. m. 183) Tespit Etme Açısından BK. m. 10'dan Yararlanmak İm.kanı Varmıdır?.....	212
3. Sözleşmenin Susma ile Kurulmuş Olması.....	213

§ 22a. Mesafeli Sözleşmelerin Kurulmasına İlişkin Özellikler

1. Mesafeli Sözleşme Kavramı.....	213
II. Mesafeli Sözleşmelere İlişkin Düzenlemenin Temelinde Yatan Değerlendirmeler	216
m. Ön Bilgilerin Tüketiciye Verilip Bu Hususun Yazılı Olarak Teyit Ettirilmesinin Sözleşmenin Kurulması veya Geçerliliği Üzerindeki Etkisi.....	217
1. Genel Olarak	217

2. Uygulanacak Yaptırımlar	222
a. Tüketiciyi Koruma mevzuatını dayalı yaptırımlar	222
b. Borçlar Hukukuna dayalı yaptırımlar	225

§ 23. Genel İşlem Şartları

I. Genel Olarak	225
II. Genel İşlem Şartlarının Yargısal Denetimi	232
1. Genel İşlem Şartlarının Tarafların Rızası ile Sözleşmenin İçeriğine Girmesi	232
a. Açık (Sarih) benimseme ile	232
b. Örtülü (zımnı) benimseme ile	234
c. Global benimseme ile	236
2. Genel İşlem Şartlarının Yorumlanması	238
3. Genel İşlem Şartlarında İçerik Denetimi	239
a. İdari ön denetim	239
b. Yargısal denetim	240
aa. Karşı tarafta bir tüketicinin yer aldığı sözleşmelerde içerik denetimi	240
bb. Tüketici Sözleşmesi Niteliğini Taşımayan Standart Sözleşmelerde İçerik Denetimi	254

§ 24. İlan Yolu ile Yapılan Vaatler

I. Genel Olarak	257
II. İlan Yolu ile Ödül Vaadi	258
1. Hukukî Niteliği	258
a. İcap görüşü	258
b. Bir taraflı irade beyanı ile borç altına girme (pollicitatio) görüşü ...	258
2. Şartları	259
3. Sonuçları	I
III. Ödüllü Yanşma Vaatleri	265
1. Hukukî Niteliği	265
2. yarışmayı Düzenleyen veya Jürinin Vereceği Karara İtiraz imkanı Olup Olmadığı	266
IV. İlan Yolu ile Yapılan Vaadin Geri Alınması (BK. m. Sm)	267

ÜÇÜNCÜ ALT BÖLÜM

HUKUKİ İŞLEMLERDE, ÖZELLİKLE SÖZLEŞMELERDE ŞEKİL

§ 25. Şekil Kavramı ve Çeşitleri

I. Şekil Kavramı	270
1. Genel Olarak	270
2. Şeklin Yararları ve Sakıncaları	271
a. Yararları.....	271
b. Sakıncaları.....	272
II. Şeklin Çeşitleri.....	272
1. Şekil Zorunluluğunun Kaynağı Açısından	272
a. Kanuna Dayanan (kanuni, yasal) şekil.	272
b. Sözleşmeye dayanan (nzai) şekil.	273
2. Şeklin Fonksiyonlarına Göre	273
a. Geçerlilik (sıhhat) şekli	273
b. İspat şekli.....	273
c. Geçerlilik ve ispat şekilleri arasındaki farklar ve ilişkiler.	274
aa. Farklar.....	274
bb. İlişkiler	275
aaa. Birinci ilke.....	275
bbb. İkinci ilke	275
3. Kullanılan Vasıtalarla Göre	276
a. Sözlü şekil.....	276
b. Adı yazılı şekil	276
c. Resmi yazılı şekil veya kısaca resmi şekil	276
4. Sözleşmelerde Şekle Bağlanması Gerekli İrade Beyanlarına Göre	277

§ 26. Kanundan Doğan Bir Şekil Olarak Adı Yazılı Şekil

I. Metin.....	277
II. İmza	280
I. Ana kural: El Yazısı ile İmza	280
a. Genel Olarak	280
b. Amaların imzası (BK. m. 14/I.II)	283
c. İmza atma iktidarından yoksun kişilerin durumu	287
2. Elektronik imza	292

III. Teleks ve Telcfnks Aracılığı ile Gönderilen Metinler Borçlar Kanunundnki Yıızılı Şekil Şartını Gerçekleştirir mi?	298
1. Genel Olarak.....	298
2. Teleks	299
3. Telcfaks	300

§ 27. Resmi Şekil

I. Genel Olarak	303
il. Resmi Senedin Çeşitleri	304
III. Resmi Şeklin Bazı Özellikleri	304
1. İtnza	305
2. Resmi Şekilde Yapılacak Sözleşmeler Gaip (Karşı Karşıya veya Yüz Yüze Olmayan Kişiler) Arasında Düzenlenebilir mi?.....	306
3. Unitas Actus (İşlemde Birlik) Kuralı	306

§ 28. Şekle Bağlı İşlemde Değişiklik Yapılması

I. Ana Kural	307
11. İstisna	308

§ 29. Şekle Uymamanın Sonuçları

I. Şekil Eksikliği Kavramı.....	309
TI. Şekil Eksikliğinin Yaptırımına İlişkin Görüşler	309
1. Yokluk Görüşü	309
2. İptal Edilebilir Olma Görüşü	309
3. Kesin Hükümsüzlük (Butlan) Görüşü	310
4. Kendine Özgü (sui generis) Hükümsüzlük Görüşü.....	310
III. Görüşlerin Ana Hatları ile Değerlendirilmesi	310

§ 30. Şekil Eksikliği Sebebiyle Hükümsüzlüğün Hakkın Kötüye Kullanılmasını Yasaklayan MK. m. 2ffî Hükümü ile Sınırlanması

I. Genel Olarak.....	314
il. Hakkın Kötüye Kullanılması Sayılabilecek Durumları Belirlemede Başvurulacak Yöntem	314
III. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı Yolu ile Şekil Eksikliğine Dayalı Geçersizliğin Ortadan Kalkmış Sayılacağı Olguların Gruplandırılması	317
1. Genel Olarak	317

2. Her iki Tarafın da Şekle Uymayan Sözleşmeden Doğan Borçlarını Tam Olarak veya Büyük Bölümü itibarıyla İfa Etmiş Olması.	317
3. Tam İfa ile Bir Tutulamayacak Diğer İfa Halleri veya Tam İfanın Şekil Eksikliği Bilinmeden Gerçekleşmiş Olması	319
4. Sözleşmenin Her İki Tarafça Hiç İfa Edilmemiş Olması	322
IV. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Söz Konusu Olduğu Durumlarda Kesin Hükümsüzlüğün (Butlanın) Etkisiz Kalması.	326
1. Şekil Eksikliği Bulunan Sözleşmenin Geçerli Sayılması.....	326
2. MK. m. <i>111</i> hükmünün sadece mağdur (haksızlığa uğramış) taraf yararına uygulanabilmesi	327
V. Şekil Eksikliğine Yol Açan Tarafın Tazminat Yükümlülüğü.....	328

§ 31. Tarafların Anlaşması ile Kabul Edilen (Rızai) Şekil

I. Genel Olarak	330
II. BK. m. 16'da Öngörülen Karineler	331
1. Birinci Karine (BK. m. 16/1).....	I
2. İkinci Karine (BK. m. 16/II).....	332

DÖRDÜNCÜALTBÖLÜM

SÖZLEŞMELERİN YORUMU VE TAMAMLANMASI

§ 32. Sözleşmelerin Yorumlanması

I. Genel Olarak	333
II. Belli Başlı Yorum Araçları	335
III. Bazı Yorum İlkeleri	337
IV. Taraflarca Kararlaştırılmış Yorum İlkeleri (Yorum Anlaşmaları)	339
V. Şekle Bağlı İşlemlerin Yorumlanması	339
VI. Yorum ve Sözleşmenin Nitelenmesi	340

§ 33. Sözleşmenin Tamamlanması (Tamamlayıcı Yorum)

1. Ana Kural	340
II. İstisnalar.....	341
III. İlginç Bir Örnek.....	343

BEŞİNCİ ALT BÖLÜM

İRÂDE BOZUKLUKLARI VE GABİN

§ 34. İrâde Bozuklukları Kavramı, Zihni Kayıt ve Ciddi Olmayan Beyanlar

I. İrâde Bozuklukları Kavramı.....	344
ii. Zihni Kayıt (Reservatio Mentalis)	345
III. Ciddi Olmayan Beyanlar	346

§ 35. Muvazaa veya Danışıklı İşlem (İnançlı İşlem ile Karşılaştırmalı Olarak)

I. Muvazaa Kavramı ve Çeşitleri.....	347
1. Kavram.....	347
2. Çeşitleri.....	347
a. Basit (saf) muvazaa.....	347
b. Nitelikli (vasıflı) muvazaa	348
3. Muvazaa Anlaşması ve Muvazaanın Uygulama Alanı	348
4. Nitelikli (Vasıflı) Muvazaanın Değişik Görünüm Biçimleri	350
a. Sözleşmenin niteliğinde muvazaa.....	350
b. Kısmi muvazaa	351
c. Tarafta muvazaa.....	353
II. Muvazaa'nın Yaptırımı	356
1. Taraflar Arasında.....	356
2. Üçüncü Kişilere Karşı	362
m. İnançlı İşlem.....	365
1. İnançlı İşlem Kavramı, Çeşitleri, Hukuki Niteliği	365
a. Kavram	365
b. Çeşitleri.....	368
c. Hukuki niteliği	368
2. Güvenenin Korunması	369
a. BK. m. 41/II'ye Dayanan Koruma.....	369
b. Vekalet Hükümlerine Dayanan Koruma	370
aa. Güvenenin BK. m. 393/I'de öngörülen kanuru temlikten yararlanması	370
bb. Güvenilenin iflas etmesi halinde, güvenenin, vekilin kendi adına ve güvenen hesabına iktisap ettiği taşınır malların iflas masasından ayırma hakkına sahip olması (BK. m. 393/III)	372
3. İnanç Sözleşmesinin Açık Veya Gizli Olabilmesi.....	374

4. Araya Sokulan Kişi Aracılığıyla (per interposilam personam) Yapılan İşlemler (Nam-ı müstear meselesi)	378
IV. Muvazaa ve Kamına Karşı Hile	388
1. Kanwıa Karşı Hile ("fraus legis") Kavramı.	388
a. Gerçek anlamı ile kanuna karşı hile (veya kısaca, gerçek kanuna karşı hile)	388
b. Gerçek olmayan anlamda kanuna karşı hile (veya kısaca, gerçek olmayan kanuna karşı hile)	389
2. Kanuna Karşı Hile'nin Yaptınmı ve Modern Hukukta Bağımsız Bir Kanuna Karşı Hile Kavramına Yer Olup Olmadığı	393
3. Sözleşmeye Karşı Hile	394

§ 36. Hata

I. Kavram ve Uygulama Alanı	395
1. Kavram	395
2. Uygulama Alanı	395
II. Borçlar Kanununda Öngörülen Esaslı Hata Halleri ve Bazı Özel Durumlar	397
1. Genel Olarak.....	397
2. BK. m. 24'de Sayılan Esaslı Hatalar	398
a. Sözleşmenin Niteliğinde (mahiyetinde) hata (Error in negotio) (BK. m. 24/I, b. 1).....	398
b. Kişide (şahısta) hata (Error in persona) (BK. m. 24/1, b. 2)	399
c. Şeyde hata (Error in corpore, error in objecto) (BK. m. 24/I, b. 2)	399
d. Miktarda hata (Error in quantitate) (BK. m. 24/1, b. 3).....	400
e. Temel Hatası (BK. m. 24/1, b. 4).....	402
aa. Kavram ve unsurları	402
bb. Konusu Parça Borcu Olan Satış Sözleşmesinde Alıcı, Ayıp Hükümleri Yanında Temel Hatasına Da Seçimlik Olarak Dayanabilmek mi?.....	410
3. Esaslı Hata Kavramının Tanımlanması (Tarifi).....	418
a. Genel Olarak	418
b. BK. m. 25 hükmü esaslı hata kavramına dahil midir?	418
4. Özel Bazı Durumlar	419
a. Vasıtanın hatası	419
b. Hukuki sonuçlarda hata.....	421
c. Okunmadan imzalanan belge	423
d. Beyaza (açığa) imza.....	425

na. Beyaza imza ntın ile metni doldurun karşı lımf urnsmdnki ilişki	425
bb. Beyaza imzn nlnn ile üçüncü kişiler urosındaki ilişki	429
111. Esaslı HatmHn Yaptırınl1	429
1. Sözleşmenin Yanılanca iptal Edilebilir Olması ve Bunun Anlamı	429
2. İptal Beyanı ve Sonuçları	438
3. İptal Hakkının Düşinesi.....	444
4. Sürekli Borç İlişkisi Doğuran Sözleşmelerde iptalin Etkisi	444
5. Kısınlı iptal	445
6. Hatanın Düüstlük Kuralına Aykırı Biçimde Öne Sürülememesi TBK. ol. 25)	445
7. Hataya Düşenin Tazminat Ödeme Yükümlülüğü (BK. m. 26).....	446
a. Genel Olarak	446
b. BK. m. 26'ya Dayanarak Olumsuz Tazminat Miktarını Aşan Bir Tazminat İstenebilmesi	452
c. Tazminat talebinin söz konusu olamayacağı hal (BK. m. 26/1, c. 2)	453
d. BK. m. 26'dan Doğan Sorumluluğun Hukuki Niteliği	454

§ 37. Hile

I. Hile Kavramı ve Çeşitleri.....	454
1. Hile Kavramı	454
a. Genel Olarak.....	454
b. Birinci Unsur: Hile Eylemi	455
aa. Aktif Bir Davranış Sonucu Gerçekleşen Hile	455
aaa. Genel Olarak.....	455
bbb. Reklam Yolu ile Hile Yapılabilir mi?.....	457
bb. Pasif Bir Davranış (Susma) Sonucu Gerçekleşen Hile	459
c. İkinci unsur: Hilenin sonuç doğurması.....	461
2. Belli başlı hile ayrımları	463
a. Asli Hile-Fer'i (Yan) Hile	463
b. Karşı Tarafın Hilesi-Üçüncü Kişinin hilesi	464
II. Hilenin Hükünıleri.....	465
1. Hile ile Yapılan İşlemin İptali	465
a. Genel Olarak	465
b. BK. m. 25/II Hile Halinde Uygulanabilir mi?	469

c. Hilenin defî yolu ile öne sürülmesi	470
2. Tazminat talebi	471
a. Sözleşmenin iptaline ek olarak tazminat istenmesi	471
b. Sözleşmeyi İptal Etmekten Vazgeçmek Suretiyle Öne Sürülen Tazminat Talebi	472

§ 38. İkra (Korkutma, Tehdit)

I. Genel Olarak	473
II. Belli başlı İkra (Korkutma) Aynmları	478
1. Asli İkra-Fer'i (Yan) İkra	478
2. Karşı Tarafın İkra-Üçüncü Kişinin İkra	478
III. İkra Hükümleri	479
1. İptal hakkı	479
2. Tazminat isteme hakkı	480

§ 39. Gab

1. Kavram	480
II. Hukuki Niteliği	481
III. Şartlar	484
1. Karşılıklı Edimler Arasında Açık Nispetlilik	485
2. Sömürülenin Zayıf Durumu	488
a. Hiffet (Hafiflik)	488
b. Tecrübesizlik (Deneyimsizlik)	488
c. Müzayaka (Zor Durum, Sıkıntılı Durum)	489
d. BK. m. 21'deki Üç Hal Sınırlayıcı Olarak mı Gösterilmiştir?	491
3. Sömürülenin Bilerek Karşı Tarafın Zayıf Durumundan Yararlanmış Olması	492
4. "Kum Yığını Teoremi" (Sandhaufentheorem) Türk Hukukunda Uygulanabilir mi?	494
5. Tacir Sifatını Taşıyan Sömürülen Ticari İşlerinde BK. m. 21 Hukukuna Dayanabilir mi?	494
IV. Sonuçlar	494
V. Gab (BK. m. 21) ve Ahlak Aykırılık (BK. m. 20/I) Arasındaki İlişki	500

ALTINCI ALT BÖLÜM

SÖZLEŞME SERBESTİSİ VE SINIRLARI

§ 40. Sözleşme Serbestisi Kavramı

I. İrade Özerkliği, Sözleşme Serbestisi ve Anayasa Hükümleri.....	503
ii. Sözleşme Serbestisinin Çeşitli Anlamları	505

§ 41. Sözleşmeyi Yapıp Yapmama Özgürlüğü Açısından Sözleşme Serbestisinin Sınırları

1. Kural.....	507
ii. İstisnalar.....	508
1. Karnının Açık Hükmü ile Öngörülen Sözleşme Yapma Zorunluluğu	508
2. Kamu Hukukundan Doğan Sözleşme Yapma Zorunluluğu	508
3. Özel Hukuktan Doğan Sözleşme Yapma Zorunluluğu.....	509
4. 4822 Sayılı Kanunla Değişik 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanundan Doğan Sözleşme Yapma Zorunluluğu	523
a. Mal arzı	523
b. Hizmet arzı.....	526

§ 42. Sözleşmenin Konusunu (İçeriğini) Serbestçe Düzenleme Özgürlüğü Açısından Sözleşme Serbestisinin Sınırları

I. Sınırlı Sayı (Numerus Clausus) ve Tipe Bağlılık İlkelerinin Geçerli Olmaması.....	527
II. Sözleşme Serbestisinin Sınırları Açısından BK. m. 19 ve BK. m. 20 Arasındaki İlişki	529
1. Genel Olarak.....	529
2. BK. m. 19/II'ye Verilecek Anlam ve Bu Açıda Sözleşme Serbestisinin Sınırlarının Belirlenmesi.....	530
III. Hukuka Aykırılık.....	534
1. Genel Olarak.....	534
a. Hukuk düzeninin doğrudan doğruya böyle bir sözleşmenin yapılmasını yasaklaması	535
b. Hukuk düzenince kurulması yasaklanmamış olan sözleşmenin, içeriğinde yer alan bazı hükümler (tarafların edimlerine ilişkin düzenlemeler) açısından hukuka aykırı olması	535
c. Taraflara güdülen dolaylı ortak amacın hukuka aykırı olması.....	535
d. Kanuna karşı hile	536
2. Hukuka Aykırılık Halleri.....	536

a. Emredici Kanun Hükümlerine Aykırılık.....	536
b. Kanunun Yasaklayıcı Hükümlerine (Kanuni Yasaklara) Aykırılık.....	538
c. Kamu Düzenine Aykırılık.....	546
d. Kişilik Haklarına Aykırılık	552
A7. Ahlaka Aykırılık	552
1. Ahlaka Aykırılık Kavranu	552
2. Ahlaka Aykırılığın Gerçekleşme Biçimleri	556
a. Doğrudan Doğruya Böyle Bir Sözleşme Yapılmasının Veya Sözleşmede Vaat Edilen Edimin Ahlaka Aykırı Olması	557
b. Sözleşme ile Takip Edilen (Dolaylı) Amacın Ahlaka Aykırı Olması.....	558
c. Sözleşme İçeriği İle Doğrudan Bağlantılı Olarak Sözleşmenin Kurulma Tarzının Ahlaka Aykırı Olması (Özellikle Banka Kredi Sözleşmeleri Açısından)	559
3. Ahlaka Aykırılığın Tarafların Davranışları ile Değil Hukuki Düzenleme ile İlgili Bulunması.....	565
4. Kişilik Haklarına Aykırı Sözleşmeleri Yasaklayan MK. m. 23 ile Ahlaka Aykırılık Butlanını Düzenleyen BK. m. 20 Arasındaki İlişki	567
V. İmkansızlık.....	580

§ 43. Hukuki İşlemlerde Yokluk ve Hükümsüzlük

1. Yokluk.....	580
11. Hükümsüzlük.....	582
1. Klasik "Kesin Hükümsüzlük" ve "İptal Edilebilirlik" Aynını ve Bunun Aşılması	582
a. Kesin Hükümsüzlük (Butlan).....	582
b. İptal Edilebilirlik.....	588
aa. Gerçek Anlamı ile Bir İptal Hakkı Doğuran İptal Edilebilirlik.....	588
bb. Gerçek Olmayan Anlamda Bir İptal Hakkı Doğuran İptal Edilebilirlik.....	590
c. Klasik Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik Ayrımının Aşılmasında İlk Adım: Karma Hükümsüzlükler veya Ara Kademeler.....	590
d. Klasik Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik Ayrımının Aşılmasında İkinci Adım: Esnek Hükümsüzlük (Esnek Butlan).....	591
aa. Sınırsız (mutlak) Esneklik Görüşü	591
bb. Sınırlı Esneklik Görüşü.....	593

2. Diğer Hükümsüzlük Çeşitleri	595
u. Eksik İşlemler	595
b. Sadece Belirli Kişilere Karşısı (nisbi) Hükümsüzlük	598
c. Hakimın Takdirine Bağlı (taksiri) Hükümsüzlük	599

§ 44. Kısmi Hükümsüzlük ve Çevirme

1. Kısmi Hükümsüzlük	600
1. Genel Olarak Borçlar Kanununun Sistemi	600
2. Kısmi Hükümsüzlük Çeşitleri	603
3. Bölünbilirlik İlkesi	606
a. Genel Olarak	606
b. Sözleşmenin Esaslı Noktaları Açısından	609
ii. Çevirme (Konversiyon, Tahvil)	611
1. Genel Olarak	611
2. Çevirmenin Dayandığı Hukukî Temel.	612
a. Yonun Görüşü	612
b. Kısmi Hükümsüzlük görüşü	614
c. Kanun Boşluğu Görüşü	615
3. Çevirmenin Şartları	616
a. Birinci şart: Kesin hükümsüz bir işlem bulunmalıdır	616
aa. Eksik (askıda hükümsüz işlemlerde) çevirme	616
bb. İptal edilebilir işlemlerde çevirme	617
b. İkinci şart: İşlemin Geçersiz Olduğu Taraflarca Bilinmemelidir	617
c. Üçüncü Şart: Çevirme Hükümsüzlüğü Öngören Normun Anlam ve Amacına Ters Düşmemelidir	619
d. Dördüncü Şart: Yedek işlemin Geçerlilik Şartları Gerçekleşmiş Olmalıdır	619
e. Beşinci Şart: Yedek İşlem Kesin Hükümsüz İşlem ile Aynı veya Benzer Sonuçlar Doğuran, Fakat Ondaki İleriye Gitmeyen Bir Nitelik Taşınmalıdır	620
f. Altıncı Şart: Tarafların Yaptıkları İşlemin Geçersiz Olduğunu Bilselerdi Yedek İşlemi İstemiş Olacakları Söylenilmelidir	621

İKİNCİ BÖLÜM

TEMSİL

§ 45. Temsil Kavramı ve Temsillerin Çeşitleri

I. Temsil Kavramı	622

1. Genel Olarak	622
2. Bilgide Temsil	624
3. Temsil ve Vekalet.....	628
II. Temsilin Çeşitleri.....	629
1. Kanuni (Yasal) Temsil ve İradi Temsil.....	629
2. Dolaylı (Dolayısı ile) Temsil-Doğrudan Doğruya Temsil	632
a. Dolaylı Temsil.....	632
b. Doğrudan Doğruya Temsil (Dolaylı Temsil ile Karşılaştırmalı Olarak).....	633
3. Aktif Temsil-Pasif Temsil.....	634
§ 46. Temsil Yetkisi	
I. Hukuki Niteliği ve Özellikleri.....	637
II. İç Temsil Yetkisi-Dış Temsil Yetkisi	640
1. Genel Olarak.....	640
2. Dış Temsilin Gerçekleşme Biçimleri	642
a. Açık irade beyanı	642
b. Temsil Olunanın Fiili (Eylemli) Davranışları.....	643
aa. Katlanma Suretiyle Yaratılan Hukuki Görünüşe Dayalı Temsil Yetkisi	643
bb. İhmal Suretiyle Yaratılan Hukuki Görünüşe Dayalı Temsil Yetkisi.....	644
3. Dış Temsil Yetkisinin Verilmesinde İrade Bozukluk.Jan.....	646
4. Kamu Hukuku Çerçevesinde Verilen Bir Yetkiye Dayalı Olarak Bir Özel Hukuk İşleminin Yapılması	648
III. Temsil Yetkisinin Temel (İç) ilişkiden Bağımsızlığı	649
IV. Ehliyet.....	655
1. Temsil Olunan Açısından.....	655
2. Temsilci Açısından	656
V. Temsil Yetkisinin Kapsamı.....	656
1. Genel Olarak.....	656
2. Temsil Yetkisinin Konusuna Göre Kapsamının Belli Edilmesi.....	657
a. Özel Temsil Yetkisi	657
b. Belirli bir türe (kategoriye) dahil işlemlerin yapılması için verilen yetki	657
c. Genel temsil yetkisi	657
aa. İç (temel) ilişki açısından	657

bb. Dış ilişki (temsil yetkisi) nçısından	657
3. Konu Dışında Kılın Esaslara Göre Yetkinin Kapsımının Belli Edilmesi	663
VI. Birlikte Temsil Yetkisi ve Alt Temsil Yetkisi	663
1. Birlikte Temsil Yetkisi	663
a. Genci Olarak	663
b. Çeşitleri	663
aa. Müteselsil (Dayanışmalı, Zincirleme) Temsil	663
bb. Elbirliğiyle (Ortaklaşa) Temsil	664
2. Alt Temsil Yetkisi	666
a. Gerçek Alt Temsil.	666
b. Gerçek Olmayan Alt Temsil.	668
VII. Şekil	669
VIII. Temsilcinin Kendi Kendisiyle veya Her İki Tarafın Temsilcisi Olarak İşlem Yapması	671

§ 47. Doğrudan Doğruya Temsilin Hukuki Sonuçlarının Gerçekleşmesi İçin Aranılan Şartlar

1. Temsilci Temsil Yetkisine Sahip Olmalıdır	675
II. Temsilci Temsil Olunan Adına Hareket Etmiş Olmalıdır	675
1. Açıklama İlkesi	675
2. Açıklama İlkesinin İstisnası: İlgili için İşlem	680
a. İlgili İçin Açık İşlem	680
b. İlgili İçin Örtülü İşlem	684

§ 48. Temsil Yetkisinin Sona Ermesi

1. Genel Olarak	687
II. Temsil Yetkisinin Geri Alma Dışında Kalan Sebeplerle (Kanun Gereği) Sona Ermesi	688
1. Kanunda Açıkça Öngörülmemiş Sona Erme Sebepleri	688
a. Temsilcilikten Çekilme (istifa)	688
b. İşin Görülmesi, Sürenin Geçmesi, Bozucu Şartın Gerçekleşmesi	688
2. Kanunda Öngörülen Sona Erme Sebepleri (BK. m. 35)	688
a. Ölüm ve Gaiplik Kararı	689
aa. Temsil Olunan Ölmesi	689

bb. Temsilcinin Ölümü.....	695
cc. Gaiplik Kararı	695
b. Tüzel Kişiliğin Son Bulması (BK. m. 35/II).....	696
aa. Temsil Olunan Açısından.....	696
bb. Temsilci Açısından.....	696
c. Fiil Ehliyetinin Kaybı.....	697
aa. Temsil Olunan Açısından	697
bb. Temsilci Açısından	701
d. İflas.....	703
aa. Temsil Olunanın İflası.	703
bb. Temsilcinin İflası	703
3. Temsil Yetkisinin Geri Alma Dışındaki Sebeplerle Sona Ermesinin Sonuçları.....	704
a. Durumun Özellikle BK. m. 37 Hükmü Açısından İncelenmesi	704
b. Bir Yetki Belgesi (vekaletname) düzenlenmiş olması halinde (BK. m. 36).....	706
m. Temsil Yetkisinin Geri Alınması (BK. m. 34).....	708
I. Genel Olarak	708
2. Üçüncü Kişilerin İyiniyetinin Korunması.	710
a. Genel Kural.....	710
b. BK. m. 37 Hükmü Temsil Yetkisinin Geri Alma Suretiyle Son Bulması Halinde Uygulanabilir mi?	712
c. BK. m. 34/III Çerçevesinde Kendisine Bildirim Yapılan Üçüncü Kişi Hangi Andan İtibaren Kötüniyetli Sayılır?	712
d. Temsil Yetkisi Verildiğine İlişkin Bildirimin Temsil Olununca Düzenlenmiş Bir Yetki Belgesinin (Vekaletnamenin) Üçüncü Kişiye İbraz Edilmesi Suretiyle Gerçekleşmiş Bulunması Halinin Özellikleri	713
e. Bir Yetki Belgesinin Düzenlenip Temsilciye Verildiği Hallerde, BK. m. 33/11 ile BK. m. 34/III Arasındaki İlişki	715
3. Temsil Yetkisinin Geri Alınması Halinde Üçüncü Kişilerin İyiniyetini Koruyan Hükümler Hangi Sıra İçinde Ele Alınıp İncelenmelidir?.....	720

§ 49. Yetkisiz Temsil

I. Kavram ve Uygulama Alanı.	721
il. Temsil Olunan ile Üçüncü Kişi Arasındaki İlişki Açısından, Yetkisiz Temsilcinin Üçüncü Kişi ile Temsil Olunan Adına Yaptığı Sözleşmenin Durumu	723

1. Sözleşmenin Askıdan Hükümsüz Olması	723
2. Temsil Olunanın İcazeti ile Sözleşmenin Geçerlilik Kazanması	723
3. Üçüncü Kişi Temsil Olunanın icazet Vermesini Beklemeden Bir Taran, İrade Beyanı ile Sözleşmeden Dönebilir veya Sözleşmeyi Temel Hıtnsı, Hile Gibi İrnde Bozukluklarının Dnyonarak İptal Edebilir mi?	730
III. Üçüncü Kişinin Yetkisiz Temsilciden Talep Edebileceği Tazminat.	735
1. Temsil Olunan Tnmfındı.ın icazet Verilmemesi Halinde Yetkisiz Temsilciden Talep Edilecek Tazminat (BK. m. 39)	736
a. Kural: Yetkisiz Temsilcinin Kusunu Aranmaksızın Olumsuz Zararlardan Sorumlu Tutulması (BK. m. 39/1)	736
b. İstisna: Yetkisiz Temsilcinin Kusurlu Olması ve Hakkaniyetin Gerektinnesi Halinde Hakimin Daha Yüksek Bir Tazminata Hükmedebilmesi (BK. m. 39/II)	739
c. Yetki Eksikliğini Bilen veya Bilmesi Gereken Üçüncü Kişinin Tazminat İsteme Hakkından Yoksun Bırakılması	742
2. Temsil Olunanın İcazet Vererek Sözleşmenin Geçerliliğini Sağlaması Halinde Yetkisiz Temsilciden İstenebilecek Geciktirme Tazminatı	745
IV. Üçüncü Kişinin Temsil Olunana Karşı Öne Sürebileceği Tazminat Talepleri	747
1. Temsil Olunanın Kendi Culpa in Contrahendo'sundan Sorumlu Tutulması	747
2. Temsil Olunanın Yardımcı Kişi Konumundaki Yetkisiz Temsilcinin Davranışından BK. m. 100 Hükümü Kıyas Yolu ile Uygulanmak Suretiyle Sorumlu Tutulması.....	747
V. Temsil Olunan ile Yetkisiz Temsilci Arasındaki İlişki.....	751
VI. İstihkak ve Sebepsiz İktisap Davalarının Saklı Kalması (BK. m. 39/III).....	752
 § 50. Yetkisizlik ile İlgili Özel Durumlar: Temsil Yetkisinin Kötüye Kullanılması-Temsil Olunan Tarafından Verilmiş Talimata Uyulmaması-Başkasının Adı Altında İşlem Yapılması	
I. Temsil Yetkisinin Kötüye Kullanılması.....	752
1. Kavratn	752
2. Yaptırım (Müeyyide)	760
II. Temsilcinin Temsil Olunan Tarafından Verilmiş Talimata Uyuması	761
1. Talimat kavramı	I

2. Temsilcinin Talimata Uymadan İşlem Yapmasının Hukuki Sonucu	762
3. Talimata Aykırı İşlemler Temsil Yetkisinin Kötüye Kullanılmasının Özel Bir Çeşidi Sayılabilir mi?	765
İN. Temsilcinin Başkasının Adı Altında İşlem Yapması.	768
1. Karşı Karşıya Olan Kişiler Arasında.....	769
a. A'nın Adını Kullanan T'nin Sözleşmeyi Kendisi İçin İsteddiği Durumlarda.....	769
b. A'nın Adı Altında Hareket Eden T'nin Sözleşmeyi Kendisi Değil Doğrudan Doğruya A İçin İsteddiği Durumlarda	770
2. Karşı Karşıya Olmayan Kişiler Arasında	771
 § 51. Temsile İlişkin Özel Hükümlerin Saklı Tutulması	
EK: Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliği İncelenip Değerlendirilmesi	775

Türk Borçlar Kanunu'nda ve Diğer Kanunlarda Yapılan Değişiklikler

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu	779
6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu.....	791
6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun	793
Eski Borçlar Kanunu'ndaki Kavramların Yeni Borçlar Kanunu'ndaki Karşılıkları	815
Kural Dizini.....	821

**SADECE YAZARIN ADI VEYA BİR KISALTMA İLE
ANILAN ESERLER•**

- AKYOL, Şener**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler I, İstanbul, 1995.
- ASLAN, İ. Yılmaz**, Tüketici Hukuku, 2. bası, Bursa 2004; 3. bası, Bursa 2006¹.
- BAR, Rolf**, Vorlesung "Schweizerisches Obligationenrecht", Die Stellvertretung, 1969.
- BASLER KOMMENTAR**, Obligationenrecht I (Herausgeber: **HonscUNogt/Wiegand**), 3. Auflage, Basel 2003^{2,3}.
- BECKER, H.**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Obligationenrecht, I. Abteilung, 2. Auflage, Bern 1941; II. Abteilung, Bern 1934.
- BROX, Hans**, Allgemeiner Teil des BGB, 29. Auflage, Köln 2005.
- BROX/WALKER**, Allgemeines Schuldrecht, 30. Auflage, München 2004.
- BUCHER, Eugen**, Berner Kommentar, Band I: Einleitung und Personenrecht, 2. Abteilung, 1. Teilband, Art. 11-26 ZGB, Bern 1976.
- BUCHER, Eugen**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1988.
- BUCHER, Eugen**, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich 1988.
- von BÜREN, Bruno**, Schsveizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964.
- COMMENTAIRE ROMAND**, Code des obligations I, edite par **Luc Thevenoz** et **Franz Verro**, Bale 2003⁴.
- DESCHENAUX, Henri**, Der Einleitungstitel, in: Schweizerisches Privatrecht, Band II, Basel 1967.
- ENGEL, Pierre**, Traite des obligations en droit suisse, 2. edition, Berne 1997.
- ENGEL, Pierre**, Contrats de droit suisse, 2. edition, Beme 2000.
- ENNECCERUS/LEHMANN**, Recht der Schuldverhältnisse (Enneccerus/Kipp/Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Band), 14. Auflage, Tübingen 1954.

*) Bu listenin dışında kalan kitap ve makalelere her paragrafta ilk anıldıkları yerde tam referans verilmiştir.

1) 3. basıya olduğu belirtilmeyen yollamalar 2. basıya yapılmıştır.

2) Bu esere her defasında ilgili maddeyi şerh eden yazarın adı ve **Basler Komm.** kısaltması ile yollama yapılmıştır.

3) Kitabımız matbaada iken bu eserin 4. basısı çıkmıştır.

4) Bu esere her defasında ilgili maddeyi şerh eden yazarın adı ve **CR** kısaltması ile yollama yapılmıştır.

- ENNECCERUS/NIPPERDEY**, Allgemeiner Teil des Biirgerlichen Rechts (Enneccerus/Kipp/Wolff, Lehrbuch des Biirgerlichen Rechts, I. Band), 15. Auflage, Tübingen 1960.
- EREN, Fikret**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 8. bası, İstanbul 2003; 9. bası, İstanbul 2006⁵.
- ESENER, Turban**, Borçlar Hukuku, I, Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği, Ankara 1969.
- FELLMANN, Walter**, Bemer Kommentar, Band VI/2, 4. Teilband, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Bem 1992.
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, cilt I, 2. bası, İstanbul 1976.
- FLUME, Werner**, Allgemeiner Teil des Biirgerlichen Rechts, Band II, Das Rechtsgeschäft, 2. Auflage, Berlin Heidelberg, 1975.
- GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, I-II, 8. Auflage, Zürich 2003⁶.
- GAUTSCHI, Georg**, Bemer Kommentar, Das Obligationenrecht, VI/2, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Bem 1960.
- GIGER, Hans**, Bemer Kommentar, Das Obligationenrecht, Band VI/2, 1. Teilband, Art. 189-210 OR, 2. Auflage, Bem 1977.
- GUGGENHEIM, Daniel**, le droit suisse des contrats, Principes generaux, Tome I: la conclusion des contrats, Geneve 1991.
- GUHL/KOLLER/SCRNYDER/DRUEY**, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich 2000.
- HOFSTETTER, Joseph**, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: Schweizerisches Privatrecht VII/6, Basel 2000.
- HUGUENIN, Claire**, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 2006.
- JAGGI/GAUCH**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, Teilband V 1b, Art. 18 OR, Zürich 1980.
- JAUERNIG**, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 10. Auflage, München 2003⁷.
- KARAHASAN, Mustafa Reşit**, Sorumluluk Hukuku, Birinci Kitap: Sözleşmeler, İkinci Kitap: Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, İstanbul 1996.
- KARAHASAN, Mustafa Reşit**, Türk Borçlar Hukuku, İstanbul 1992.
- KARAHASAN, Mustafa Reşit**, Türk Borçlar Hukuku, İstanbul 2002-2004.

5) 9. basıya olduğu belirtilmeyen yollamalar 8. basıya yapılmıştır.

6) **Gauch/Schlupe** tarafından kaleme alınan bu eserin birinci cildi **Schmid**, ikinci cildi **Rey** tarafından yenilenmiştir. Bu sebeple birinci cilde **Gauch/Schlupe/Schmid**, ikinci cilde ise **Gauch/Schlupe/Rey** şeklinde yollama yapılmıştır.

7) Bir başka yazar tarafından şerh edilen maddelerde **Jauernig'in** adının yanına bu yazanın adı eklenmiştir.

- KELLER/SCHÖBI**, Das Schweizerische Schuldrecht, Band 1, Allgemeine Lehren des Vertragsrecht, 3. Auflage, Basel 1988.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 5. bası, Ankara 2005; 7. bası, Ankara 2006⁸.
- KOLLER, Alfred**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Bem 1996; 2. Auflage, Bem 2006⁹.
- KOZIOL/VELSER**, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I, Allgemeiner Teil und Schuldrecht, 10. Auflage, Wien 1995.
- KÖHLER, Helmut**, BGB Allgemeiner Teil, 24. Auflage, München 1998; 28. Auflage, München 2004¹⁰.
- KRAMER/SCHMIDLIN**, Berner Kommentar, Band VI/1, 1. Teilband, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Bem 1986¹¹.
- KRAMER, Ernst A.**, Berner Kommentar, Band VI/1, 2. Teilband, Unterteilband 1a, Inhalt des Vertrages, Kommentar zu Art. 19-22 OR, Bem 1991.
- KURU, Baki**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, İstanbul 2001.
- LARENZ, Kari**, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987.
- LARENZ, Kari**, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Auflage, München 1989.
- LARENZ/WOLF**, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Auflage, München 1997; 9. Auflage, München 2004¹².
- LEHMANN, Heinrich**, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 12. Auflage, Berlin 1960.
- LEIPOLD, Dieter**, BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Tübingen 2002.
- MEDICUS, Dieter**, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 2003.
- MEDICUS, Dieter**, Allgemeiner Teil des BGB, 8. Auflage, Heidelberg 2002.
- MERZ, Hans**, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Schweizerisches Privatrecht VI/1, Basel 1984.
- MERZ, Hans**, Vertrag und Vertragsschluss, 2. Auflage, Freiburg 1992.
- MERZ, Hans**, Berner Kommentar, 1/1, Einleitung, Art. 1-10 ZGB, Bern 1962 içinde ZGB Art. 2 şerhi.

8) 7. basıya olduğu belirtilmeyen yollamalar 5. basıya yapılmıştır.

9) 2. basıya olduğu belirtilmeyen yollamalar 1. basıya yapılmıştır.

10) 28. basıya olduğu belirtilmeyen yollamalar, 24. basıya yapılmıştır.

11) Bu esere, **Kramer'in** şerh ettiği maddelerde sadece **Kramer'in**, **Schmidlin'in** şerh ettiği maddelerde ise sadece **Schmidlin'in** adı anılarak yollama yapılmıştır.

12) 9. basıya olduğu belirtilmeyen yollamalar 8. basıya yapılmıştır.

- MÜNCRENER KOMMENTAR** zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, München 1993 .
- OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 3. bası, İstanbul 2000; 4. bası, İstanbul 2005¹ .
- OSER/SCHÖNENBERGER**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, 2. Auflage, 1. Halbband, Zürich 1929; 2. Halbband, Zürich 1936.
- PALANDT**, Bürgerliches Gesetzbuch, 57. Auflage, München 1998; 64. Auflage, München 2005¹⁵.
- SAYMEN/ELBİR**, Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, cilt 1-2, İstanbul 1958.
- SCHMIDLİN, Bruno**, Semer Kommentar, Band VI/1, 2. Teilband, Unterteilband Ib, Mangel des Vertragsabschlusses, Kommentar zu Art. 23-31 OR, Bern 1995.
- SCHMIDLİN, Bruno**, Bkz. Kramer/Schmidlin.
- SCHÖNENBERGER/JAGGI**, Kommentar zu Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, 3. Auflage, Teilband V Ia, Zürich 1973.
- SCHWARZ, Andreas B.**, (çeviren Dr. Bülent Davran), Borçlar Hukuku Dersleri, I. Cilt, İstanbul 1948.
- SCHWENZER, Ingeborg**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Bern 2003; 4. Auflage, Bern 2006⁶.
- TANDOĞAN, Haluk**, Notions preliminaires à la theorie generale des obligations, Geneve, 1972.
- TANDOĞAN, Haluk**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, cilt I, 5. Bası, İstanbul 1988.
- TANDOĞAN, Haluk**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, cilt II, 3. bası, Ankara 1987.
- TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.
- TERCIER, Pierre** (avec la collaboration de **Silvio Venturi**), Les contrats speciaux, Zürich 2003.
- von TUHR, Andreas**, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, unveränderter Nachdruck der ersten Auflage, Berlin 1957.
- von TUHR/PETER**, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band 1/1, 3. Auflage, Zürich 1974; Band 1/2, 3. Auflage, Zürich 1979.

13) Bu esere yollama yapılırken, her defasında ilgili maddeyi şerh eden yazarın adının yanına **MünchKomm.** kısaltması eklenmiştir.

14) 4. basıya olduğu belirtilmeyen yollamalar 3. basıya yapılmıştır.

15) 64. basıya olduğu belirtilmeyen yollamalar 57. basıya yapılmıştır.

16) 4. basıya olduğu belirtilmeyen yollamalar 3. basıya yapılmıştır.

, von TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Auflage, Zürich 1974.

von TUHR/PETER/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Supplement, Zürich 1984.

TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, cilt I, Genel Hükümler, 6. bası, İstanbul 1976.

TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auflage, Zürich 2002.

uYGUR, Turgut, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Ankara 2003.

ÜSTÜNDAĞ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, cilt I-II, 7. baskı, İstanbul 2000.

ZACH, Roger, Bemer Kommentar, Band VI, Obligationenrecht, 1. Abteilung, 2. Teilband, 2. Unterteilband, Stellvertretung (Art. 32-40 OR), Bem 1990.

KISALTMALAR

A .	: Auflage (bası)
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
ABGB	: Das Allgemcine Bürgerliche Gcsetzbuch (Avusturya Medeni Kanunu)
AcP	: Archiv für die civilistische Praxis
Ad. D.	: Adalet Dergisi
agc	: Adı geçen eser veya yazı
Art.	: Artikel, Article (madde)
AT	: Allgemeiner Teil
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	: bent
Basler Komm.	: Basler Koromentar
Berner Kornm.	: Berner Kommentar
Bd.	: Band (Cilt)
8GB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, amtliche Sammlung (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Resmi Külliyyatı)
BGH	: Bundesgerichtsbof
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BK	: Borçlar Kanwm
Bkz.	: Bakınız
BT	: Besonderer Teil
c.	: cümle
CR	: Commentaire Romand
Diss.	: Dissertation (Doktora tezi)
DÜİ-İFD	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E .	: Esas
ed.	: Edition
Einl.	: Einleitung
Federal Mahkeme	: (Alman Federal Mahkemesi olduğu ayrıca belirtilmedikçe) İsviçre Federal Mahkemesi
FG	: Festgabe
FJS	: Fiches Juridiques Suisses
FS	: Festschrift
GH	: Genel Hükümler
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
ic. if. K.	: İcra ve İflas Kanunu
İçt. Bir. Kar.	: İçtihatları Birleştirme Kararı

tıdo	: İlmî ve Kaznî içtihatlar Dergisi
iÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
isv.	: İsviçre
JdT	: Journal des Tribunaux
JuS	: Juristische Schulung
JZ	: Juristenzeitung
K.	: Karar
Krş.	: Karşılaştırınız
m.	: Madde
MHAD	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MK.	: Türk Medeni Kanunu
Münch.Komm.	: Müncher Kommentar
N.	: Randnote (Kenar numarası)
N.F.	: Neue Folge
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
OR	: Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
ÖBİ	: Özel Borç İlişkileri
Praxis	: Die Praxis (Übersetzungen, unveröffentlichte Entscheide, Kommentare zu Leitentscheiden)
recht	: recht (Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis)
RG	: Resmi Gazete
RGZ	: Entscheidungen des (deutschen) Reichsgerichtes (Zivilsachen)
RKD	: Resmi Kararlar Dergisi
s.	: Sayfa
Sem.Jud.	: La Semaine juridique
SJZ	: Schweizerische Juristen-Zeitung
SR	: Schuldrecht
TBH	: Türk Borçlar Hukuku
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TD	: Ticaret Dairesi
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
v.	: VOn
vd.	: ve devamı
Vorbern.	: Vorbemerkungen
vs.	: Vesaire (ve benzerleri, diğerleri)
Yarg.	: Yargıtay
YD	: Yargıtay Dergisi
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
ZBN	: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)
ZPO	: Zivilprozessordnung (Alman Hukuk Yargılama Usulü Kanunu)
ZSR	: Zeitschrift für Schweizerisches Recht
Zürcher Komm.	: Zürcher Kommentar

GİRİŞ

§ 1. Borçlar Hukukunun Konusu Ve Borçlar Kanunu

I. Genel Olarak

Borçlar Kanunu, borç ilişkilerini (münasebetlerini) düzenleyen hukuk dalıdır. Kanun 1 e 1 gı 1 er, 4 Elpm, J9-26'da 11 deni Kanun ile birlikte yürürlüğe giren Borçlar Kanunu (Xaq.iu). Ün9a: yer almaktadır.

Roma-Pandekt Hukukunun en çok etkisi altında bulunan Borçlar Kanununun, Medeni Kanundan şeklen ayn bir kanun olarak karşımıza çıkmasının sebebi tarihi bazı olaylara dayanmaktadır. Kanun (tıpkı Medeni Kanun gibi) İsviçre Borçlar Kanunundan, ufak tefek bazı değişikliklerle tercüme edilmiştir. İsviçre'de ise, çeşitli kanton mevzuatı arasında Medeni Hukuk alanında birlik ilk önce 1881 tarihli Borçlar Kanunu vasıtası ile sağlanmıştır. Daha sonra 1907 tarihli Federal Medeni Kanun kabul edilince, mevcut Borçlar Kanununun yeni Medeni Kanuna uydurulması amacı ile değiştirilip, tamamlanması ile yetinilmiş, bu iki kanun tek bir kanun halinde birleştirilmemiştir. Orada 30 Mart 1911'de son şeklini alan Borçlar Kanunu, Medeni Kanun ile birlikte 1 Ocak 1912'de yürürlüğe girmiştir. Her iki kanunun olduğu gibi Türkçeye aktarılması, bizde de şeklen bu iki kanun arasında ayrılığa yol açmıştır. Ne var ki bu aynın sırf *şeklidir*. Gerçekte, Borçlar Kanunu ile Medeni Kanun birbirlerinin ayrılmaz bir parçasıdır. Aralarında organik bir birlik vardır¹. Bu nokta, doğrudan doğruya her iki kanunun metninden de anlaşılmaktadır:

Yürürlükten kalkmış bulunan eski Medeni Kanunun 5. maddesine göre

1) Bununla beraber 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanununun hazırlık çalışmalarında kısmen farklı bir düşünce hakim olmuş ve Borçlar Kanununun gerek kıdemi gerekse doğumu açısından hiç bir zaman Medeni Kanun ile tam olarak kaynaşmıyacak başlı başına bir kanun olduğu ileri sürülmüştür. Bu düşüncenin bir sonucu olarak da, Borçlar Kanunu, Mederi Kanundan ayn bir kanun olarak bırakılmıştır. Profesör Andreas Heusler'in 1912 yılında yazdığı bir yazıda, Borçlar Kanunu, bu görüşün ışığı altında "Medeni Kanunun bir parçası ve bağımsız kanun kavramları arasında melez bir varlık" olarak nitelenmiştir (Schönenberger, Allg. Einleitung, N. 63).

"Akidlerin iu 'ikadma ve liikiimlerine ve sukutu sebeplerine taalluk edip borçlar kısmında beyan olunan umumf kaideler, medenf hukukun diğer kısımlarında dahi caridir."

Buna karşı 1 Ocak 2002 günü yürürlüğe giren 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 5. maddesi şöyledir:

C. Genel Nitelikli Hükümler

Madde 5 - Bu kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine u gy lg.wr.

Her iki hüküm karşılaştırıldığı vakit, yeni 5. maddenin çok daha başarılı biçimde ifade edildiği ve eski MK. m. 5'e yöneltilen eleştirileri bertaraf ettiği görülmektedir. Gerçekten, eski MK. m. 5 hükmünün metni çok *dardır* ve sadece sözleşmenin kurulmasına, hükümlerine ve sona ermesine ilişkin genel hükümlerin Medeni Hukukun diğer alanlarında da uygulanabileceğini beyan etmektedir. İsviçre'de, bu dar ifadenin kanuna geçmesi, kanun koyucunun isteği dışında, hazırlık çalışmalarına ilişkin burada üzerinde durulmayacak bir aksaklık yüzünden gerçekleşmiştir². Maddenin lafzı (sözü) dışında kalan genel hükümlerden yararlanmamak için bir sebep bulunmadığına göre, İsviçre öğretisindeki hakim fikir oybirliği ile, MK. m. 5 (İsv. MK. m. 7) hükmünün *geniş* (sanki sadece - herhangi bir sınırlama yapmaksızın - Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine yollama yapıyormuş gibi) anlaşılmasını yerinde olarak kabul etmektedir³. Böylece, eski MK. m. 5'in sözü dışında kaldıkları halde, örneğin "Borçların nevileri" başlığı altında (BK. m. 141-161) düzenlenen kurumlar (teselsül, şart, cezai şart vs.) veya alacağın temliki ve borcun nakline ilişkin hükümler de (BK. m. 162-181), MK. m. 5'deki yollamaya dahil sayılacaklardır⁴.

2) Bkz. **Friedrich**, Berner Kommentar, Einleitung Art. 1-10 ZGB, Bern 1962, Art. 7, N. 33-34; **Deschenaux**, s. 51, 58.

3) **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, s. 20; **Friedrich**, Art 7, N. 35, 37; **Deschenaux**, s. 53; **Schönenberger**, Ali. Einleitung, N. 65.

4) Eski MK. m. 5'de Borçlar Hukukunun genel hükümlerine yapılan yollama *şeklf* anlamda genel hükümleri mi, yoksa *maddi* anlamda genel hükümleri mi kastetmektedir? Bu sorunun cevabı tartışmalıdır. *Bir fikre göre* (bu fikirde: **Deschenaux**, s. 54 vd.), söz konusu yollamada adı geçen genel hükümler maddi anlamda genel hükümlerdir. Şu halde, genel nitelik taşıyan hükümlerin Borçlar Kanununun hangi kısmında (m. 1-181'i içine alan "Umumi Hükümler" de mi veya m. 182-544'de düzenlenen "Akdin Muhtelif Nevileri"nde mi) yer aldığı önemli değildir. Önemli olan, ister Borçlar Kanununun Genel Hükümler Kısmında, ister Özel Borç İlişkilerini düzenleyen kısmında bulunsun, hükmün genel bir nitelik taşımasıdır. Bu açıdan genel nitelik taşıyan bir hükme Borçlar Kanununun "öze]" kısmında rastlanabileceği gibi (**Deschenaux**'ya göre vekaletsiz iş gönenin her iki çeşidine ait hükümler, BK. m. 1-66'da öngörülen borç kaynakları yanında ayn bir borç

Yeni MK. m. 5 hükmü karşısında ortada böyle bir problem kalmamıştır. Zira, buna göre, Borçlar Kanununun *genel nitelikli tiim /ükiimleri tiim Özel Hukuk ilişkilerine* uygulanacaktır. Görüldüğü gibi, bu hükümlerin uygulama alanı sadece Medeni Hukuk ilişkileriyle sınırlı da değildir.

- Medeni Kanunda boşluk olan noktalarda, Borçlar Kanunu'nda yer alan genel hüküm *doğrudan doğruya* ve *mekanik* bir şekilde değil, söz konusu *Aledenif Hukuk ilişkisinin niteliğine uygun düştüğü* ölçüde ve kıyas yolu ile uygulanacaktır⁵. Eski MK. m. 5 hükmünde yer almayan bu şart, "uygun düştüğü ölçüde" ibaresinin gösterdiği gibi yeni MK. m. 5'de açık ifadesini bulmuştur.

Medeni Kanunda yer alan genel nitelikli bazı kuralların Borçlar Hukuku ilişkilerinde uygulanması da mümkündür. Bu açıdan, yalnız Medeni Kanunun ilk 7 maddesinde yer alan Başlangıç bükümleri değil, Kişiler Hukuku kitabındaki fiil ehliyetine ait hükümler (MK. m. 9 vd.) ille akla gelen örnekleri teşkil ederler⁶. Bu konuya eski MK. m. 5'de hiç değinilmediği halde, "Bu kanun" diye başlayan yeni MK. m. 5 hükmü bu meseleyi de düzenlemiştir. Son olarak işaret edelim ki, Borçlar Kanununun en son maddesi olan m. 544

"Kanunu Medenfnin mütemmimi (tamamlayıcısı) olan işbu kanun, merbut tashihler ile beraber kabul edilmiştir"

diyerek iki kanun arasındaki bağıllığı bir kere daha ifade etmektedir.

İsviçre-Türk Hukuklarında, BGB §§ 1-240'dan farklı olarak, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu, tüm Özel Hukukta geçerli olabilecek bir "Genel Hükümler" bölümü içermemektedir. İnceleme konusu yaptığımız MK. m. 5 hükmü sayesinde Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda yer alan genel nitelikteki hükümlere bu fonksiyon (işlev) tanınmış olmaktadır⁷.

il. Borçlar Kanununun Sistematiği

Türk Hukukunda Borçlar Kanunu iki kısımdan meydana gelmektedir.

2

kaynağı teşkil ettiklerinden, buna örnek olarak gösterilebilir), Borçlar Kanununun Genel Kısımında yer aldığı halde genel bir nitelik taşımayan hükümler bulunabilir (Aynı yazara nazaran, BK. m. 110'daki garanti sözleşmesinde veya BK. m. 54, 55, 56, 58'deki özel sorumluluk hükümlerinde olduğu gibi). Yeni MK. m. 5 hükmü "Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri"nden söz açarak bu görüşü benimsemiştir.

5) Deschenaux, s. 58; Friedrich, Art. 7, N. 50 vd.

6) Bu konuda bkz: Deschenaux, s. 63 vd.

7) Bu konuda bkz. Friedrich, Art. 7, N. 6, 34; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 20; Deschenaux, s. 6, 50; Schwarz, Medeni Hukukta umumi kısım meselesi, mevzuatta ve hukuk ilminde tarihte ve bugün, Medeni Kanunun on beşinci yıldönümüne ilişkin kolektif eserden ayn bası, İstanbul 1943, s. 410.

dayanarak doğan çeşitli dar anlamda borçlar, adeta bu kaynağın meyveleri (semereleri) gibidir³.

Geniş anlamda borçtan *bir tek* dar anlamda borç doğabileceği gibi (A, B'ye karşı bir haksız fiil ika etmiş ve bu haksız fiil sebebi ile meydana gelen borç ilişkisi münhasıran A'yı B'ye tazminat ödeme borcu altına sokmuştur yahut A ile B arasında bir bağışlama vaadi sözleşmesi yapılmıştır), bir tarafa veya her iki tarafa yükleruniş *birden fazla* (dar anlamda) borç doğabilir (satış, kira, hizmet vs. sözleşmelerinde olduğu gibi)⁴.

- S Borç ilişkisinin meydana gelmesi ile, münferit (dar anlamda) borçların doğumunun aynı anda gerçekleşmesi de zorunlu değildir. Kira ilişkisi, taraflar arasında kira sözleşmesi Q} sinî n xapılıD:ası ile kurulduğu hald⁵, her ay odenecek kirabedeline ilişkin borçlar., ilgili bul⁶dukları ay⁷!n başında do⁸rlar. Eunun gibi, (dar anlamda) bir borç, borç ilişkisinin sona ermesi halinde de doğabilir (kira ilişkisi sona erince, kiracının kiraladığı s?i kiray⁹ v¹⁰ene geri verme borcunda olduğu gibi) (BK. m. 266, 299)⁵. „Bununla beraber v. T_uJu: tarafından verilen şu son örnek üzerinde b¹¹ilaz¹² Uf!TI¹³k gerekir. Kir-ailşkisi (tıpkı hizmet, ariyet, vedia, şirket vs. gibi sözleşmelerden doğan ilişkiler gibi) *sürekli bir borç ilişkisidir*. Bu gibi ilişkilerde, ilişki, borçlunun bir defada yerine getireceği edimle çözülmez, tam tersine zaman içerisinde az veya çok yayılarak, yerine göre *borçlunun devamlı olarak belirli biçimde davramışım* (örneğin vedia sözleşmesinde vedia alanın durumunda olduğu gibi), yahut *belirli aralıklarla ifa edilecek çeşitli edimleri* (kirada olduğu gibi) zorunlu kılar. Böyle bir ilişkinin ne vakit son bulacağı taraflarca önceden veya sonradan kararlaştırılabilir (belirli süreli sözleşme). Bu yapılmamışsa (belirli olmayan süreli sözleşme), taraflardan biri kanunun öngördüğü mehillere uymak sureti ile bu ilişkiyi bir taraflı irade beyanı ile (yenilik doğuran hak) ileriye doğru (*ex nunc*) bozabilir (*feshih*/. Taraflarca uyuşulan sürenin geçmesi, yahut taraflardan birinin ilişkiyi feshetmesi

3) Borç ilişkisi ve (dar anlamda) borç kavramlarına ilişkin bu açıklamalar için özel olarak bkz. **Enneccerus/Nipperdey**, s. 1365; **Enneccerus/Lehmann**, § 1, II, s. 1-2; v. **Tuhr/Peter**, § 2, III, s. 10 vd.; **Schwarz**, s. 65-66; **Medicus**, SR I, § 1, N. 8.

4) v. **Tuhr/Peter**, § 2, III, s. 9.

5) v. **Tuhr/Peter**, § 2, fl. s. 9.

6) Kural olarak burada bir *feshi ilbar* (bozacağımı bildirme) söz konusudur. Borç ilişkisi, feshih beyanının karşı tarafa vardığı anda değil, o andan başlamak üzere işleyecek *feshi ilbar süresinin* geçmesi ile (geçmişe etkili olmamak üzere, sırf ileriye doğru) sona erecektir. Örnek: BK. m. 341/J gereğince "Bir hizmet akdi, bir seneden fazla devam ettiği takdirde bu akid iş sahibi ve işçi tarafından ihbar edildikten sonra girecek ikinci haftanın nihayeti için fesholunabilir". Bununla beraber muhik (haklı) sebep bulunan hallerde, kanun bazen derhal (yani irade beyanı karşı tarafa varır vannaz, ayrıca feshi ihbar süresinin geçmesini beklemeye lüzum olmaksızın hemen hüküm doğuracak şekilde) feshih imkanını da tanımıştır (Örnek olarak, bkz. BK. m. 344/1, c. 1 = "Muhik sebeplerden dolayı gerek işçi gerek iş sahibi, bir ihbara lüzum olmaksızın her vakit akdi feshedebilir").

halinde, bu, borç ilişkisini *sürekli* borç ilişkisi olarak sona erdirir, fakat artık *sürekli* niteliği kalmamış bir borç ilişkisinin (♦una tasfiye veya çözülme ilişkisi deniyor) devam etmesini engellemez. Öyle ki, kiracının, süresi bitmiş veya feshedilmiş bir kira ilişkisinden ötürü kiraladığı malı geri verme borcu işte bu, bundan böyle *siirekli* olma niteliğini kaybetmiş tasfiye (çözülme) ilişkisinin ürünü sayılabilir. Sürekli borç ilişkilerinin dahi *kesin* olarak (geriye şu veya bu biçimde devam eden herhangi bir borç ilişkisi bırakmadan) ortadan kalkması için, bu ilişkiden doğmuş bütün (dar anlamda) borçların (bu arada fesihten sonra doğan borçlar ile fesihten önce doğup da henüz ifa edilmemiş kira bedeli veya tazminat vs. borçlarının) ifa edilmiş olması gerekir. Bu sebeptendir ki, v. *Tulır* tarafından verilen örnek, her türlü borç ilişkisi sona erdiği halde, sadece geri verme borcunun (dar anlamda borç) devam ettiği şeklinde anlaşılamaz⁷.

Borç ilişkisinden borç dı ında bazı haklar, özellikle *enilik doğuran* /ia • ar ogması mu ••ndür. Orneğin kira ve ızmet sözleşmelerin e esih (ve reshi-ihbar-)-hakhrrr(ernek olarak6Ia7TCriL26T,Lo4,340 , satış sözleşmesinde --dönme-(rücu) hakları (örnek olarak bkz. BK. m. 211) bu arada sayılabilir. Yine borç ilişkisinden doğabilen *defi* hakları ve *itirazlar* da (Örnek: BK. m. 81'den doğan sözleşmenin ifa edilmediği *defi*) burada anılmak gerekir⁸.

6

Borç ilişkisinin doğrudan doğruya meydana getirdiği, bu ilişkiye hukuki özelliğini veya hukuki tipini veren edim yükümlülüklerine asli (birincil) edim yükümlülükleri denir⁹. Örneğin, bir satış ilişkisinde satıcının satı-

7

7) Bu konuda özel olarak bkz. **Larenz**, SR. I. s. 31.

8) *Medeni Hukuk* anlamında *defi* hakları ile *itirazlar* arasında fark vardır. *Deji'de*, alacaklının talep hakkına muhatap olan kişi, onun *hakkım* kabul etmekte, buna rağmen özel bir sebebe dayanarak borcunu yerine getirmeme hakkı olduğunu ileri sürmektedir. Görüldüğü gibi *defi* hakkı, bir *karşı hak*tır (Alacaklı, zamanaşımına uğramış alacağını borçludan talep ettiği vakit, borçlu onun alacak hakkına bir itirazda bulunmamakta, sadece bir karşı bak olarak, zamanaşımı süresinin geçmesi dolayısı ile borcunu ifa etmeyeceğini beyan etmektedir.) Buna karşı *itiraz'da* karşı tarafın *hakkımı* bulunmadığını gösteren yeni olgular (vakıalar) öne sürülür. Bu da iki şekilde olabilir: 1 - *Hak/mı doğmadığı itirazı*: Alacaklının dayandığı sözleşmenin örneğin ehliyetsizlik, şekil noksanı, konusunun kanuna veya abJaka aykırı olması yahut imkansızlık gibi sebeplerden biri ile kesin *hıll..iimsüz* (batıl) olduğu, bu yüzden de hiç bir zaman geçerli bir alacak hakkının doğmadığı iddia ediliyor. 2 - *Hakkın düştüğü itirazı*: Alacaklının hakkı doğmuş bile olsa, bunun sonradan düştüğünü gösteren olgular ileri sürülüyor (Örneğin, borç ifa edilmiştir, yahut hakkı düşüren bir süre geçmiştir vs.). *Medeni Usul Hıfoku* anlamında *defi*, *Medeni Hukuk* anlamında *defiye* nazaran farklı ve daha geniş bir anlam taşır. Bundan, daima, davacı tarafından öne sürülen Usul Hukukuna ilişkin talep hakkına karşı yöneltilen *olgular* anlaşılır ve *Medeni Hukuk* anlamındaki *defiler* ile birlikte *itirazlar* da bu kavrama girer (Bkz. **Lent/Jaucrnig**, *Zivilprozessrecht*, 10 A., § 43, IV).

9) Burada *edim*, borcun konusu anlamında kullanılmaktadır. Bir borçtan söz edilince, alacaklının borçludan belirli bir davranışta bulunmasını (bir şey vcimesini, yapmasını, yap-

lan malı satıcı a teslim e e mülkiyetini ona ge.ç.inne b. o 1: G uile Jilicinin satış bedelini seruenLalıcıya ödeme-bo1:clWISli..edim borçlandır (BK. m. 182/1). Aynı şey, adi kira sözleşmesinde, kiraya verenin şeyin kullanılması- nı kiracıya terk etme borcu ile, kiracının kira bedelini ödeme borçları için (BK. m. 248) tekrar edilebilir. Fakat borç ilişkisinin sonraki aşamalarında (çok defa bu ilişkinin ihlal edilmesi sonucu), bahis konusu asli (birincil) edimlerin *yerine* veya *yanında* başka edim yükümlülüklerinin ortaya çıkması ihtimali vardır (tali, ikincil edim yükümlülükleri). Örneğin, satıcı sattığı malı ihmali ile yoketmişse, onun şeyi alıcıya teslim etmek ve mülkiyetini ona geçirmek diye ifade edilen asli edim yükümlülüğünün yerini ifada kusurlu imkansızlık prensipleri gereğince bir tazminat yükümlülüğü alır (BK. m. 96)¹⁰. Satıcı şeyi teslim etmekte temerrüde düşer ve alıcı şeyin teslimi ile birlikte gecikme tazminatı talep ederse (BK. m. 106/II) buradaki tazminat borcu, asıl edim yükümlülüğüne eklenen bir tali (ikincil) edim yükümlülüğüdür. Kira ilişkisinin fesih beyanı ile sona ermesinden sonra, kiracının kiraladığı malı kiraya verene geri verme borcu da tali edim yükümlülüklerine örnek olarak gösterilebilir.

- 8 Şimdi şu soruyu sorabiliriz: Acaba bir borç ilişkisinin varlığından bahsedebilmek için mutlaka asli edim yükümlülüklerinin (borçlarının) bulunması zorunlu mudur? Yoksa, asli edim yükümlülükleri içermeyen, onlardan tamamen bağımsız sayılabilecek borç ilişkileri de var mıdır?

Bu soruya olumlu cevap vermek ve *aslf edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerinin* de söz konusu olabileceğini kabul etmek gerekir. Bunu anlayabilmek için, en başta verilmesi gereken örnek *culpa in contrahendo* (sözleşme müzakereleri sırasındaki kusur) kavramıdır. İlk defa *Jhering* tarafından ortaya atılan bu kavrama göre, taraflar arasında sözleşme görüşmelerinin başlaması ile birlikte, onların birbirlerine karşı artan ölçüde ihtimam (özen) göstermek yükümlülükleri doğar. Özellikle diğer tarafı sözleşmeyi kurmak veya belirli şartlarla kunnak konusundaki kararlarında etkileyebilecek noktalar hak.kında doğru bilgi vermek (aydınlatmak), karşı tarafın şahsını ve malını zarardan koruyucu tedbirleri almak, bu yükümlülükler giren hususların başında gelir. Öyle ki, daha bu aşamada, kanun (MK. m. 2/I'de yer alan dürüstlük = objektif iyiniyet kuralı) gereğince, taraflar arasında karşılıklı güvene dayanan bir borç ilişkisinin doğduğunu, fakat bu borç ilişkisinin (aşağıda nitelikleri daha yakından belirtilecek davranış yükümlülükleri dışında) hiç bir asli (birincil) edim yükümlülüğü içermediğini söylemek imkan dahiline girmektedir. Taraflardan biri, kusuru ile bu yükümlülüklerine aykırı hareket edip diğerine zarar verirse, onun

mamasını) (= edim) istemek hakkı ve borçlunun buna uygun davranma yükümlülüğü (= edim) söz konusu olur. Ayrıca bkz. aşağıda§ 3.

J O) Metinde verilen çözüm hakim fikre uygun bir biçimde ifade edilmiş bulunuyor. Başka türlü: **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 310 vd.

sorumluluğu BK. m. 41 vd. da düzenlenen haksız fiil hükümlerine değil, kıyas yoluyla, sözleşmeden doğan borca aykırılık hükümlerini düzenleyen BK. m. 96 vd. na tabi tutulur¹¹.

Yukarıda söylenenler Türk Hukukundn genellikle benimsenen düşüncüyü yansıtıyor. İsviçre Hul'ulainda *culpa in contrahendo'nun* hukuki niteliği ve hangi hükümlere tabi olması gerektiği son derece tartışmalıdır¹². İsviçre Federal Mahkemesi, tek bir esas be-nimseyecek yerde, her problemi kendi özellikleri çerçevesinde ele alıp sonuca bağla-mak eğilimindedir. Nitekim, Yüksek Mahkeme, *culpa in contrahendo'ya* (çok eleştiri-lebilir biçimde) haksız fiil zamanşımını (BK. m. 60) uygulamakta¹³, buna karşı, yar-dımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk söz konusu olduğu zaman, sözleşmeye aykırılık hilldimleri içinde yer alan BK. m. 100'e üstünlük tanımaktadır¹⁴. Federal Mahkemenin bu tutum ve davranışı haklı olarak öğretinin bir bölümünün tepkisine yol açmıştır¹⁵. Ne var ki, son zamanlarda güven sorumluluğu (güvene dayalı sorumluluk)" kavramı ile il-gili kararlarında Federal Mahkeme üstün tuttuğwnuz görüşe yönelmiş bulunmaktadır¹⁶.

Culpa in contrahendo sonucu karşı tarafın kişi veya mal bütünlüğü ihlal edildiği zaman, tam zararın ödenmesi için dava açılır. Buna karşı, *culpa in contrahendo* sözleşmenin kurulmamasına veya geçersiz olmasına yol açtığı takdirde, hiç değilse illce olarak, sadece olumsuz zararın tazmini istenebilir. Yerine göre ve özellikle kast veya ağır ihmalin bulunduğu durumlarda hak-kaniyet gerektiriyorsa, BK. m. 26/II ve 39/II hükümlerinden kıyas yoluyla yararlanarak olumlu tazminat miktarına kadar yükselebilen bir tazminat talep etmek hakkı saklıdır^{16a}.

1 D) Bkz. v. **Tuhr/Peter**, § 24, VII., s. 192 vd; **Kramer**, Allg. Einleitung in das schweize-rische OR, N. 141; **Tandoğan**, Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara 1961, s. 493; **Larenz**, SR, I., s. 108 vd.; Yarg. TD. 8.11.1952, E. 51-5901/K. 52-4846, Türk İçtihatlar Külliyyatı, 7, No. 354. Yargıtay 19. İİD.nin 1.12.2005 tarih ve E. 2005/2865, K. 2005/11959 sayılı kararına göre (YKD 2006/5, s. 787) "... görüşmelerin başlaması ile taraflar arasında hu-kuki ilişki kurulur. Bu ilişki akit benzeri bir güven ilişkisidir ve MK. 2/1'de düzenlenen dürüstlük kuralına dayanır". Bunun gibi, Yargıtay 13 HD.nin, 13.11.1995 tarih ve E. 9375, K. 9860 sayılı kararında, sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla taraflar arasında sözleşme benzeri bir güven ilişkisinin kurulduğu, bu ilişkinin MK. m. 2/1'de düzenlenmiş dürüstlük kuralına dayandığı belirtildikten sonra, yukarıda anılan 19. HD.nin 1.12.2005 ta-rihli kararma neredeyse tamamen uyan bir metin kullanılarak şöyle devam edilmektedir: "Buna göre görüşmeler esnasında, görüşmecilerin akdin muhtevası ve şartlan hakkında birbirlerini aydınlatması, dürüstlük kuralına uygun davranması, birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vennemek için gerekli özeni göstennesi, koruma yükümlü-lüklerine uyması gerekir. Görüşmeciler bu yükümlülüklerle kusurlu olarak aykırı davranıp görüşmelerin başlamasıyla aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal ettikleri tak-dirde bundan doğan zararlardan sorumludurlar" (**S. Yalman**, Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006, s. 55, not 120).

12) İleri sürülen çeşitli görüşler için bkz. **Kramer**, Allg. Einleitung in das schweizerische OR, N. 137 vd., **Merz**, Vertrag, N. 143 vd.

13) BGE 104.II. 94

14) BGE 108.II. 422

15) Özellikle bkz. **Merz**, Vertrag, N. 146 ve orada anılan **Tercier**.

16) Özellikle bkz. **Wiegand**, Basler Komm., Einl. zu Art. 97-109, N. 10.

16a) "Culpa in contrahendo" sorumluluğu hakkında daha fazla bilgi için ayrıca bkz. aşağıda § 49, N. 27-28 ve not 49, 50.

- 11 *Culpa in contrahendo* halinde sözleşme hükümlerinin uygulanmasının önemli bazı pratik sonuçları vardır: 1 - BK. m. 96 gereğince, fail kusursuz olduğunu ispat etmek zorundadır (yoksa BK. m. 41'e göre, zarara uğrayan kişi karşı tarafın kusurunu ispat yükü altında olmayacaktır) 2 - Zamanaşımı bakımından daha elverişli olan BK. m. 125 (10 yıl) uygulama alanı bulacaktır (haksız fiillerdeki bir yıllık zamanaşımı için bkz. BK. m. 60)¹⁷. 3 - Nihayet, fiil yardımcı kişi tarafından ika edilmişse, BK. m. 55 yerine BK. m. 100'e gidilecektir.

IIa *Culpa in contrahendo'nun* uygulandığı haller için şu örnekler gösterilebilir:

Örnek 1: „bir mağazaya kumaş almaya gidiyor. Çeşitli kumaşlara bakar, fiyatları konusun a gorusur en, üst raflardan birinden bir top kumaş almak isteyen tezgahı T, kuma toQ!_lnU A'nın üstüne düşürüp hafif yaralanması m-seo ol_u_yÖr. Burada, henüz anında hiç bir sözleşme m-eyda-lla gelme ığı halde A, mağaza sahibi B'den, BK. m. 100'e dayanarak, yardımcı kişinin eyleminden ötürü sözleşmeye aykırılık hükümleri uyarınca tazminat talep edebilecektir.

Örnek 2: Gerçekte bir sözleşme kurma niyeti olmayan B, A ile yaptığı sözleşme görüşmelerinde onu oyalyor ve sonra hiç sebep göstermeden birdenbire müzakereleri kesiyor. Gerçi, ilke olarak, sözleşme müzakereleri sürerken, taraflardan her biri karşı tarafa bir tazminat ödemeksizin dilediği anda bu müzakereleri kesebilir. Ne var ki, daha baştan sözleşme kurma niyeti olmaksızın, örneğin en büyük rakibi ile karşı tarafın sözleşme yapmasını engellemek amacıyla müzakereleri yürütmek ve bu risk ortadan kalkınca derhal görüşmelere son vermek, hiç kuşkusuz bu konuda rastlanabilecek en belirgin *culpa in contrahendo* örneklerinden birini oluşturur^{17a}.

- 12 *Culpa in contrahendo'dan* bahsedebilmek için, arar verici kusur.lu.fii-
lin sözleşme müzakereleri: i-sırasmda-ş-lenmiş-olması gerekmektedir. Alman Hukukunda *Larenz*, yerinde olarak, bir adım daha atıyor ve *gerçek anlamda sözleşme müzakereleri başlamamış bile olsa, iş ilişkilerinin hazırlanma geçilmiş olması ile yetinmek* icap ettiğini belirtiyor¹⁸. Örneğin kesin satın alma niyeti bulunmadan bir büyük mağazaya giren A, etraftaki eşyaya bakarken mağaza müstahdemlerinden biri, elindeki merdiveni A'nın üzerine

17) Kurulacak sözleşme daha kısa (örneğin BK. m. 126 gereği beş yıllık) bir zamanaşımına tabi ise, bu kısa süre esas alınacaktır (**Kramer**, Allg., Einleitung in das schweizerische OR, N. 141).

17a) Federal Mahkemenin bu konuyla ilgili 17 Kasım 2005 tarihli kararının metni ve değerlendirilmesi için bkz. **Rouiller**, *Culpa in contrahendo et liberte de rompre les negociations*, JdT 2006.1, s. 163 vd.

18) *Larenz*, SR, I. s. 109 ve not 11.

düşürüp yaralanmasına sebep oluyor. Bu ömektc henüz gerçek anlamı ile sözleşme müzarekeleri başlamamıştır, fakat bir *alışveriş (iş) ilişkisini hazır-layıcı sosyal temas* gerçekleşmiştir ve o andan itibaren tarafların MK. m. 2'ye uygun biçimde karşılıklı davranış yükümlülüklerini içeren kanuni borç ilişkisi doğmuştur. Bu sebeple *culpa in contrahendo* kuralı uygulanır ve A, sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre tazminat isteyebilir. Aynı sonuç, A'nın (daha hiç bir mağaza müstahdemi ile konuşmadan) mallara bakarken dikkatsizce yere fırlattığı sigara bir yangına sebebiyet verirse, A'dan istenecek tazminat bakımından da kabul edilecektir.

Bütün bu bilgilerden sonra tekrar geriye dönmemiz ve şu noktayı aydınlatmamız gerekiyor: Borç ilişkisi çerçevesinde, aslı (birincil) ve tali (ikincil) edim yükümlülükleri dışında başka ne gibi yükümlülükler söz konusu olabilir? Burada ilk önce *yan edim borçları (Nebenleistungspflichten)* karşımıza çıkıyor. Bu gibi yan edim yükümlülükleri doğrudan doğruya kanun tarafından özel olarak ön görülmüş olabilecekleri gibi (örnek: BK. m. 251/1 gereğince "*Kiralanan, kira müddeti zafında zarurf tamirata muhtaç olduğu takdirde; kiracı, hakkına halez gelmemek şartıyla bu tamiratın icrasına müsaade etmeye mecburdur*", keza, BK. m. 256/1 uyarınca "*Kiracı, kiralananı kullanırken tam bir ihtimam dairesinde hareket ve apartman kirasında bina dahilinde oturanlara karşı icap eden vazifeleri ifa ile mükelleftir*"), taraflar anlaşarak bazı yan edim yükümlülükleri kurabilirler (bir hizmet sözleşmesine tarafların anlaşması sonucu bağlanan rekabet yasağında olduğu gibi, BK. m. 348 vd)^{19 20}.

Fakat borç ilişkisinin içeriğinin bunlarla tükendiği sanılmamalıdır. MK. m. 2'de yazılı dürüstlük (objektif iyiniyet) kuralı gereğince, *asıl edim yükümlülüğünün sözleşmenin amacına uygun biçimde yerine getirilmesine* ilişkin bulunan ve özellikle *Cauaris* tarafından en geniş anlamda yan edim yükümlülüklerine dahil sayılan başka yükümlülükler de söz konusu olabilir²¹. Buna nazaran, durumun özelliğine göre, taraflar, asıl edim sonucunun

19) Bkz. **Merz**, Art 2, N. 260; **Descbenaux**, s. 175.

20) Asli (birincil) - tali (ikincil) edim yükümlülükleri ayrımı ile asli (birincil) - yan edim yükümlülükleri aynıını birbirine karıştırmamalıdır. *Birinci ayırmada*, borç ilişkisine özel tipini bahşeden, ilk planda doğan borçlar ile, daha sonraki saflılarda borç ilişkisinin bir değişikliğe, hatta yerine göre genişlemeye uğraması sonucu, asli edim yükümlülüklerinin yerine geçmek yahut onların yanında yer almak üzere meydana gelen tali edim yükümlülükleri söz konusu oluyor. Tali (ikincil) edim yükümlülüğü, borç ilişkisinin doğduğu anda mevcut değildir. O, ilerki aşamalarda doğabilir. Oysa, *ikinci ayırmada*, yan edim yükümlülüğü (kamin veya tarafların anlaşması uyarınca) asıl edim yükümlülüğünün yanında (şüphesiz her olayın özelliğine göre biçimlenmek üzere) daha baştan itibaren mevcuttur.

21) **Canaris**, Ansprüche wegen "positiver Vertragsverletzung" und "Schutzwirkung für Dritte" bei nichtigen Verträgen, JZ, 1965, s. 447.

gerçekleşmesini sağlamak üzere, gerekli bütün özeni göstermek, dürüstlük kuralı ışığında nasıl hareket etmeleri gerekiyorsa, o şekilde davranmak zorundadırlar. Öm-e in satıcı, sat-tı ı fakat henüz teslim etmediği malı özenle muhafaza etmeli onu aketler ambalajlar) ve gönderirken al ve -ş---.....a.-n n z o nın l-ru--:k,-1.:ld7:"1:- 1 bütünü dikk-at ve ihtimamı sar-f-etmeli, satılan malın Jöillanılması bazı tehli'eleLmeyc u.tsa bunlardan alıcıyı haberdar etmelidir. Görüldüğü gibi bütün *bu gibi yükümlülüklerin asıl edim yükümlülüğü dışında bir anlamı yoktur ve görevleri alacaklıyı asıl edim yükümlülüğünde sözleşmenin amacıyla uygun tarzda yararlanabilecek duruma sokmaktır.* Bunun aksine hareket, borçluyu tazminat borcu altına sokabileceği gibi, bazı ilişkilerde yerine göre, karşı tarafa sözleşmeyi bir taraflı irade beyanı ile ortadan kaldırma hakkını da verebilir.

- 15 Asli veya (en geniş anlamı ile) yan edim yükümlülükleri yanında, onlardan farklı ve bağımsız olan bir diğer kavram daha vardır ki, buna bazı yazarlar *davranış yükümlülükleri*, bazıları (özellikle bu ayrımı kendisine borçlu olduğumuz Stoll) *koruma yükümlülükleri* diyorlar²². Bununla kastedilen şudur: Yine MK. m. 2 (dürüstlük kuralı) gereğince kanundan doğan bu yükümlülükler uyanınca, taraflar, *asıl edim yükümlülüğünden bağımsız biçimde* (şu halde asıl edim mükellefiyetinin yerine getirilmesine ilişkin menfaatleri dışında), bir hukuki işleme (borç ilişkisine) yönelmiş olarak temas haline gelmiş kişiler sıfatı ile, birbirlerine doğru bilgi vermek, aydınlatmak, birbirlerinin can ve malını zarardan koruyacak tedbirleri almak zorundadırlar. Burada, kurulacak veya kurulmuş bir hukuki işlem sebebi ile temas kurmuş kişilerin, asıl edim yükümlülüğünden bağımsız biçimde, *birbirlerinin şahsı ve malvarlığı üzerinde etkili olma imkanlarının artması*, buna paralel olarak da aralarındaki güven ilişkisinin sıkılaşması dolayısı ile, karşılıklı olarak *birbirlerini zarardan uzak tutacak şekilde davranma yükümlülükleri* söz konusudur. Aynen ifası talep ve dava edilemeyecek bu yükümlülüklerin kusurlu ihlali onları tazminat borcu altına sokabilecektir.

- 16 Bu anlamda, hiç bir asıl edim yükümlülüğü ihtiva etmeyen, sadece davranış (koruma) yükümlülükleri doğuran bir borç ilişkisinin sözleşme kurulmadan meydana gelebileceği yukarıda görüldü (*culpa in contrahendo*). Fakat sözleşmenin (onunla birlikte asıl edim yükümlülüklerinin) meydana gelmesinden sonra da, koruma yükümlülükleri önem taşır. Hatta biraz aşağıda görüleceği gibi, edim mükellefiyetlerini doğuran borç ilişkisi sona

22) Bu konuda bkz ve krş. **Canaris**, JZ, 1965, s. 475 vd.; **Larenz**, SR, I, s. 10 vd.; **Scrozan**, Edim yükümlülerinden bağımsız borç ilişkisi, MHAD, yeni seri yıl 1, No. 3'den ayn. bası, s. 12 vd.; **Wiegand**, Basler Komm., Einl. zu Art. 97-109, N. 5-6, 8; **Wiegand**, Von der Obligation zum Schuldverhältnis, recht 1997/3, s. 86 vd.

erdikten sonra bile, korumu yükümlölükleri devam edebilir. Öyle ki, sözleşme (ömcğin şekil noksanı veya imkansızlık, kanuna aykırılık gibi bir sebeple) batıl olsa, yahut (örneğin hata sebebiyle) iptal edilse bile, davranış yükümlölüklerini doğuran borç ilişkisi bundan etkilenmez ve zarar görenin sözleşmeye aykırılık hükümleri (BK. m. 96 vd.) gereğince tazminat istemesini engellemez. Ömck: Antıkacı A, tanınmış resim kolleksiyoncusu B'ye telefon ederek, Picasso'nun bir tablosunun eline geçtiğini, onu kendisine satmaya hazır olduğunu bildiriyor. Telefondaki müzakereler, sözleşmenin k."Urulması ile sonuçlanıyor. Tabloyu teslim almak için A'nın dükkanına gelen B, orada A'nın bir müstahdeminin kusurlu hareketi ile düşüyor ve yaralanıyor. Arkasından A'nın evinde sakladığı tablonun, telefon görüşmesinin yapıldığı sırada, A'nın haberi olmaksızın, evle beraber yanmış olduğu meydana çıkıyor. Bu ihtimalde, tablo satışına ilişkin sözleşme, konudaki imkansızlık sebebiyle kesin (mutlak) hükümsüzdür (BK. m. 20). Buna rağmen, batıl da olsa bir borç ilişkisine yönelmiş olarak taraflar arasında gerçekleşen sosyal temas, onlar arasında her türlü edim yükümlölüğünden bağımsız davranış yükümlölükleri içeren kanuni bir borç ilişkisi kurmuştur. Bu sebeple de B, A' dan sözleşme hükümlerine göre (BK. m. 100) tazminat talep edebilecektir. Sözleşme kurulmamış olup da, B sözleşme müzakerelerine başlamak için A'nın dükkanına geldiği sırada, A'nın müstahdemi tarafından yaralansaydı, aynı sonuç *culpa in contrahendo* kuralı gereğince kabul edilecekti. Sözleşme kurulduktan sonra, onun batıl olması sadece aslı edim yükümlölüklerinin geçerli olarak doğumunu engelleyece❖ yoksa edim mükellefiyetinden bağımsız davranış (koruma) yükümlölüklerini doğurucu borç ilişkisi üzerinde etkili olamayacaktır²³.

Yukarıda bir vesile ile ifade edildiği gibi, *edim yükümlölüklerini ihtiva eden borç ilişkisi sona erdikten sonra* da taraflar arasında bazı davranış yükümlölüklerinin devam etmesi mümkün olabilir. Kiraya verenin, kiracı K ile aralanndaki kira ilişkisi tamamen tasfiye edilip son bulduktan sonra, K'nın yeni adresini ihtiva eden bir tabelanın asılı kalmasına, hal ve şartların uygun gösterdiği bir süre katlanma yükümlölüğü buna iyi bir örnek olabilir.

Şu halde, edim yükümlölüklerini içeren borç ilişkisi henüz kurulmadan (kanun gereğince meydana gelebilen) edim yükümlölüklerinden bağımsız borç ilişkisinin, geçerli olsun veya olmasın edim yükümlölüklerini içeren borç ilişkisi ile birlikte devam etmesi mümkün olduğu gibi, söz konusu ilişkinin sona ermesinden sonra bile bir süre yürürlükte kalması imkan dahiline girmektedir.

23) Özel olarak bkz. **Canaris**, JZ, 1965, s. 475-476. 481 vd.

17 Burada tartışmalı olan bir konu şudur: Edim yükümlülüklerini içeren borç ilişkisi *geçerli* olarak kurulmuşsa. edim yükümlülüklerinden bağımsız kanuni borç ilişkisi bu ilişkinin yanında ona paralel *ikinci bir borç ilişkisi* mi oluşturacaktır. Yoksa bu ihtimalde bağımsız varlığını kaybetmek suretiyle edim yükümlülüklerini içeren borç ilişkisinin içinde nu yer alacaktır? Edim yükümlülüklerini doğuran borç ilişkisinin içeriği yalnız tarafların iradesi ile değil, aynı zamanda kanun ile de belirlendiğinden, bundan böyle *tek bir borç ilişkisinin* hem edim hem de koruma yükümlülüklerini bir arada bünyesinde barındırdığını kabul eden görüş²⁴ bize daha uygun gözükmemektedir. Buna karşı edim yükümlülüklerini içeren ilişkinin sona ermesi üzerine, bu defa yukarıda işaret edildiği gibi, sırf koruma yükümlülüklerini içeren bir kanuni ilişkinin daha bir süre için ayakta kalmasına bir engel yoktur.

18 Bütün bu açıklamalar şunu ortaya koyuyor: Borç ilişkisi kompleks bir kavramdır. Ondan çeşitli dar anlamda borçlar (asli ve yan edim yükümlülükleri) veya yenilik doğuran haklar, defiler vs. doğabileceği gibi, bazı davranış (koruma) yükümlülükleri de doğabilir, hatta hiçbir asli (birincil) edim yükümlülüğü içermeyen, sırf davranış mükellefiyetlerine ilişkin bir borç ilişkisi dahi bulunabilir. Şu var ki, söz konusu davranış yükümlülüklerinin kusurlu ihlali, bu defa de tali (ikincil) bir edim yükümlülüğünün (tazminat) doğumuna yol açacaktır²⁵.

19 Alman Medeni Kanunu'nun Borçlar Hukukuna ilişkin hükümlerinde değişiklik yapan ve 1.1.2002 günü yürürlüğe giren kanun çerçevesinde, açık kanun hükümleri ile, bir taraftan borç ilişkisinin içeriğinin tarafları diğer tarafın haklarını, hukuki varlıklarını ve çıkarlarını gözetme yükümlülüğü altına sokabileceği (BGB § 241/ID; diğer yandan da bu tip yükümlülükleri içeren bir kanuni borç ilişkisinin sözleşme görüşmelerinin başlaması ile (culpa in contrahendo) veya bundan önce (iki ayn hal olarak düzenlenen) iş ilişkilerine yönelik sosyal temas ile kurulabileceği (BGB § 311/11) belirtilmiştir. Böylece, günümüz Alman Hukukunda, "culpa in contrahendo" açık bir kanuni dayanağa sahip kılınmıştır.

II. Borç Menfaati

20 Bir kimse arkadaşına ertesi gün saat tam 15'de onu işyerinde ziyaret edeceğini; seyahata çıkan A eşine her gün mektup yazacağını nı anı 1-a sığara içmeme ı vaat e edebilir 73u bu bu vaatler, bir borç ilişkisine yol açmaz ar. Zira, taraflarda hukuki b. yükümlülük atfına gırme bilirir ve iradesi yoktur. up esiz, aşağıda incelenecek güven teorisi açısından, önemli olan, bu tip bir vaatte bulunanda hukuken borçlanma iradesinin (veya bilincinin) bulunup bulunmamasından çok, onun bu davranışının karşı taraf için ifade edeceği anlamdır. Vaatte bulunanın hukuken yükümlü-

24) Larenz, SR I, s. 14-15. Aynı düşüncede: Palandt/Heinrichs, 64. A., § 241, N. 7. Ayrıca bkz. Eren, s. 43.

25) Larenz, SR, I, s. 12.

lük nllına girip kendini bağlamak maksadı ile hareket etmediği, karşı taraf-
ça (MK. m. 2 çerçevesinde) bilinebilir (anlaşılabilir) olmalıdır. işte bu gibi
taahhütler, hukukun dışında kalır ve ahlak (adab), muaşeret (görgü) kuralla-
rına ttibi olur, yerine f,örc centilmen anlaşmalarına (*Gentlemen 's Agree-
11le11t*) konu teşkil eder²⁶.

Acaba, hukuken bağlanmak irade ve bilinci (karşı tarafça anlaşılabilir bi-
çimde) mevcut bütün taahhütler de, bir borç ilişkisinin dobT\lmuna yol açar
mı? Özellikle, karşı tarafın bu taahhüde ilişkin menfaatinin (borç menfaati)
mutlaka *para ile ölçülebilir* olması şart mıdır? Modern Alman, İsviçre ve
Türk öğretilerinde hakim olan fikir gereğince, bir borç ilişkisinin kurulması,
şüphesiz alacaklının buna ilişkin *ciddi, korunmaya değer* bir menfaatinin
bulunmasına bağlıdır. Fakat bu menfaatin malı bir değer arz etmesi, para ile
ölçülebilir olması şart değildir. Sırf *manevi* nitelikte menfaatler de ciddi bir
borç ilişkisinin kurulmasına yetebilir²⁷. Bir kimsenin belirli saatlerde piyano
çalmamayı komşusuna taahhüt etmesi, bu gibi borç ilişkilerinin en başta anı-
lan örneğini teşkil eder. Bunun gibi, A'nın haksız fiil sonucu B'ye sadece
manevi bir zarar vennesi halinde de, B'nin manevi tazminat talebine dayanak
olan bir borç ilişkisi A ile B arasında kurulabilecektir.

Bununla beraber, yukarıda söylenenler şu noktanın gözden kaçırılması-
na yol açmamalıdır: Borçlar Hukukunda, sırf manevi nitelikteki menfaatler-
le ilgili borç ilişkileri çok ikinci, hatta üçüncü planda kalır. Bunlarda dahi,
ihlal edilen manevi menfaat karşılığı diğer taraftan bir tazminat istendiği
vakit, yine para veya para ile ölçülebilen değerler ön plana çıkar. Bu sebep-
le, Borçlar Hukuku'nun (tıpkı Eşya Hukuku gibi), ilice olarak, bir *malvarlı-
ğı hukuku* olduğundan söz açmak isabetsiz olmaz²⁸.

111. Borç İlişkisinin Nisbi Karakteri

1. Genel Olarak

Borç ilişkisinden doğan haklar ve borçlar, kural olarak, sadece o iliş ki
çerçevesi içinde ve taraflar (alacaklı ve borçlu) arasında (inter partes) bü-
kümaOğl.lil.Ir. Alacaklı, borç ilişkisinden ogaii"nisbi
luya arşı 1 eri- sürebilir, edımy'lerine getirilmesini münhasıran borçludan
talepedebilir.

Alacaklıya borç ilişkisin
olursa, bunun gerek bo.!2. mun !:13
erek bo?lunun ?ji/i (davan!S!},

26) Schwarz, s. 74; Enneccerus/Lehmann, § 1, IV, 2, s. 6.

27) Schwarz, s. 74-75; Larenz, SR I, s. 8.

28) Bk.z. ve krş. Larenz, SR, I, s. 4.

gerçekse edim konusu şey üzerinde bir iktidar amadığı görülür²⁹. Gerçekse edim konusu Ana aslında aynaya mı bulan temel eşitlik ve özgürlük kavramıml: yma n hukuk biçiminde o şey üzerinde alınış üzerinde bir iktidar kazanmış şeydir. O, orç u üzerinde *doğrudan doğruya* kuvvet kullanarak, onu edimini yerine getirmeye zorlayamaz. Edimin zorla yerine getirilmesi ancak Devlet kuvvetlerine (malî keme, cebri icra makamları) başvurarak sağlanabilir. Bunun gibi, *Savigny* tarafından ortaya atılan görüşün aksine, alacaklının borçlunun şınlısının tümü üzerinde değil de (bu halde borçlunun kişiliği = şahsiyeti tamamen bertaraf edilmiş olurdu), sadece borçluya ait *başlangıç ve davranışlar* üzerinde iktidar sahibi olduğu, bu fiil ve davranışların borçluya ait özgürlük alanından ayrılarak alacaklının iradesine tabi kılındıkları da söylenemez. Böyle bir düşünce tarzı, fiil ve davranışların, kişiliğin doğrudan doğruya belirtisi (= tezahürü) olduğunu gözden kaçırmaktadır. Bunları kişilikten ayrı, bağımsız bir nesne haline getirip bir başkasının vasıtasız iktidarına konu yapmağa imkan yoktur. Alacaklı'nın, borçlunun fiil ve davranışları üzerindeki etkisi, olsa olsa *dolayısı ile* (vasıtalı olarak) gerçekleşebilir. O, borçlunun dikkatini borcu üzerine çekebilir, bu borcu ve onu ifa etmemenin sonuçlarını kendisine hatırlatabilir. Böylece borçluyu özgür iradesi ile borcunu ifaya sevk edecek teşebbüslerde bulunmuş olur. Yoksa, onun borçlunun (temelini kendisine ait özgür iradede bulan) fiil ve davranışları üzerinde doğrudan doğruya bir iktidarı mevcut değildir. Nihayet, edim konusu şey üzerinde alacaklının doğrudan doğruya iktidar sahibi olduğundan bahsedilemez. B'nin A'ya sattığı antika halı üzerindeki mutlak ve doğrudan doğruya iktidar, sadece bir borçlanma işlemi niteliğini taşıyan satış sözleşmesinden sonra da, münhasıran B'ye aittir. Mülkiyetin B'den A'ya geçmesini sağlayan tasarruf işlemi yapılmadıkça (olayda, bunun için, halı üzerindeki zilyetliğin B tarafından A'ya devri gerekecektir), A, borçlu B'ye ait edimin konusu olan halı üzerinde hiç bir vasıtasız iktidar elde edemez. Onun sadece, B'ye karşı ileri sürülebilecek, borç ilişkisinden doğmuş bir talep hakkı vardır ve buna dayanarak halının kendisine devredilmesini isteyecektir. Tasarruf işlemi yapıp, malın mülkiyeti alıcı A'ya geçirilmeden önce, üçüncü bir kişi (Ü), bu halıyı çalsın veya yaksın, A doğrudan doğruya Ü'ye karşı harekete geçemez. Çalınan malı geri almak üzere Ü'ye karşı istihkak davası (veya zilyetliği koruyan davalan) açmak imkanı münhasıran satıcı B için mevcuttur. Bunun gibi, yanan halı sebebiyle Ü'den yalnız B tazminat isteyebilecektir. Çünkü Ü, davranışı sonucu, halı üzerinde doğrudan doğruya hakimiyeti devam eden B'nin mutlak bir hakkını ihlal etmiş, sadece B'ye karşı BK. m. 41 anlamında "hukuka aykırı" bir fiil işlerir. A'nın B'ye karşı mevcut *nispet* hakkı, onun Ü'ye karşı harekete geçmesine imkan verecek nitelik taşımamaktadır.

29) Bu konudaki açıklamalar için bkz. **Larenz**, SR, I, s. 15 vd.

Anılan son ilkenin önemli bir sonucu da şudur: Satıcı B, A'ya sattığı (fakat henüz tasarruf işlemini yaparak mülkiyetini geçirmediği) halıyı, bu defa daha yüksek bir fiyat veren C'ye satıp teslim edebilir (*çift satış*). Bu durumda, kural olarak, nisbi hak sahibi olan A, C'den halıyı isteyemez. Onun, aralarındaki borç ilişkisine dayanarak, sözleşmeden doğan borcunu yerine getirmeyen B'den tazminat (olumlu tazminat) talep etmesi gerekir. Bununla beraber, bakım fikre göre, bazı istisnai durumlarda, A'nın C'yi dava ederek halının kendisine teslimini istemesi mümkün olabilir. Ne var ki, bunun için C'nin hareket tarzının BK. m. 41/II anlamında ahlaka aykırı bir fiil niteliğini taşıması (örneğin o, önceden A'ya yapılan satışı biliyor ve aralarında rekabet olduğu için, A'ya zarar vermek *kastı* ile B'yi aynı malı kendisine satıp teslim etmeye ikna ediyor) şarttır. C'nin davranışının BK. m. 41/II'ye sokulabildiği durumlarda, Abu maddeye dayanarak C'den haksız fiil hükümlerine göre tazminat isteyebilir. BK. m. 43/I gereğince "Hakim bal ve mevkiin icabına ve hatanın *{kusurun diye anlamak gerekir}* ağırlığına göre *tazminatın suretini* ve şümülünün derecesini tayin" yetkisini baiz olduğundan, burada *aynen tazmine* (yani halının A'ya verilmesi suretiyle tazminata) hükmetmek ve söz konusu menfaat ihtilafının bünyesine uygun bir çözüme varmak imkanına sahiptir³⁰.

Öğretide rastlanan, bizim de katılmayı uygun bulmadığımız çok tartışmalı bir görüş, bir noktada alacaklının alacağı üzerindeki hakkının bütün üçüncü kişilere karşı öne sürülebilecek mutlak bir nitelik taşıdığını kabul ediyor. Ben, B'ye karşı 100.000 liralık bir alacak hakkına sahipsem, 100.000 liranın ödenmesini sadece B'den talep edebilirim. Fakat söz konusu alacağın *bana ait* olduğu, benim bu alacağın aktif süjesi olduğum konusunda herkese karşı harekete geçebilirim. Alacak hakla benimdir, başkasına değil sadece bana aittir ve bütün üçüncü kişiler bu hukuki durumu tanımak zorundadır. Şu halde, *bir alacak hakkının hukuken belirli bir şahsa ait olması, ona bağlanması {Rechtszustiindigkeit, recht/iche Zuordnung}* söz konusu olduğu zaman, alacak "mutlak" hükümler doğurur. Bir örnek ile durumu izah edelim: B'den 100.000 lira alacaklı olan A, bu alacağını C'ye temlik ediyor (BK. m. 162 vd.). Bu temlikten haberdar edilmeyen borçlu B, 100.000 lirayı iyiniyetle eski alacaklı A'ya öderse borcundan kurtulur. Şu halde, C, B'ye karşı olan alacağını kaybeder (BK. m. 165). Bu durumda C, çeşitli

30) v. Tuhr/Pcter, § 46, II, 1, s. 351; Oser/Schönenberger, Art. 41, N. 16, 99; Schwarz, s. 69-70, 72-73; Enneccerus/Lehmann, § 1, III, 1, s. 2-3; Alman hukukunda bu çözüm, BK. m. 41ff'i karşılayan BGB § 826'ya dayandırılmaktadır - Şurasını ekleyelim ki, klasik ve hakim görüş tarzına göre, borçluyu borcuna aykırı hareket etmeğe sevk eden üçüncü kişinin (verdiğimiz örnekte ikinci alıcı C) mevcut borç ilişkisini bilmesi, alacaklının (ilk alıcının) ona karşı BK. m. 41/II'ye dayanarak bir talepte bulunabilmesi için yeterli değildir. Onun ayrıca, alacaklıya (ilk alıcıya) zarar vermek kastı ile hareket etmesi gerekir. Bizce, bu konuda ihtimali (ihtimale dayalı) kastın (dolus eventualis) bulunması yeterlidir. Krş. Grossen, La responsabilite du tiers complice de la violation d'un contrat, Melanges en l'honneur de W. Schönenberger, Fribourg 1968, s. 121 vd.

hukuki sebeplere dayanarak A'ya başvurabilir. A ile C arasındaki temel borç ilişkisi, C'nin A'dan tazminat istemesine yol açabileceği gibi, sebepsiz iktisap hükümleri de (BK. m. 61 vd.) C'nin imdadına yetişebilir. Bütün bunların dışında, bu görüşe göre, yukarıda söylenenlere dayanarak da C, A'dan BK. m. 41 (haksız fiil) gereğince tazminat istemek hakkını haizdir. Zira, C'nin B'ye karşı olan alacağında üçüncü kişi durumunda olan A, B'nin yaptığı ödemeyi kabul ederek bu alacak hakkını BK. m. 165 çerçevesinde düşürmüş, yani doğrudan doğruya C'ye ait alacak hakkını, C'nin bu alacağa ilişkin mutlak etkiler doğuran hak sahipliğini ihlal etmiştir³¹. Şu var ki, bu görüş taraftarlarının da itiraf ettiği gibi, olayda C'yi koruyan başka taleplerin de bulunması (C ile A arasındaki temel borç ilişkisine veya sebepsiz iktisap esaslarına dayanan talepler), bu yolun pratik önemini azaltmal'tadır³².

2. Üçüncü kişilerin borç ilişkisine, borç ilişkisinin üçüncü kişilere etkili olduğu bazı ihtimaller

26 Son olarak, bir noktayı açıklamak istiyoruz: Alacaklı ile borçlu arasında mevcut borç ilişkisinin tamamen onlar arasında kaldığı, üçüncü kişiler açısından hüküm doğurmadığı söylendi. Bununla kastedilen, borç konusu edimin münhasıran alacaklı tarafından, yine münhasıran borçludan talep edilebilmesi yollu temel kuraldır. Yoksa, bir borç ilişkisinin hiç bir zaman üçüncü kişileri etkilemeyeceği yahut üçüncü kişilerin hiç bir şekilde bahis konusu borç ilişkisi üzerinde etkili olamayacakları iddia edilemez. Şimdi bazı örnekler vererek bu gibi ihtimalleri belirtelim:

27 a. **Üçüncü bir kişi borç ilişkisi üzerinde etkili olabilir.** Örneğin, borçlu tarafından şahsen ifası gerekmeyen bir borç (para borcu bunun en iyi örneğidir) üçüncü kişi tarafından alacaklıya ödenirse, ilgili borç ilişkisinden doğan dar anlamda borç (yerine göre bütün borç ilişkisini de peşinden sürükleyerek) düşer (BK. m. 67).

b. Borç ilişkisi üçüncü kişiler üzerinde etkili olabilir.

Burada, özellikle iki hal üzerinde kısaca durulacaktır.

28 aa. Üçüncü kişi ile borç ilişkisi (BK. m. 111)
A'nın, nişanlısı Ü'ye gönderilmek üzere çiçekçi B'den çiçek aldığı düşünülün. 13. Ufacla satış sözleşmesi A ile B arasında kurulmuştur. Ne var ki, satıcı B, borcunu, sözleşmeye yabancı Lojan Ü'ye ifa edecektir. A, B'den çiçeklerin Ü'ye teslimini istemek hususunda bir talep hakkına sahiptir.

31) Bu fikirde: **Larenz**, SR, I, s. 18. **Jiiggi**, Vorbem vor Art. 1, N. 64. Bu görüşün değerlendirilmesi için ayrıca bkz. **Zulliger**, Eingriffe Dritter in Forderungsrechte, Zürich 1988, s. 74 vd, 77 vd. -Alman Hukukundaki çoğunluğun bu görüşe karşı olduğu belirtilmek suretiyle bunun esaslı gerekçelerle eleştirilmesi için bkz. **Gernhuber**, Handbuch des Schuldrechts, Band 8, Das Schuldverhältnis, Tübingen 1989, s. 40-41.

32) Bkz. **Larenz**, SR, I, s. 18, not 23.

Ü'nün, B'ye karşı hiçbir!!'le hakkı oktt!!•Q, n.çieç_e edimi ka.bulc_almaya ---y-ctl<ılı kılınmıştır. Çiçeklerin teslimi açısından alacaklı yine A'dır. Bu örnek-
te karşımıza çıkan üçüncü kişi lehine sözleşme tipi, borç ilişkisinin sadece taraflar arasında etkili olması kuralına herhangi bir istisna getirmiş değildir. İlişki yine sadece A ile B arasında hüküm doğunnaktadır. Bu gibi durumlarda *gerçek olmayan (eksik) üçüncü kişi lehine sözleşme'den* bahsedilir³³.

Asıl üçüncü kişi lehine sözleşme'de durum farklıdır. Aynı örnekte, 29
Ü'nün sadece satıcının kendisine yapacağı edimi almaya yetkili kılınmakla
icalm..fil'm zynı arnang dgğnı.dan..do.gru.y.asatıcıJ3 ytlar.şLöne_s_ürtiJebile-
cek bir alacak hakkına sahip olacağının tarafarla kararlaştırıldığı farz edil-
rsin. İste, o zaman get def daniJ !: - § c'ffe1-cü ki i lehine SOZlesniekarşlmıza
çıkacaktır. Bwnin, borç ilişkisinin yalnız taraflar arasında hüküm doğura-
cağı yolundaki kurala ciddi bir istisna getirdiği meydandadır³⁴. Çünkü Aile B arasında yapılan bir sözleşme ile kurulan borç ilişkisine tamamen yaban-
cı olan Ü, sözleşmenin yapılması ile birlikte, borçlu B'ye karşı bir alacak hakkı sahibi olmaktadır.

Gerçek (tam) üçüncü kişi lehine sözleşme halinde, e_c_ek.n9kta 30
şuradadır: Bütün borç ilişkisi değil, s.adec.eJnulişkiden..doğ_au1l1ü:ıfey:ilBir
alacakla Ü'ye aitt: incelenen örnekte Ü, yalnız,rsatıc.ı.B.:den çiç_eJde-
nn kenaisine (mülkiyeti de ge_sirilerek teslimin istemek lıamm kzanrış-
..fil: Bu un dış mda satış ilişkisi yine A ile B arasındadır³⁵. Özellikle, satış
bedeli açısından B'ye karşı borçlu olan A'dır. Bu nokta, üçüncü kişi lehine
(gerçek, tam) sözleşmeyi, *temsilden* (bununla gerçek anlamda temsili, yani
doğrudan doğruya = vasıtasız temsili kastediyoruz) ayırmaya yarar. Tem-
silci, *temsil olunan adına* hareket eder ve onun karşı tarafla yaptığı sözleş-
me sonucu kendisi değil, sadece temsil olunan alacaklı, borçlu olur; daha
doğrusu, *borç ilişkisi karşı taraf ile temsil olunan arasında kurulur*. Verdi-
ğimiz örnekte, A, Ü'nün temsilcisi olsaydı, onun Ü adına B ile yaptığı satış
sözleşmesi ile kendisi hiç bir şekilde alacaklı, borçlu olmayacak ve borç
ilişkisi bütün hak ve borçları ile doğrudan doğruya B ile Ü arasında kurula-
caktı. Üçüncü kişi lehine sözleşmede, taahhüt ettiren durumunda olan A
(alacak hakkı A değil de Ü lehine doğacağından, A'ya alacaklı değil, taah-

33) Schwarz, s. 399.

34) v. **Tubr/Peter**, § 82, I, 2, s. 237. Ayrıca bkz. **Akyol**, Tam üçüncü şahıs yararına sözleşme, İstanbul 1976.

35) Ü, "alacaklı sıfatına" bağlı tüm hakları kullanabilir, örneğin alacağını takas edebilir, borçluyu temerrüde düşürebilir, (sözleşmeden dönme seçeneği dışında) BK. m. 106'nın öngördüğü seçim haklarına sahip olur. Buna karşı, "borç ilişkisinin tarafı" olmaya bağlı haklar A'ya aittir. Örneğin borç ilişkisini hata, hile, ikrah sebebiyle sadece A iptal edebilir (Bkz. **Tevini Du Pasquier**, CR, Art. 112, N. 17 ve not 71; **Weber**, Bemer Kommentar, VI, 1, 6, Bern 2002, Art. 112, N. 112, 125).

hüt ettiren demek daha doğrudur), BK. m. 111/I'in de açıkça işaret ettiği gibi bu sözleşmeyi *kendi adına* yapmaktadır. Bunun sonucu olarak da, bütün borç ilişkisi (Ü'ye ait olan alacak hakkı bir yana) A ile B arasında doğmaktadır³⁶.

- 31 Buraya kadar verilen bu bilgiler, önemli bir noktanın aydınlanmasını zorunlu kılıyor: Ne vakit gerçek (tam) üçüncü kişi lehine sözleşme, ne vakit gerçek olmayan (eksik) üçüncü kişi lehine sözleşme vardır? Kanun, bu gibi sözleşmelerin, kural olarak, gerçek olmayan (eksik) bir nitelik taşıdıkları esastan hareket ediyor ve iki halde, üçüncü kişi lehine sözleşmenin gerçek (tam) hüviyetini kazanabileceğini kaydediyor: 1 - Tarafların anlaşması ile; 2 - Örf ve adetin bu yolda olması ile (BK. m. 111/II)³⁷. Bu kıstaslar her zaman yeterli olamayacağı için, özellikle sözleşmenin amacından, hal ve şartlardan da tarafların iradesini tamamlamak üzere yararlanılabileceği kabul olunuyor^{38 39}.

bb. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili söz! sn:ze

- 32 Alman Hukukunda ortaya atılan, İsviçre Hukukuna girmesi hayli geciken bu kavramı anlayabilmek için bir örnekten hareket etmek yararlı olacaktır:

Yanına eşi E, kızı K ve misafirleri M'yi de almış bulunan A, B'ye ait bir benzin istasyonunda yakıt ikmali yaparken, B'nin (BK. m. 100 anlamında) yardımcı kişisi olan pompacı P, sigara içerek servis yapınca bir patlama oluyor ve buna bağlı olarak otomobilde bulunanların hepsi yaralanıyor. Bu durumda, genel kurallar uygulanırsa, sözleşme ilişkisi sadece A ile B arasında kurulmuş olduğundan, sözleşmeye dayanarak B'den tazminat isteme hakkı sadece A'ya aittir. Otomobilde bulunan E, K ve M tarafı olmadıkları sözleşmeye değil (BK. m. 96 v . , ço da a elverişsiz hükümler içeren  ü l f f i f i l e i n e - (BK. m. -41 vd.) başvurmak zorundadırlar. Onların dasoztesme liülrumlerine dayanarak:-B'oell tazmin  tisteyebilmelennni sağ-lainalCıçı-nüçüncülcışıyıkoruyucu etkili sözleşme kavramı geliştirilmiştir.

36) Taraflar arasında aksi kararlaştırılmamışsa, Ü, B'den borcunu yerine getirmesini doğrudan doğruya talep edebileceği gibi, taahhüt ettiren Ada, B'den, borcunu Ü'ye ifa etmesini istemek hakkına sahiptir (v. Büren, s. 183; v. Tuhr/Peter, § 83, VI, s. 250).

37) Buradaki örf ve adetten maksat, örf ve adet hukuku olmayıp, iş (alış-veriş) hayatındaki adet ve alışkanlıklardır (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 221; Weber, not 35'de age, Art. 112, N. 50).

38) v. Tuhr/Peter, § 82, ili, s. 240.

39) Uygulamada en çok rastlanan üçüncü kişi lehine sözleşme örneği, başkası lehine yapılan hayat sigortası sözleşmeleridir. Ne var ki, Ticaret Kanunumuz "Üçüncü bir şahsın lehine yapılan hayat sigorta mukavelesinden doğan hak ve menfaatleri sigortacıdan talep ve tahsil salahiyeti doğrudan doğruya o kimseye aittir" diyerek, bunun gerçek (tam) bir üçüncü kişi lehine sözleşme olduğunu açık bir hükümle belirtmiştir (TTK. m. 1329/I).

Üçüncü kişi yararına sözleşmeden (BK. m. 111) farklı olarak, burada B, sözleşmeye taraf olmayan E, K ve M lehine herhangi bir *edim yükümlülüğü* içine girmiş değildir. Olayda, sadece *gerçekleşen sosyal temas sonucu*, MK. m. 211 /*ülümü (diirüstlük kuralı) uyarınca kanım gereği doğan (edim yükümlülüklerinde11 bağımsız) davranış ve koruma yükümlülüklerinin, sözleşmenin karşı tarafım oluşturmayan üçüncü ldşilere de yayılması (teşmil edilmesi) söz konusu olmaktadır*. Diğer bir anlatımla, burada borçlu B ile üçüncü kişiler (verdiğimiz örnekte E, K ve M) arasında da içeriği koruma yükümlülüklerinden ibaret bir kanuni borç ilişkisi kurulmuştur. Böylece zarar gören üçüncü kişiler, aralarında bir sözleşme bulunmadığı halde, diğer sözleşenden (verdiğimiz örnekte B'den), kıyas yolu ile uygulanan sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanmak suretiyle (yoksa mutlaka BK. m. 41 vd. gereğince haksız fiil hükümlerine başvurmak zorunda olmaksızın) bir tazminat talep edebileceklerdir⁴⁰.

İncelediğimiz konuda, tıpkı yukarıda incelenen taraflar arasında doğan koruma yükümlülüklerine ilişkin borç ilişkisinde olduğu gibi, A ile B arasındaki asli edim borçlarını doğuran borç ilişkisinin geçerli olup olmamasının bir rolü yoktur. Şu halde, A ile B arasındaki borç ilişkisi hükümsüz olsa bile, bu, B'nin (gerek bizzat gerekse BK. m. 100 anlamında ifa yardımcıları vasıtası ile) anılan borç ilişkisinden ötürü sosyal temas içine girdiği kişilere verdiği zararlardan BK. m. 96 vd. hükümlerine göre sorumlu tutulmasına engel olamayacaktır.

Alınan öğretisinde hakim görüş, yukarıdaki açıklamalarımıza paralel biçimde, bizdeki MK. m. 2/I hükmünü karşılayan BGB § 242'den hareket etmek suretiyle durumu açıkladığı halde, eski içtihadını terk eden Alman Federal Mahkemesi bu görüşe katılmamakta ve A ile B arasındaki sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna dayanarak üçüncü kişiyi koruyucu etkinin varlığını ve kapsamını tespit etmek istemektedir. Bu görüşün doğal bir sonucu olarak, Yüksek Mahkeme, yalnız B'nin diğer sözleşen A'ya karşı olmak zorunda olduğu "davranış kurallarına" uyulmamasının değil, sözleşmede yer alan "edim borcunun" yerine getirilmemesinin de koruyucu etkinin kapsamı içine girdiğini ve buna dayanarak üçüncü kişinin B'den tazminat talep edebileceğini kabul ediyor⁴¹.

40) Özellikle bkz. **Larenz**, SR, I, s. 224 vd.; **Canaris**, JZ 1965, s. 477 vd.; **Wiegand**, recht 1997/3, s. 93; **JauernigNollkommer**, § 328, N. 19; **Armbrüster**, Drittschaden und vertragliche Haftung, recht 1993/3, s. 90; **Weber**, Bemer Kommentar, VI/1, 6, Bem 2002, Art. 112, N. 87, 153 vd.; **Tandoğan**, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara 1963, s. 164 vd., 312 vd., 346; **Kramer**, Allg. Einleitung in das schweizerische OR, N. 144 vd.

41) Bkz. **Palandt/Heinrichs**, 64. A., § 328, N. 14, 15; **Medicus**, SR, I, N. 777-778. (Bu son yazar, edim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde, üçüncü kişinin tazminat isteyebilmesini özel bazı şartlara bağlayarak: sınırlandırıyor). -İsviçre Hukukunda üçüncü kişiyi koruyucu etkinin taraflar arasında örtülü biçimde (zımnen) kararlaştırılmış sayılacağı hallerden hareket ederek benzer eğilimde: **Gauch/Schluep/Rey**, N. 4148 vd. -

Açıktır ki, bizim kanlanmadığımız bu görüş kabul edildiği takdirde, üçüncü kişi yararına sözleşme ile (BK. m. 111), üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme arasındaki sınır iyice bulanıklaşacak, hatta yerine göre silinmiş olacaktır⁴².

- 35 Buraya kadar verilen bilgiler gösteriyor ki, bu konuda büyük önem taşıyan mesele, *hangi üçüncü kişilerin* tarafı olmadıkları bir sözleşmenin koruyucu etkisinden yararlanabileceğini belirleme meselesidir. Yaptığı bir sözleşme ile sadece A'ya karşı borç altına girmiş bulunan B'yi, aralarında herhangi bir sözleşme bulunmadığı halde, çok sayıda üçüncü kişinin sözleşme hükümlerine dayalı tazminat talepleri ile başbaşa bırakmak uygun bir çözüm sayılamaz⁴³. Şu halde, sözleşmenin koruyucu etkisinden yararlanabilecek üçüncü kişileri sınırlamak gerekmektedir⁴⁴. Bu açıdan üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme hükümlerinin uygulama alanı bulabilmesi için aranan şartları şöyle özetleyebiliriz:

- *Birinci şart*: Üçüncü kişi "edime yakın" olmalı, yani borçlunun ediminin arz ettiği *tehlike alam içinde* yer almalıdır. Borç ilişkisinin bünyesi icabı, *edime bağlı tehlikeler üçüncü kişiyi de en az alacaklı kadar güçlü biçimde tehdit ediyorsa*, bu şart gerçekleşmiş demektir⁴⁵.

- *ikinci şart*: Edim alacaklısının üçüncü kişinin korunmasında (bu tip edimlerde tipik olarak kabul edilmek gereken biçimde) *ilgisi* bulunmalıdır. Alman Federal Mahkemesinin eskiden (tamamlayıcı yorum görüşüne kaymadan önce) kullandığı bir formülle, *alacaklıya o derecede yakın bazı kişiler söz konusu olmalıdır ki, alacaklı, bunların güvenliğinin sağlanması için, borçludan en az kendisine (bizzat alacaklıya) karşı gösterdiği özen ölçüsünde özenli ve dikkatli davranmasını beklemekte, hıma güvenme/de haklı sayılabilmelidir*. Buraya ilk planda, alacaklının kendilerine karşı koruma ve

Buna karşı, **Gonzenbach** (Basler Komm., Art. 112, N. 22-23), tamamlayıcı yorum ilkesini kabul ediyor, fakat üçüncü kişinin isteyebileceği tazminatı sırf davranış (koruma) yükümlülüklerine aykırılık halleri ile sınırlı tutuyor. Açık ve kesin biçimde, üçüncü kişinin A ile B arasındaki sözleşmeden doğan "edime" yönelik bir talebinin söz konusu olamayacağı görüşünde: **Weber**, not 40'da age, Art. 112, N. 88, 153-155.

42) Bkz. **Armbrüster**, not 40'da age, s. 90.

43) İsviçre Hukukunda bu noktadan hareket etmek suretiyle, açıkça veya örtülü biçimde üçüncü kişi yararına (BK. m. 111) bir sözleşmenin yapılmadığı durumlarda, hukuki güvensizlik yaratacak biçimde üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kavramına yer olmadığı düşüncesinde: **Thevenoz**, CR, Art. 97, N. 48-49. Çözümün, reddedilmesi gereken bu kavramda değil, kanun koyucu tarafından haksız fiil sorumluluğunun zarar görenler lehine düzeltilip geliştirilmesinde aranması gerektiği görüşünde: **Schwenzer**, N. 87.05 (Alman Hukukunda benzer eğilimde: **Medicus**, SR I, N. 776).

44) Gauch/Schlupe/Rey, N. 4146; Gonzenbach, Basler Komm., Art. 112, N. 22; Medicus, SR, I, N. 773.

45) Özellikle bkz. Gernhuber, Drittwirkungen im Schuldverhältnis kraft Leistungsnabe, FS Nikisch 1958, s. 270; Larenz, SR, I, s. 227; Weber, not 40'da age, Art. 112, N. 175.

bakını yükümlülüğü altında olduğu kimseler girecektir"<•. Bu şart bazen, "üçüncü kişinin" tırnflar arasındaki sözleşmenin kanıma alanına dahil edilmekte korunmaya değer bir menfaati bulunmalıdır" şeklinde ifade edilmektedir⁴⁷.

- *Üçüncü şart*: Üçüncü kişinin hem edimin arz ettiği tehlike alanı içinde yer aldığı (birinci şart), hem de alacaklının ilgi alanına dahil bulunduğu (ikinci şart), borçlu tarafından *bilinmeli* veya *bilinebilir* olmalıdır. Bununla beraber korunacak üçüncü kişilerin adlarının ve sayılarının borçlu tarafından bilinmesine gerek yoktur⁴⁸.

- *Dördüncü şart*: Nihayet, özellikle Alman Hukukunda, üçüncü kişi talep hakkına esas teşkil eden olgular sebebiyle (alacaklı dahil) herhangi bir kimseye karşı sözleşme sorumluluğu hükümlerine dayalı aynı içerikte bir talep hakkına sahipse, onun artık üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kavramı içinde ayrıca korunmasına ihtiyaç ve gerek bulunmadığı kabul edilmektedir⁴⁹.

Acaba *misafir*, bu şekilde konunan üçüncü kişiler kapsamına girer mi? 36
Bizce, bu sorunun cevabı olayın özelliklerine göre farklı olabilir:

- Evini A'ya kiralayan malik B'nin bir merdiveni tamir ettinüekte gecikmesi yüzünden, kiracı A'nın evine misafir olarak gelen M yaralanırsa, Alman Hukuku uygulamasında yerinde olarak onun korunan üçüncü kişiler arasında yer alamayacağı ve sadece haksız fiil hükümlerine dayanarak B'den tazminat talep edebileceği kabul ediliyor⁵⁰. Buna karşı, bu örnekte, kiracı A'nın birlikte oturduğu eşinin, çocuklarının, evde çalışan hizmetçinin üçüncü kişiyi koruyucu sözleşme hükümlerinden yararlanmalarına bir engel yoktur⁵¹. Her gün, defalarla merdivenlerdeki tehlikeye maruz kalan bu kişi-

46) **Larenz**, SR, I, s. 227 vd.; **Larenz**, SR, I, 10.A., s. 169; **Gauch/Schlupe/Rey**, N. 4143.

Ayrıca karşı. **Weber**, not 40'da age, Art. 112, N. 177.

47) **Gonzenbach**, Basler Komm., Art. 112, N. 22; **Weber**, not 40'da age, Art. 112, N. 176.

48) Bkz. **Palandt/Heinrichs**, 64.A., § 328, N. 18; **Gonzenbach**, Basler Komm., Art. 112, N. 22; **Weber**, not 40'da age, Art. 112, N. 175, 176. Ayrıca karşı. **Gauch/Schlupe/Rcy**, N. 4148; **Medicus**, SR, I, N. 776.

49) **Palandt/Heinrichs**, 64.A., § 328, N. 18; **JauernigNollkommer**, § 328, N. 27. İsviçre Hukukunda aynı görüşte: **Weber**, not 40'da age, Art. 112, N. 177.

50) **Jauernig/VoUkommer**, § 328, N. 32; **Palandt/Heinrichs**, 64.A., § 328, N. 28. Anılan yazarların belirttiği gibi, bir derneğe kiralanan taşınmazlarda, kiraya verenin sebep olduğu zararlar açısından dernek üyeleri korunan üçüncü kişi sayılır.

51) Öğretide yerinde olarak belirtildiği gibi, bu örnekte, İsviçre-Türk Borçlar Kanunlarının (BK. m. 58) bina ve diğer yapı malikleri için öngördüğü ağır kusursuz sorumluluk yaptırımını dolayısı ile, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kavramı zamanaşımı süresi dışında pratik değerini kaybetmektedir (BK. m. 58'e göre sorumlulukta BK. m. 60 uyarınca bir yıl, sözleşmeye dayalı sorumlulukta BK. m. 125 gereği on yıl) (Bkz. **Armbrüster**, not 40'da age, s. 90).

lerle, yılda bir kaç defa ziyarete gelen misafir arasında, maruz kaldıkları tehlikenin yoğunluğu açısından kendisini gösteren bu fark varılan çözümü haklı gösterir.

- En başta verdiğimiz benzin istasyonundaki patlama olayında varılacak sonuç böyle olmayacaktır. Servis yapan müstahdemin sigara içerek depoyu doldurması sebebiyle gerçekleşen tehlike, kritik bir kaç dakika içinde, otomobilde bulunan eş ve çocuk gibi misafiri de aynı derecede ve aynı yoğunlukta tehdit ettiğinden, misafirin korunan üçüncü kişiler arasında yer aldığını kabul etmek gerekecektir. Bunun gibi, aynı gerekçe ile, eve tamirat için gelen ustanın Aygaz tüpünü patlatması halinde, evdeki misafir, eş ve çocuklarla birlikte korunan üçüncü kişilere dahil edilecektir. Oysa, patlama sırasında, telefonla ısmarlanmış pizzayı teslim edip gitmek üzere kapının önünde bekleyen P, ilişkisinin gelip geçiciliği sebebiyle korunan üçüncü kişilere dahil sayılamayacak ve sadece haksız fiil hükümlerine dayanarak tazminat talep edebilecektir.

37 Görüldüğü gibi, kimlerin korunacak üçüncü kişiler kapsamına girdiği, bu şekilde, imkan ölçüsünde belirli ve önceden görülebilir hale sokulmak istenmektedir. Zira, sadece belirli sınırlar içinde kalmak şartı ile, dürüstlük kuralının (MK. m. 2/I) borçluya, alacaklıya karşı göstermek zorunda bulunduğu özen (ihtimam) mükellefiyetini, aynı ölçüde olmak üzere bu kişilere de göstermek mecburiyetini yüklediği söylenebilir. Böylece, karşı tarafa bilinebilir biçimde, alacaklının da kendilerini korumak için hukuken (veya ahlaken) özen göstermek yükümlülüğü altında olduğu, birlikte yaşadığı aile efradı yahut evinde veya işletmesinde çalıştırdığı hizmetliler veya bazı hallerde bir misafir gibi, borçlunun ediminin tehlike alanı içine giren, ancak önceden kesin biçimde belirlenmesi mümkün olmayan birtakım kişiler bahis konusu sınıra dahil olabileceklerdir.

38 Kendi adlarına hareket eden bir ana baba ile bir hekim arasında küçük (örneğin sekiz yaşındaki) çocuklarının tedavisi için sözleşme yapıldığı takdirde, burada da üçüncü kişiyi (çocuğu) koruyucu etkili bir sözleşmeden söz açılabilir mi? Alman Hukukunda bu soru genellikle "evet" diye cevaplandırıldığı halde⁵², bize daha uygun gözüken görüşe göre⁵³, bu ihtimalde BK. m. 111 anlamında doğrudan doğruya üçüncü kişi (çocuk) yararına yapılmış bir sözleşme söz konusudur.

39 Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme görüşü bir Yargıtay kararında⁵⁴ açıkça kabul edilmiştir. Yüksek Mahkemenin incelediği olayda, arızalı ve gaz kaçıran bir gaz tüpü, alıcının yardım talep ettiği bir üçüncü kişi tarafından tamir edilirken patlamış ve üçüncü

52) Palaodt/Heinrichs, 64. A., § 328, N. 22.

53) Weber, not 40'da age, Art. 112, N. 183.

54) HGK, 6.5.1992, E. 1992/13-213, K. 1992/315 (YKD, 1992/8, s. 1176).

kişinin yamuluninasınn yol açmıştır. Yüksek Mahkeme, üçüncü kişinin, alıcının yardımı gelmekle satıcı ile alıcı arasındaki borç ilişkisinin gılven ortamına dahil olduğunu kabul etmiş ve onun tûp s:ıttıcısını karşı açtığı tnzminıt davası ile ilgili olarak şunları kaydetmiştir: "Bir başka ifadeyle bumda kanun (MK. m. m. 2) gereğince borçlu ile ılacaklı arasında olduğu kadar, borçlu ile üçüncü kişi durumunda olan davacı arasında da hiçbir edim yükümlülüğü ihtiva etmeyen ve fakat konınia yükümlülüğüne dayanan üçüncü şahsı koruyucu etkili bir borç ilişkisi olmuştur. Dolnyısıyle de, davacının akde aykırılık hükümlerine göre tazminat talebinde bulunması yerindedir ve uyuşmazlığa on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerekir."

Son olarak işaret edilmesi gereken bir nokta da şudur: Bir görüş, üçüncü kişinin sadece *şahsına* ilişkin zararlarının belirtilen esaslara göre tazmin edilmesini öngörüyor. Oysa, *Canaris'in* belirttiği gibi, *mala* ilişkin zararların da aynı esaslar gereğince tazmininin istenebileceğini kabul etmemek için bir sebep yoktur⁵⁵. 40

3. Borç ilişkisinden doğan (nisbi) hakların kuvvetlendirilmesi

Bazı hallerde, borç ilişkisinden doğan hakların yerine getirilmesini borçlu dışında bir takım üçüncü7Gşilerdende ta ep-etme im.Kan dahiline gırmektedir. Tiaha ziyade Eşya Hukukunun konustına giren bu mesele üzere daha fazla durmamak ve iki önemli hali kısca elirtmekle yetinmek istiyoruz. 41

a. Tapu kütüğüne şerh edilebilen kişisel haklar

Kanun tarafından açıkça öngörülen ve taşınmazlara ilişkin bulunan bazı kişisel hakları tapu i. e ş erli y d r d a r ın t a z Q z n i de --sonradan hak iktisap eden üçüncü kişilere karşı da öne sürülmesi sağlanabilmektedir. 42

b. Zilyetlik vasıtası ile kişisel hak sahibinin durumunun kuvvetlenmesi

Burada hem taşınır, hem de taşınmaz mallar bakımından önemi olan bir 43

55) *Canaris*, JZ 1965, s. 478. Aynı fikirde: *Tandoğan*, not 40'da age, s. 161-162, 365. *Canaris'in* yerinde olarak belirttiği gibi (bkz. s. 478, 480), *sözleşme müzakereleri* sırasında taraflar arasında meydana gelen kamını borç ilişkisinin de üçüncü kişiyi koruyucu etkili alması imkanı vardır. Örnek: B otomobilini A'ya satmak istemektedir. A önce otomobili denemek istiyor. Bunun için yanında eşi E olduğu halde direksiyona geçiyor. Ne var ki, otomobilin frenleri tamire muhtaçtır ve B müstahdemi C'nin bir kaç gün önce bu tamirattı yaptırdığını sanmaktadır. O, frenlerin tamir edilmesi gerektiğini C'ye söylemiş, sonra bu tamiratin gerçekten yapıp yapılmadığını hiç araştırmak lüzumunu duymadan, deneme gezisi yapmak isteyen A'ya otomobili teslim etmiştir. Frendeki arıza yüzünden meydana gelen kazada, arada bir sözleşme kurulmamış olduğu halde, hem A hem E, "culpa in contrahendo" kavramı çerçevesinde B'yi sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre sorumlu tutabilirler. E, bu örnekte, sözleşme müzakereleriyle A ile B arasında doğan kanuni borç ilişkisinin üçüncü kişiyi koruyucu etkisinden yararlanmaktadır.

ihtimal ile karşılaşırız. Kişisel hak sahibi (özellikle bizi burada ilgilendiren alacak hakkı sahibi), şeyin *zilyetliğini* elde ettiği andan itibaren, *aynı /hak gibi korunduğu* şüphe götürmeyen (MK. m. 894 vd.) zilyetlik sayesinde daha kuvvetli, üçüncü kişilere karşı da öne sürülmesi mümkün bir hukuki durum elde etmektedir.

Örnek: B evini A'ya kiraya vermiştir. Evin zilyetliği henüz kiracı A'ya geçirilmeden önce, B aynı yeri bu defa Ü'ye kiraya verir ve teslim ederse, A bir alacak hakkından ibaret kalan kira hakkını Ü'ye karşı öne süremez. O, ancak kira sözleşmesinden doğan borcunu yerine getinmeyen B'ye başvurup tazminat talep edebilir⁵⁶. Aynı örnekte, B evin zilyetliğini (örneğin MK. m. 977 çerçevesinde anahtar teslimi suretiyle) A'ya geçirdikten sonra, A henüz eve taşınmadan, aynı yere Ü'yü kiracı olarak alsaydı, sonuç farklı olacaktı. Evin zilyetliğini bir defa ele geçirmiş olan A, bu defa aynı hak gibi korunan zilyetliğine dayanıp, bu zilyetliği gasbetmiş duruma geçen Ü'yü doğrudan doğruya evden çıkarabilirdi.

IV. Borç ve Sorumluluk

1. Genel Olarak

44 Sorumluluk (mesuliyet) kelimesi, Borçlar Hukukunda iki anlama gelebilir:

a. Bu kelimenin birinci anlamı, bir kimsenin diğerine karşı ika ettiği⁵⁷ verici ve (mutlak veya nisbî anlamda)-hukuka.ay.k..1.r.1_bil fiilden_ötürü ona karşı sorumlu tı} İması, yani bir tazminat ödeme. .y.ükümlülüğü altına girmesidir. Bir kimsenin haksız fiilinden yahut borca aykırı hareketinden sorumlu olduğunu söylerken bu anlamd'1 sorumluluğu kastederiz. Bu gibi durumlarda"... den sorumluluk"tan bahsedilebilir"⁸ — — — — —

b. Sorumluluk kelimesinin, bizi burada asıl ilgilendiren anlamı başkadır. Bununla, borcunu yerine getirmeyen borçlu malvarlığının, alacaklı-nın el koyulması konu olması; alacaklının bu malvarlığından zorla alacağını elde etmesi imkanı kastolunuyor. Baska bir ifade ile, borcunu ödemeyen borçlu, alacaklıya karşı (malvarlığı ile) sorumludur: "... ile sorumluluk)". Borç, borçlunun alacaklıya karşı bir edimin yerine getirilmesini (bir şeyin

56) B'nin evi Ü'ye kiralayıp teslim etmesi ile, B ile A arasındaki kira ilişkisi hiç bir şekilde sona ermez. A, tazminat talebini, devam edegelen bu borç ilişkisine dayandıracak ve ademi ifadan (borcun yerine getirilmemesinden) doğan olumlu zararının tazminini isteyecektir.

57) Borçlu bu fiili *bizzat* veya *yardımcı kişileri* vasıtası ile (BK. m. 55, 100) ika etmiş olabilir.

58) *Schwarz*, s. 75 vd.

veriİmcsini ap_İlnias.uuı apİİlmainasuu.) la.ahlİüt etmesi• sorumluluk ise edimini yerin• getiın e İnesi halinde bunun sorİİJ3İ olar•k. alacaklının-onun İİİ-İ_lva.rılığına hukuken el koydurara.k._alacağınzı zorla elde etmesine katlanmasıdır.

Durumu iyi anlıyabilmek için biraz geriye dönelim. Borçlunun borç ilişkisinden doğan borcunu yerine getimmediğini farz edelim. Bunun üzerine. alacaklının her zaman derhal borçlunun sorumluluğunu harekete geçirmek zorunda olduğunu sanmak doğru değildir. Onun, daha önce, borç ilişkisi üzerinde başka biçimde etkili olmak imkanı olabilir. Örneğin, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede, borçlu borcunu ifada gecikmiş (BK. m. 101 anlamında *temerriide* düşmüş) olsun. Alacaklı, BK. m. 106 gereğince, ona ifa için *uygun bir mehil* tayin ettikten (veya hakime ettirdikten) sonra, bu mehil içinde borç ifa edilmemişse üç imkandan birini seçmek hakkını kazanır:

CJ>-- Her zaman borcun ifasını talep etmek ve bunun yanında gecikme tazminatı istemek.

(D- İfa ve gecikme tazminatı taleplerinden vazgeçtiğini derhal borçluya bildirmek kaydı ile, borcun ifa edilmemesinden doğan zararının tazmini istemek,

G)- Yine ifa ve gecikme tazminatı taleplerinden vazgeçtiğini borçluya derhal bildirip sözleşmeden dönmek (rücu etmek). Bu halde, ayrıca uğranılan olumsuz zararların tazmini de istenebilecektir.

Alacaklın•aJ.le birlikte-veya-ifa--yerine tazminat talep-etmesi-yahut fü?zle meden dönmesi, hep borç ilişkisi üzerinde etkili olan davranışlardır ve bu duruma düşen borçlu bunlara katlanmak zorundadır. Ne var ki, *bu aşamada, henüz borçlunun sorumluluğu söz konusu değildir.*

Borçlunun sorumluluğu, alacaklının (varsa) bu gibi kanun tarafından bahşedilmiş seçim haklarını da kullanmasından sonra, *borcun aynen yerine getirilmesini* veya bununla birlikte yahut bunun yerine *tazminat ödenmesini* talep ve dava ettiği zaman söz konusu olacaktır. İcra ve İflas Hukukumuzun sisteminde, para ve teminat borçları dışında, cebri icra oll ! n• \)aşvurabil-mek fçin, alacaklının oricebir edim (ifa) davası ile borçluyu dava edip, cebrficra ta ı atına ayanak o acak l<esinleşrnış hır mah7ieine kararı elde etmesi gerekir•Bu-nakarşı, para ve teminat borçlarında doğrudan doğruya *icraya* başvurmak caizdir (İlamsız icra) (İc. İf. K. rn. 42 vd).

Görülüyor ki alacaklı, borcun (ister asli edim yükümlülüğünün olsun, ister sonradan doğan tali edim yükümlülüğü niteliğindeki tazminat borcu-

l•.1'c.L bocvfı • rneirc :
e.,lc.-ec.İİİ

27

1.) borcun ifasını talep + gecikme tazminatı

2.) ifa ve gecikme tazminatı taleplerinden vazgeçtiğin borçluya bildirip, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın tazmini istemek

3.) ifa ve gecikme tazminat taleplerinden vazgeçip, sözleşmeden dönme

min olsun) zorla yerine geticilmesini-Sağ-lamak.iizere kural olarak,-Devlet kuvvetlerinin yardırı:!!na muhtaçtır. Borçlunun borcunun bir taşınır malın teslimindell ıbılduğunu farz edelim. Bu ihtimalde, mahkeme kararını alan icra müdürü, borçluya bir icra emri tebliğ ederek yedi gün içinde malı teslim etmesini emreder. Borçlu bu emre uymazsa, mal zorla kendisinden alınıp alacaklıya verilir (İc. İf. K. m. 24). Borcun bir para borcu olduğunu düşünelim (alıcının semen borcunda olduğu gibi, para aslı edim yükümlülüğünün konusunu teşkil edebilir veya aslı edim yükümlülüğü bir mal teslimine, bir şey yapmaya veya yapmamaya ilişkin olduğu halde, sonradan bir tazminat ödeme ve dolayısıyla para borcuna dönüşmüş olabilir:L..Alıncaklı, cebri icra yolu ile borçlu taki edi onun alacağını karşılay:acak ar a ma mı aczetti bilir y e bu mal lann ü rJl yolu ile satı ndan elde edilen bedelden alacağını alabilir. Bütün bu durumlarda, borcunu ifa etmeyeİioörç u: alacaklının Devlet kuvvetleijnin yardımı ile rnalvarlığına el koyara"l alacagzn-i bu malvat-lığzndan zorla elde etmesine katlanmak :2:Orundadır. İşte borçlunun alacaklıya karşı sorumluluğundan bahsederken kastedilen de budur.

- 47 Kural, alacaklının Devletin (mahkeme, icra makamları) ya rdımı ile alacağını zorla e e edebilmesidir. Fakat bazı istisrıı sayılabilecek hallerde, alacaklı hakkını borçlunun rızası aranmadan e etmek için Devlet kuvvetlerine muhtaç değildir. Bunun en iyi ömeğL mkgs.tır. Borçlar Kanunum!Zda borcu düşüren sebepler arasında düzenlenen (BK. m. 118-124) takastan maksat şudur: İki taraf karşılıklı olarak aynı cinsten edimleri birbirlerine borçlu oldukları takdirde, söz konusu borçları-fiilen ödemek zorunluğu bulunmaksızın, taraflardan her biri takası öne sürerek bu alacakları miktarı 1a! olan nispetinde sona erdirebilir. Yeter ki, söz konusu alacaklar m'Uac-cel ve davası kabil geçerli alacaklar olsun. Iak yenilik dofu!ir hı takas beyanıyenilik dofu.!ran bir irade be an dır. B u beyanın karşı tarafa vardığı anda, borçlar "takas edilebileceklel : ainciCJ..lJJlhar.eri en az Ölan Sörcun miktarı nispetinde salat olmuş (düşmüş) addolunur" (BK. m. 122ffi). Örnek: A B'deni00.000 lira alacaklı, B'ye 80.000 lira borçludur. A'nın takas beyanı üzerine her iki borç 80.000 lira nispetinde düşer ve A, B'den 20.000 lira alacaklı kalır. Burada, takas beyanında bulunan A, alacağını (verdiğimiz örnekte hiç değilse 100.000 liralık alacağının 80.000 lirasını), B'nin rızası hiç aranmadan, fakat mahkemeye ve icraya başvurmak da gerekmeksizin elde etmektedir⁵⁹. Bununla beraber, borçlunun sorumluluğundan söz açıldığı zaman, ilk planda düşünülen, alacaklının mahkeme ve icra yolu ile borçlunun malvarlığına el koyabilme imkanına sahip olmasıdır, bu gibi devlet kuvvetlerinin aracılığı olmadan gerçekleşen hakkın yerine geti-

59) v. Düren, s. 10.

Takas = alacaklı hakkını borçlunun rızası aranmadan elde etmek için devlet kuvvetlere muhtaç değil



ılması yollar değil! Ne var ki, bu inldının da borçlunun sorumluluğu kavramı içinde ele alınması gerektiği inkar edilemez.

2. Sorumluluğun Çeşitleri

a. Kişi ile sorumluluk, malvarlığı ile sorumluluk

Es<i❖r.de,boicun❖Fine-get❖ey.eıı-bofıylunun❖şahsı-ile-sorumlu 48
tutulması. alacaklının onu a ısı a. cl. ku.y.ınası..kab.ul...e.diliyordu. (Kişi ile sorumluluk) . Borç için kölelik, borç için hapis bu anlamda sorumluluğun tarih içindeki çeşitli gelişme aşam❖İann! ifade eder. Modern hukukta, bu esa-sterkedilmiştir. Borçlu, şahsı ile değil, malvarlığı ile sorumludur. Borç ödenmediği zaman:alacaklı onun şahsına değil, kural olarak Devlet organlarının yardımı ile ancak malvarlığına el koyabilir⁶¹.

b. Malvarlığı ile sorumluluğun çeşitleri (Sınırsız sorumluluk ve sınırlı sorumluluk)

aa. Sınırsız sorumluluk

Asıl olan budur. Borçlu, borcunu ifa etmediği zaman, alacaklıya karşı 49
bütün malvarlığı ile sorumludur⁶². Bazen bu durumu ifade etmek üzere borçlunun kişisel olarak (*şahsen*) sorumlu olduğundan söz açılır. Bu, yanlış anlamaya yol açabilecek bir deyimdir. Bununla alacaklının borçlunun şahsı üzerine el koyabilmesi değil, kişinin arkasında yer alan bütün malvarlığının sorumlu olduğu ifade edilmek istenir⁶³.

bb. Sınırlı sorumluluk

Bu da çeşitli biçimlerde karşımıza çıkabilir.

60) Bu konuda özel olarak bkz. **Schwarz**, s. 82 vd.

61) Temel kural bu olmakla beraber, İcra ve İflas Hukuku sistemimizde, bazı *istisnai hallerde*, kanunun açıkça öngördüğü şartlar gerçekleşmek kaydı ile, borçlunun *hapis yolu ile tazyik edilmesi* imkanı vardır. İc. İf. K. m. 344/1 buna iyi bir örnek teşkil edebilir. Anılan hükme göre "Nafakaya ilişkin kararların gereğini yerine getirmeyen borçlunun, alacaklının şikayeti üzerine, üç aya kadar tazyik hapsine karar verilir. Hapsin tatbikine başlandıktan sonra kararın gereği yerine getirilirse, borçlu tahliye edilir." (Aynca bkz. İc. İf. K. m. 343). Bunun gibi İc. İf. K. m. 76 gereğince "Mal beyanında bulunmayan borçlu, alacaklının talebi üzerine beyanda bulununcaya kadar İcra Mahkemesi hakimi tarafından bir defaya mahsus olmak üzere hapisle tazyik olunur. Ancak bu hapis üç ayı geçemez."

62) Şüphesiz İcra ve İflas Kanunu tarafından haczi caiz sayılmayan mallar bu sorumluluğun dışında kalır (Bkz. İc. İf. K. m. 82 vd).

63) v. **Büren**, s. 13; **Larenz**, SR, I, s. 25.

aaa. Konu bakımından sınırlı sorumluluk

- 50 Kanun bazılarında de, borçlunun sorumluluğunu malvadiğının (özel bir malvarlığı teşkil eden) bir parçasına inhisar ettirmiş olabileceği gibi, tartışılabilir. Şu var ki, alacaklının böyle bir sınırlamaya razı olması çok zayıf bir ihtimal olduğundan, anlaşma yolu ile sorumluluğun sınırlandırılması pratik değerden yoksun bir ihtimal olarak kalır⁶⁴.

Kanun yoluyla sınırlandırma yasa ile çekilen Lörnek Devletin tereke alacaklıları!} a karşı, sadece kendisine intikalden Jereke ile sorumlu tutulmuş. Ölmüştür. Alacaklılar, Devletin bunun dışında kalan malvarlığına cil<Oyainazlar. "Devlet ... borçlardan sadece n'ü'EŞ. ohuy fg.C?.di ndiğul.eğer-lei: ij/s ü şüilde sorumludur" diyen MK. m. m. 631/11 hükmü bunu yeterince başarılı biçimde ifade edebilmiş değildir.

bbb. Eşya ile sorumluluk (aynı sorumluluk) (Sachhaftung)⁶⁵

- 51 Bazen konu bakımından sınırlı sorumluluğun özel bir hali olarak ele alınan bu ihtimali, ayrı bir sorumluluk şekli olarak inderler. daha doğru gÖzüküyor. Bu halde, malvarlığına dahil belirli bir eşya üzerinde bizzat borçlu veya üçüncü kişi tarafından alacaklı lehine bir sınırlı (mahdut) ayni mal, özellikle tehin hakkı tanınmakta ve (prensipte olarak borçlunun! bütün malvarlığına el koyma hakkını kaybetmeyen) alacaklıya, hakkını bu mal üzerinden öncelikle ve imtiyazlı olarak elde etme imkanı bahsedilmektedir.

Durumu ve bu halin gerek sınırsız gerekse konu bakımından sınırlı sorumluluğa nazaran arzettiği farkı daha iyi anlayabilmek için şu noktaları belirtmek icap ediyor:

Bir kimse (borçlu), bir diğerine (alacaklı) karşı borçlandığı zaman, onun bu borcu karşılayan sorumluluğu, hiç bir zaman, borç ilişkisinin kurulduğu andaki malvarlığı ile değildir. Bu, sınırsız sorumlulukta olduğu kadar, konu itibarı ile sınırlı (borçlunun genel malvarlığı yanında yer alan özel bir malvarlığına inhisar eden) sorumlulukta da böyledir. Her iki halde de, borç ilişkisinin kurulması ile, borcun ödenmemesi sonucu alacaklının borçlunun malvarlığına el koyduğu süre arasında, bahis konusu malvarlığı çeşitli değişikliklerle uğraşabilir. Bu değişiklikler alacaklının lehine olabileceği gibi; aleyhine de olabilir. Borçlu arada (genel veya özel) malvarlığına dahil olan yeni mallar iktisap etmişse, değişiklik alacaklının lehinedir. Buna karşı, borçlunun malvarlığında bulunan çeşitli değerlerin arada malvarlı-

64) v. Büren, s. 14; v. Tubr/Peter, § 2 not 58.

65) Bkz. Schwarz, s. 90; Larenz, SR, I, s. 25; v. Büren, s. 13-14.

ğından çıkmış bulunması da ihtimal dahilindedir. Örneğin, borçlu malvarlığının aktif kısmına dahil değerlerden en büyükleri olan çiftliğini satıp parasını yiyor, gemisi batıyor. Bu değerler böylece borçlunun sorumluluğunun dışında kalmış olurlar. Çünkü, *borçlu, alacaklıya karşı sadece cebri icra yolu ile malvarlığına hukuken el koyduğu anda mevcut malları ile sorumludur*⁶⁶. İşte bu tehlikeyi önlemek ve alacaklıya alacağı için bir teminat sağlamak amacı ile belirli bir mal üzerinde bir rehin hakkı kurulabilir. Artık alacaklı, o malın değeri üzerinden alacağını öncelikle almak imkanını kazanmıştır. Malın arada borçlunun malvarlığından çıkmış, üçüncü bir kişiye devredilmiş olması da, prensip olarak, alacaklının hakkı üzerinde olumsuz bir etki yapamayacaktır. Zira, alacaklı aynı bir hak olan rehin hakkını, malın yeni maliklerine karşı da ileri sürebilir. Borçlu iflas ederse, alacaklı rehin hakkına dayanarak söz konusu malın satış bedeli üzerinden alacağının tamamını yine öncelikle alır ve geriye bir şey kalırsa, iflas masasına dahil diğer alacaklılar arasında paylaşılır. Görülüyor ki, sırf eşya ile (ayni) sorumluluk halinde, alacaklının durumu garanti altına alınmıştır. Rehin hakkına konu olan eşya, diğer bütün alacaklılardan önce, kendisine karşı sorumludur. Özellikle rehin üçüncü bir kişi tarafından verilmişse, durum daha iyi anlaşılır. J2'nin AY-a olan 200.000 liralık b q rcu i i, .P' n oto obilini A'ya rehnettiğini farzedelim. B l :dlu mda pgrçJu B'q Onun A'ya karşı bütün malvarlığı ile sorurniuluğu (sınırsız sorumluluk) devam etmektedir.

-şü-va ki, oton:obilip.-:ma i/zi Y ç !:jr se lgld AY-O5lu oimc! ığı halde, B'nin borcu için *sadece otomobili ile A'ya karşı sorumludur* e A, otomobil üzerinden alacağını, Ü'nündiğer bütürü-alacaklılarından önce tam olarak **aima hakkına sahiptir**⁶⁷.

bs,,d., <"<c_\vu? ,k'LL+
be.\'icl, 'oir p('c- ic)n S n...('(\ldv-

ccc. *Miktar itibarı ile sınırlı sorumluluk*

Bazen borçlu bütün m va !:ğı ile, t d ce b lidiJ >jr gıktar için 2

(örneğin 100.000 lira ile) sorumlU olabilir. Doktrinde hakim olan fikir, yerindeolarak, öü gibi nallerde *soru-mluluğun* değil *borcun* sınırlanmış oldu-

66) Yalnız, kanunun açıkça öngördüğü bazı şartların gerçekleşmesi halinde (İc. İf. K. m. 277 vd.), borçlunun, malvarlığına haciz veya iflas yolu ile hukuken el konulmasından önce malvarlığından çıkarmış olduğu bir takım değerleri, alacaklılar iptal davası açarak yeniden borçlunun kendilerine karşı olan sorumluluğuna dahil ettirebilirler.

67) Eşya ile sorumluluk haline diğer bir örnek olarak taşınmaz rehninin çeşitlerinden biri olan *irat senedi* gösterilebilir. MK. 903/III gereğince "İrat senedi, kişisel borç doğurmaz". Şu halde, bunun diğer rehin haklarından farkı şuradadır: İrat senedinde, irat senedine konu olan taşınmazın maliki, sırf bu taşınmaz ile sorumludur. Alacaklının, ayrıca onun bahis konusu taşınmaz dışındaki malvarlığı değerlerine başvurma hakkı hiç yoktur. Oysa alelade rehin hakkında, borçlu alacaklıya karşı, rehinle temin edilmiş borçtan ötürü bütün malvarlığı ile sorumlu olmağa devam eder. Onun yalnız, rehin konusu eşya açısından, alacaklıya bir imtiyaz bahşeden *eşya ile sorumluluğu*, genel (sınırsız) sorumluluğuna eklenmiş durumdadır (Bkz. v. **Düren**, s. 14).

ğunu kabul ediyor⁶⁸. Şu halde *sıf belirlı bir miktar ile sorumluluk diye ifade edilen haller, aslında sınırlı bir sorumluluk hali sayılamazlar*.

53

Yukarıda varılan sonucu eleştiren **Çağa**⁶⁹ ve **Kender'in**⁷⁰ düşünceleri isabetsizdir. Çağa'nın verdiği şu örnek ilginçtir: Donatana ait gemiyi kullanan kaptan, Pire limanında A finnasından 100.000 liralık veresiye yakıt ve kumanya almış ve Marsilya limanına yakJastığı sırada B şirketine ait boş seyreden bir gemiye kusurlu hareketiyle çarparak, can ve başkaca mal kaybına meydan vermeden batırmıştır. B şirketinin uğradığı zarar 5.000.000 TL'dır. Donatan, kaptanın bu işlem ve fiilleri sonucu 5.100.000 TL.'lik bir borç altına girmiştir. Ancak, bu borçlanmadan ötürü sorumluluğu gemi ve İstanbul-Marsilya seferine ilişkin biiit navlun ile sınırlıdır. Olayda navlun bedeli olan 200.000 lira, gemi İstanbul'da iken peşin olarak tahsil edilmiş, çarpma sonucu ağır hasara uğrayan gemi ise TIK. m. 990 gereğince 4.000.000 TL'na satılmış ve bu tutar donatana teslim olunmuş ise, TIK. m. 1252 ve 1254 gereğince, donatan, yukarıda sözü geçen iki alacakJıya (A ve B) karşı, artık bütün malvarlığı ile, fakat tahsil ettiği navlun ve gemi satış bedeli ile (4.200.000 TL.) sınırlı olarak sorumlu olacaktır. Çağa'ya göre, bu durumda, donatanın 5.100.000 TL.lık toplam borcunda "herhangi bir değışiklik vuku bulmamıştır. Borç evvelce ne idi ise yine odur." Değışen sadece sorumluluğun çeşidi-dir. Bundan böyle, A ve B, 5.100.000 TL. lık alacakları için donatanın bütün malvarlığına, fakat sadece 4.200.000 TL. için başvurma imkanına sahip bulunacaklardır, zira 5.100.000 TL. ile, sorumluluğu sınırlayan 4.200.000 TL. arasındaki farkı ifade eden 900.000 TL. donatanın tabii (doğal) borcudur.

İlk önce şu noktayı belirtelim ki, Çağa'nın, donatanın sadece tahsil ettiği navlun ve gemi satış bedeli olan 4.200.000 TL.'dan sorumlu tutulabileceği aşamada, onun borcunda "herhangi bir değışiklik vuku bulmadığı", borcun "evvelce ne idiyse yine o"olduğu yolundaki beyanları, borcun 900.000 TL. lık bölümü bundan böyle, yine kendi ifadesiyle tabii (doğal) borç statüsüne geçtiği için doğru değildir. Diğer taraftan, bu örnekte, başlangıçta 5.100.000 TL. olan borç, artık sorumluluk miktarı olan 4.200.000 TL.'na düşmüştür. Gerisi, gerçek ve tam anlamı ile bir borç olmayıp, borçlunun keyfi isterse ödeyeceği bir meblağ'dan ibarettir. Çağa'nın yanılığısı "tam ve gerçek anlamı ile borç" ve "tabii borç" kavramlarını aynı statüde görmesinden ve (özel durumu olan zamanasırmna uğramış borçlar bir yana), tabii (doğal) borçlar alanında, "hukuki anlamda" bir alacak hakkına yer kalmadığını gözden kaçınnasınqan kaynıklanmaktadır⁷¹.

V. Borç ve Kü'üf e't

54

Sigorta Hukukundan Borçlar Hukukuna aktarılan külfet (*Obliegenheit*) kavramı, kanun tarafından kendisine yüklenen bazı davranış ödevlerini yerine getirmeyen kişinin haklarını tamamen veya kısmen kaybetmesi, kısaca kendi yararına bir hukuki durumu elde edememesi, ondan yoksun

68) v. Tuhr/Peter, § 2, VII, s. 19; Larenz, SR, I, s. 22; Tandoğan, Notions, s. 53; Tuço-mağ, s. 39.

69) Çağa, Mahdut şahsi mesuliyet mefhumuna dair, İBD 1970, s. 518 vd.

70) Kender, Türk ve Alınan hukuk sistemlerinde donatanın sınırlı sorumluluğna tabi borç-larında temerrüt ve dava faizi, İBD, 1973, s. 1181 vd.

71) Bu konudaki açıklamalar için bkz. aşağıda§ 5.

kalmasını ifade ediyor. Söz konusu külfeti erine etinn.cklc yükümlü olan kişi, bir başkasına karşı belirlenen davranışla uyulunmak bir şeyi yapmak zorunda a imim zorundadır. Şu var ki, karşı taraf bu sebeple (söz konusu davranışa ilişkin olarak) alacaklı sıfatını kazanmamıştır, külfetin aynen ifası veya külfete uyulmaması sebebiyle tazminat talepleri kendisine tanınmamıştır. Mevcut yegane yaptırım, yükümlü olduğu külfeti yerine getirmeyenin *bazı haklarını (kendi yararına bir hukuki durumu) kaybetmesidir*. Satış sözleşmesinde BK. m. 198 gereğince, alıcının kabzettiği (teslim aldığı) malı zamanında muayene edip veya ettirip, ayıplı olduğu anlaşılırsa bunu derhal satıcıya bildirme (ihbar etme) külfeti buna iyi bir örnek teşkil eder. Zamanında muayene veya zamanında ayıbı bildirme (ihbar) külfetlerine uymayan alıcı (gizli ayıplar bir yana), satıcıya karşı ayıp hükümlerinin kendisine tanıdığı hakları kaybeder. Söz konusu muayene ve bildirme külfetleri alıcı için teknik anlamda bir *borç* teşkil etmezler. Satıcı, bunların yapılmasını alıcıdan talep edemeyeceği gibi, yapılmaması sebebiyle tazminat da isteyemez. Fakat onun böyle bir himayeye ihtiyacı da yoktur. Çünkü anılan külfetleri yerine getirmeyen alıcı, satıcıya karşı ayıp hükümlerine dayanarak bir talepte bulunmak hakkını kaybetmektedir. Diğer bir örnek, BK. m. 44'de düzenlenen müterafık kusur (zarar görenin kusuru) halidir. Zarara uğramamak veya zararın artmasını önlemek için gerekli tedbirleri almayı, bu konuya ilişkin külfetlere uymayı ihmal eden kişi, haksız fiil sonucu kendisine zarar veren faile karşı elde ettiği tazminat hakkını tamamen kaldırılmasına katılmak zorundadır. Tırida, bu sebeple 151r indirim (tenkis) yapılmasına; hattayere göre bii taz-

§ 3. Edim

Genel Olarak

Edim veya eda (*Leistung, prestation*) deyince, bundan bir kimsenin diğerine karşı gösterdiği öyle bir *davranış* anlaşılır ki, bununla söz konusu davranışta bulunan taraf diğerinin *yararına* (ona olumlu bir değer sağlayan) bir *harcamada* (sarfiyatla) bulunur¹. Demek ki, bir kimse kendi davranışı ile diğerinin yararına bir harcamada bulununca, bir edimi yerine getirmiş olmaktadır. Bu harcamanın mutlaka malvarlığından yapılması gerekmez. Beden gücü (işçi çalışıyor) veya zihin gücü (bir mimari proje hazırlanıyor) kullanılarak yapılan harcamalar da buraya girer. Diğer taraftan, edimle hazan "edim eylemi (fili)" (*Leistungshandlung*), bazan ise "edim sonucu"

72) **Larenz**, AT, s. 205; **Medicus**, AT, N. 59, **Jiiggi**, Vorbem. vor Art. 1, N. 78; **Kramer**, Allg. Einl. in das schweizerische OR, N. 113 vd.

1) **Jaggi**, Vorbem, vor Art. 1, N. 28; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 35.

(*Leistungserfolg*) kastedilir. „Bir sözleşmesinde işçi sözleşmeye uy-
Eun biçimde çalışarak, yani edim eylemi ile borcunu yerine getirir.-Oysa bir
❖ (istisna) sözleşme❖sinde sadece çalışıp eylemde bulunmak y_e_tmez, ta-
ahhüt edilen eserin (edim sonucunun) sözleşme çerçevesinde tamamlanıp
teslim edilmesi gerekir, zira, borç-ada alacaklının tatmin edilmesi belirli bir
sonucun ortaya çıkmasına bağlanmıştır².

- 2 Çok defa edim, *borcun konusu* olarak ifade edilir³. Bu, şüphesiz doğrudur. Bu anlamda edim, borçlunun borcunu ifa etmek üzere vermesi, yapması veya yapmaması gereken şeyleri ifade eder. P.öğ!1! Olma an n.9.kt ç1, edimin her bir an❖n bir borcun konusu olduğunu sanmaktır. Edim. b-9.I Çtan bağımsız bir kavramdır. *Jaggi'nin* isabetle belirttiği gibi edimin, her zaman bir-borcun konusu olmakla kalmadığı şundan anlaşılır ki, her alacak bir edimin ifasına yöneldiği halde, her edim borçlanılmış değildir. Bazen borçlanılmamış edimler de yerine getirilir. Örneğin, B. borçlu olduğu zannı ile A'ya bir ödemede bulunursa (sözleşme batıl olduğu için bundan geçerli borçlar dogmamıştı), o, bir edimi yerine getirmiştir (edada bulunmuştur). Ne var ki, bu edim, mevcut ve geçerli bir borcun konusu değildir; ifa sebebi ile (solvençli cırus-afet-eğit; -sine causa (sebebsiz olarak) gerçekleşmiştir⁴:

- 3 Yukanda edime ilişkin olarak verilen tarif, bu kavram ile *kazandırma* (*Zuwendimg*) kavranu arasındaki farkın belirtilmesini zorunlu kılıyor. Kazandırma öyle bir fiildir ki, bununla bir kimse diğerine *malvar/iğzna ilişkin bir menfaat* (çıkar) sağlar. Eçil.1!! ile kar ı tarafa sağlanan menfaatı11ler zaman malvarlığına ili_ş_kip bir l'!} enfaat olması şart olmadığından (örneğin befirffsaatlerde piyano çalmama edimi alacaklıya hiç bir malvarlığı menfa-atncazandırmaz), bir bakıma, edimin kazandınnadan daha geniş bir kavram olduğu söylenebilir. *Jaggi'ye* göre, bir başka açıdan, edim kavramı kazandırma kavramına nazaran daha dar sayılabilir. Bir kimseye karşı bir taahhütte bulunmak, ona müstakbel bir edimi vaat etmek, bu yoldan karşı tarafın malvarlığında bir alacak hakkının doğumuna yol açtığından kazandırma teşkil ettiği halde, henüz (gerçekleşmiş) bir edim söz konusu değildir⁵. Şu son örnek bir çok haller için doğru olabilir (örneğin A, B ile yaptığı bir bağışlama taahhüdü sözleşmesi sonucu taşınır bir malını B'ye bağışlamayı vaat etmişse, bu, B lehine yapınuş bir kazandırmadır, fakat henüz edim yerine getirilmemiştir). Buna rağmen, bazı hallerde, bir kimseye borçlanmak sureti ile de edimin yerine getirilmesi düşünülebilir. Özellikle ön söz-

2) Bkz. **Larenz**, SR, I, s. 13; Jauernig/Vollkommer, § 241, N. 7; **Eren**, s. 90. Ayrıca krş. **Kramer**, Allg. Einl. in das schweizerische OR, N. 72-73.

3) Bkz. **v. Tuhr/Peter**, § 7, I, s. 45.

4) **Jaggi**, Vorbem, vor Art, I, N. 26-27.

5) **Jaggi**, Vorbem. vor Art. I, N. 32

leşmcy (BK. m. 22) dayanarak asıl borç sözleşmesinin kurulması halinde durum böyledir. Asıl sözleşmeyi yapmak için imde beyanında bulunan borçlu, bununla (şüphesiz karşı tarafın da buna uygun bir irade beyanı bulunmak kaydı ile) asıl sözleşmeye ilişkin bir borç altına girmekte (kazan- dıııııı), fakat aynı zamanda ön sözleşmeden doğan edimini yerine getir- mektedir⁶.

Edim, kural olarak, bir borcun konusunu teşkil ettiğinden, aşağıdaki açıklamalarda, mesele hep bu açıdan ele alınacaktır.

il. Edime İlişkin Çeşitli Ayrılımlar⁷

§ 2'de incelenen asli-tali (birincil-ikincil) ve asli-yan (birincil-yan) edim yükümlölükleri ayrımları burada tekrar edilT{leyecek ve sadece aşağıdaki ayrımlar üzerinde durulacaktır:

4

1. Olumlu ve Olumsuz Edimler

a. Olumlu (müspet) edimler bir şeyin verilmesine veya yapılmasına (sadece yapma kelimesi de hem verme, hem yapmayı içine alacak şekilde kullanılabilir) ilişkin olan edimlerdir. Bunları da ikiye ayırabiliriz: 1 - *Kişisel (şahsi) edimler*, 2 - *Maddi (şeye ilişkin) edimler*.

s

aa. Kişisel edimler, borçlunun bedeni veya fikri gücü ile yerine getirdiği edimlerdir. Hizmet sözleşmesinde, işçinin işi yapma edimi; ön sözleşmeden aogan asıl sözleşme için irad-ebey-anında bulÜnan edimi;-vedia- (s?1 (1?ma) sözleşmesinde, vedia alanın şeyi muhafaza ebne edTm{ vs. hep bu kategori- ye girerler.

bb. Maddi (şeye ilişkin) edimler, borçlunun kural olarak malvarlığından yerine getirdiği edimlerdir (satıcının se i teslim edi mülki eti fii alıcıya geçirme e ımı, ıracının kira bedelini ödeme edimi, ariyet sözleşmesinde ariyet alanın şeyi ariyet verene-geff\,erme-edıııııı gibi). Birçok hallerde, öorçlu hem kişisel hem de maddi edimleri bi-r-arada borçlanıms O labilir. Örneğin, istisna (eser = yapıt) sözleşmesinde, ısmarlanan (müteahhit = yüklenici) yalnız bir eser meydana getirmek için çalışmakla kalmayacak, aynı zamanda BK. m. 356/III gereğince"... imal olunacak şeyin icrası için lazım olan vasıtaları ile alet ve edevatı kendi masrafı ile tedarik" etme edi- mi ile yükümlü olacaktır. Bunun gibi, bazen kişisel bir edim borçlanılır (bir ressam, A'nın portresini yapma borcu altına giriyor), sonra edim yerine

6) Şu var ki, bu örnekte, ön sözleşmenin yapıldığı anda, ön sözleşme ile asıl sözleşmeyi yapmayı taahhüt eden taraf karşı tarafa bir kazandınnada bulunmuş, fakat henüz edimini yerine getirmemiş bulunuyordu.

7) Bu konuda verilen bilgi esas itibarı ile v. Tuhr/Peter, § 7, II, III, IV'e dayanıyor.

getirilmeyince ve borçluyu aynen ifaya zorlamak imkanı olmayınca, bu edim bir maddi edime (tazminat) dönüşür.

Kişisel ve maddi edimler arasında yapılan bu aynın, özelliklerle şu noktalarda pratik bir önem taşır:

- Borçun sınırını tayin açısından: Kişisel edimlerde, borçlunun halden ve fikri durumuyla göre göre ve ondan ahlak... anlayışınıza göre alacaklı yararına yapması beklenebilecek olandan fazlası borçlanılmış sayılamaz. Özellikle, borçlu hayatını veya sağlığını tehlikeye koyan fiilleri, prensip olarak, yerine getirmemek zorunda değildir. Buna karşı, naddi-ellinler, borçlunun edimin yerine getirilmesine ilişkin kudreti ile sınırlanmamıştır. Borçlunun borcunun bir para borcu olduğunu ve hiç parası, hatta malı bulunmadığını farzedelim. Bu, onun borcu üzerinde hiç bir olumsuz etkiye yol açmaz. Alacaklı onu yine alacağının tümü için dava edip bunu ödemeye mahkum ettirebilir. Yalnız, daha sonraki cebri icra aşamasında, borçlunun sorumluluğuna konu olacak mal bulunamayacağından, hükmün icrası gerçekleşmeyecektir⁸.

- Edimin üçüncü bir kişi tarafından ifa edilebilip edilememesi-yahut borçlunun ölümünde söz konusu edim yükümlülüğünün onun mirasçılarına geçip geçmemesi açısından:

Maddi edimler-2k.ural olarak, üçüncü bir kişi tarafından da yerine getirilebilir (örneğin BK. m. 67'den anlaşılacağı gibi B'nin para borcunu üçüncü bir kişi ödeyebilir) ve borçlunun ölümünde mirasçılara geçer. Buna karşı, kişisel edimlerle (borçlunun şahsına bağlı sayılan) bazıları, ancak ifa edilebilir (bir ressamın A'nın portresini yapmaya, tanınmış bir şarkıcının bir gazinoda şarkı söylemeye ilişkin edimleri gibi) ve borçlunun ölümü ile düşer, mirasçılara geçmez (Biraz önce verilen her iki örnekte bu sonuç da gerçekleşir).

- Borçlunun iflası halinde, onun kişisel edimleri iflas masasına girer! Zira, İf. K. m. 184, 198'den de dolayısı ile anlaşılacağı gibi, iflas masasına giren alacaklar sadece borçlunun malvarlığından yerine getirilebilir. Bu halde borçlu açısından bir edimi karşılayacak alacaklardır⁹. İflas, borçlunun, bundan böyle üzerinde tasarruf yetkisini kaybettiği malvarlığından ödemelerde bulunmasını önler¹⁰, yoksa onun kişisel edimlerini yerine getirmesine engel olmaz.

8) Bu durumda alacaklıya bir borç ödemedi aciz belgesi verilir. (İf. K. m. 143). Bu belge sayesinde alacaklı, hakkını fiilen elde etmesine yardımcı olacak çeşitli haklar ve imkanlar elde eder. (Bkz. Üstünbaş, İcra Hukukunun Esasları, 8. bası İstanbul 2004, s. 303 vd.; Kuru/Arsalan/Yılmaz, İcra ve iflas Hukuku, 17. baskı. Ankara 2004, s. 389 vd.).

9) v. Tuhr/Peter, § 7, not 14.

10) Fritzsche, Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. 11, 2. Aufl., Zürich 1968, s. 65.

b. Olumsuz Edimler

aa. *Yapmama edimleri*, borçlunun genel kurallara göre yapmaya yetkili olduğu bir fiili yapmama yükümlülüğünü borçluya yükleyen edimlerdir. Örneğin BK. m. 348 gereğince hizmet sözleşmesine eklenen bir anlaşma ile, işçinin hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonra, işveren ile rekabet etmemesi tahahhüt etmesi gibi (rekabet yasağı sözleşmesi).

B, A'ya, kendisine ait bir malı üçüncü kişilere devretmemeyi vaat ederse (B ile arasında bu konuda bir sözleşme yapıldığı farz ediliyor) burada B yine bir yapmama edimini yüklenmiş durumdadır¹¹.

bb. *Katlanma edimlerinde* ise, borçlu, genel hukuk kurallarına göre (örneğin, bir malın maliki veya zilyedi sıfatı ile) karşı koymak veya muhalefet etmek hakkına sahip olduğu bazı fiillere karşı koymamak borcu altına girmiştir. Örneğin, malik B, A'ya bir malını kiralanaşa, o, kiracı A'nın kiralanan malı kira sözleşmesine uygun biçimde kullanmasına ses çıkarmamak, kira sözleşmesi ile yüklendiği katlanma edimi olmasaydı malik sıfatı ile MK. m. 618'e dayanarak ileri sürebileceği taleplerden vazgeçmek (hareketsiz kalmak) zorundadır.

2. Ani, SürekJi ve Dönemli Edimler¹²

Ai edimler, borçlunun zaman içinde bir tek hareketini gerektiren, onun tarafından bir defada yerine getirilen edimlerdir. Satıcının, satılan bığ:4_olabını teslim etmesinde olduğu gibi.

a. **SürekJi edimler**, borçlunun zaman içinde sürekli, aralıksız bir davranışını gerektiren edimlerdir. Bu tip edimlere en iyi örnekler olumsuz edimler arasında bulunabilir. Örneğin, kiraya verenin, kiracının şeyi sözleşme dairesinde kullanmasına katlanma edimi sürekli bir edimdir. Şu var ki, olumlu edimlerin de bu kategoriye girmelerine bir engel yoktur. Hizmet sözleşmesinde işçinin iş yapma edimi de (gerçekte işçi günde 8 saat çalışıp, geri kalan zaman zarfında edimini yerine getirmesi söz konusu olmadığı halde), hayat tecrübelerine göre tek bir davranış olarak nitelenir ve kesintisiz olarak zamana yayılmış olma şartı mevcut sayılır. Görüldüğü gibi, as-

11) B, böyle bir sözleşmeden doğan taahhüdüne aykırı hareket edip, başkasına devretmemeyi taahhüt ettiği mal üzerinde tasarruf eder ve onu Ü'ye temlik ederse, yapılan tasarruf işlemi geçerli olur, Ü malın mülkiyetini iktisap eder. B, sadece aralarındaki borç ilişkisine aykırı hareket ettiği için A'ya karşı tazminat ödeme borcu altına girer. Bundan da anlaşılıyor ki, bir kimsenin bir mal üzerinde tasarruf etmeyeceğini taahhüt etmesi, onun o mala ilişkin tasarruf yetkisini ortadan kaldırmamaktadır. (v. **Tuhr/Peter**, § 7, III, s. 48).

12) Ayrıca bkz. **Kuntalp** Ard arda teslimli satım akdi, Ankara 1968, s. 18-19; **Kaniti (Kani)**, Akdin ifa edilmediği deri, İstanbul 1962, s. 71.

lında zaman içinde birbirini takip eden çeşitli fiillerden meydana gelmelerine rağmen, bazı olumlu edimler de, hukuken bir birlik arz ettikleri ve tek bir davranış teşkil ettikleri gerekçesi ile sürekli edimlere sokulabilmektedir.

c. Dönemli edimler (aralıklı edimler) e deniyor), ani ve sürekli edimler arasında ortalama bir yer işgal eder. Bunlarda, borçlu düzenli veya düzensiz aralıklarla tekrarlanan davranışlarda bulunmak zorundadır. O, belirli zamanlarda tekrarlanan ani edimleri yerine getirmek borcu altındadır. Ard arda teslimli satış sözleşmesi buna iyi bir örnek olabilir. Bu sözleşmede, satıcının satılan şeyi ard arda teslim edeceği, buna karşı alıcının satış bedelini tek bir defada veya satıcının teslimlerine uygun olarak ard arda ödeyeceği kararlaştırılır¹³ (Örneğin inşa edilecek evler için gerekli taş, taşocağı sahibi tarafından çeşitli aralıklarla kısım kısım teslim edilecektir. Aynı şey bir dergiye abone olunduğu zaman da söz konusudur).

Bir borç ilişkisinde bir taraf başka, diğer taraf başka çeşitli edimleri yerine getirmekle yükümlü olabilir. Bir kira ilişkisini ele alalım. Kiraya verenin (kiralayanın), kiralanan şeyi kiracıya teslim etme borcu ani bir edim oluşturur. Onun, kira süresi içinde şeyin kiracı tarafından kullanılmasına katlanması ise sürekli bir edimdir. Kiracının her ay başında kira bedellerini ödeme borcu dönemli edimlere, kira sona erince şeyi kiraya verene geri verme borcu ise yine ani edimlere girer.

III. Edimin Belirli (Muayyen) Veya Belirlenebilir (Kabili Tayin) Olması Zorunluluğu

- 8 Hukuken geçerli bir edimin mevcudix...tinden b.ahs.edebilme.k.I.çin, onun belirli...u ayyen) 9lması ge: ...kiL Satıcının, alıcıya-10.000..lirakarşılığı "bir şey" devretmeyi taahhüt etmesi (ne olduğu..belli değil!) v.eya.alıcının satıcı-9an "belirli bir antika vazoyu satın alması" (semen b...lli değil), bu gibi belirli olma şartını gerçekleştirmeyen ve hukuken caiz olmayan edimlere örnek teşkil ederler. Şu var ki, edim belirli olmasa bile ("şu halı satılmışsa satıcının edimi, semen "bin lira" ise alıcının edimi belirlidir), onun *belirlenebilir* (kabili tayin) olması yeter sayılır. Örneğin, B, şu halıyı A'ya, Ü tarafından biçilecek fiyat üzerinden satmışsa, edim belirlenebilir bir nitelik taşır ve satış geçerli olur (Ü, fiyatı takdir edince borcun konusu belirli olacaktır. Ancak, BGB § 317'de belirtildiği üzere, Ü takdir hakkını hakkaniyete uygun biçimde kullanmak zorundadır. Bizde, aynı sonuca dürüstlük kuralını düzenleyen MK. m. 2/1 üzerinden varılabilir). Bunun yanında, tazminat borçlarının belirli hale gelmesi de ancak hakimın karar ile gerçekleş-

13) Bkz. Kuntalp, s. 7.

cektir¹⁴. BK. m. 43/I uyarınca tazminatın şeklini ve miktarını belli etme yetkisi hakime ait olduğundan, o ana kadar tazminat edimi sadece belirlenebilir (kabili tayin) bir edimdir.

BK. m. 182/111, satış sözleşmesi için, semenin (satış bedelinin) mutlaka belirli (muayyen) olmasının gerekmediğini, belirlenebilir (kabili tayin) bir semenin de yettiğini şöyle ifade ediyor. "*Hale göre tayini mümkün olan semen. tesmiye edilmiş (adı konulmuş, adlandırılmış) hülanündedir.*" Yine satış sözleşmesine ilişkin BK. m. 209/1 daha da ileri gidiyor. Bu hükme göre "*Alıcı kat 'i sipariş yapmış, fakat seuueui tayin etmemiş ise satım siparişin yapıldığı gün ve mahalde cari fiyat üzerinden aktedilmiş sayılır*"¹⁵. Ne var ki, hiç anılmamış semenin dahi belirlenebilir (kabili tayin) sayılmasını mümkün kılan bu hüküm, sadece cari fiatı olan mallarda uygulama alanı bulabilir¹⁶. Şu halde, yukarıda verilen örnekte olduğu gibi, alıcı, satıcıya evindeki antika vazoyu aldığını kesin olarak bildirmiş bile olsa, BK. m. 209/1 uygulanamaz¹⁷.

Belirlenebilir (kabili tayin) edimlere ilişkin iki kavram (çeşit borçlar ve seçimlik borçlar) ilerde iki ayrı paragrafta özel olarak gözden geçirilecektir.

§ 4. Talep Hakkı Ve Alacak Hakkı Kavramları

I. Talep Hakkı Kavramı

BGB § 194/1, *talep (Anspruch)* kavramını "bir başkasından bir şeyi yapmasını veya yapmamasını istemek hakkı" diye tarif ediyor. İsviçre-Türk Borçlar Kanunlarında ayrıca tarif edilmemiş bulunan bu kavramın geçmişi o kadar eski değildir. İlk defa tanınmış Pandekt hukukçusu Windscheid, 1856 yılında yazdığı "*Die actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*" (Bugünkü hukuk açısından Roma Medeni Hukukunun actio'su) adlı eserinde, Roma Hukukuna yabancı olan bu kavramı ortaya atmıştır. Roma Hukukunun bu konudaki özelliği, Usul Hukuku ile

14) v. Büren, s. 23.

15) İsv. BK'nun BK. m. 209'u karşılayan 212. maddesinde ise, ifa günü ve yerindeki piyasa fiatı esas alınmaktadır. Maddenin bizde de bu şekilde anlaşılması gerektiği görüşü için bkz. Tandoğan, 1/1, s. 91-92.

16) Cari fiyattan maksat, piyasası olan belirli bir cins malın, belirli bir ticari çevrede düzenli olarak yapılan alışverişlerinde ulaştığı ortalama fiyattır (Tandoğan, I/1, s. 91).

17) Borç ilişkisinin doğumu anında borcun (daha doğrusu borcun konusu olan edimin) belirlenebilir olması ile yetinmek caiz olduğu halde, borcun ifası (edimin yerine getirilmesi) aşamasında edimin ister istemez belirli (muayyen) duruma gelmiş olması gerekecektir. (Bkz. GubVKoller, § 8, N. 1-2).

Maddi Hukuk (yani Medeni Hukuk) arasında kesin bir ayrımın yapılmayıp, dava yolu ile korunmayı ön plana alması; hakkı, o özel durum için tanınmış bir *actio*'nın (dava hakkının) bulunmasına bağlamasıydı. Bu sebeple, Roma Hukuku'nun tarih boyunca gelişmiş çeşitli *actio*'ların (davaların) bir sistemi olduğunu söylemek imkanı vardır¹.

- 2 Windscheid, maddi hukuk anlamında hakla ön plana alan ve bu hakkın mahkeme önüne dava yolu ile taşıdığını, öz kopusu hakkın mevcudiyetine bağlanan d9_ğ_1_y_e ke_2d}li_ğinden anlaşılır bjr_2O!}UÇ sayan modern hukuk görüşüne uygun biçimde, actio kavramını Usul Hukukuna ilişkin unsurlarından sıyırmış ve talep-hakkı kavramını yaratmıştır. Şu halde Madencilik yönünden asıl olan talep hakkıdır. Usul Hukukunun tanıdığı dava hakkı (burada da Roma Hukuku gibi her hak için özel, bireyselleştirilmiş bir *actio* değil, genel bir dava hakkı söz konusudur), daha önce Maddi Hukukça bahsedilmiş olan hakkın (bu hak itiraza uğradığı, özellikle ihlal edildiği zaman) tespitine ve gerçekleşmesine yaramaktadır. Üstelik modern talep hakkı kavramı, ileri sürülmek ve gerçekleşmek için mutlaka bir dava açılmasına da muhtaç değildir. Talep hakkının, örneğin takas yolu ile, hak sahibi tarafından mahkeme dışı fiilen gerçekleştirilmesi veya borçlunun edimini rızası ile ifa etmesi suretiyle bu hakkın yerine getirilmesi, bir çok hallerde söz konusu talebin hak sahibince bir başkasına devredilebilmesi hep imkan dahilindedir².

- 3 Talep hakkı yerine getirilmesini sağlamak amacıyla bir dava açıldığı zaman, bu bir edim (eda, ifa) davası (Leistungsklage) olacaktır. Şu var ki, bütün davalar, edim davası gibi, karşı tarafın bir şey yapmaya ("verme"yi de içine alacak biçimde geniş anlamda kullanılıyor) veya yapmamaya mahkumiyetini sağlamak amacı ile açılmaz. Bir tespit davasında veya yenilik doğuran davada da davacının Usul Hukuku anlamında bir talebi vardır (Örneğin bir sözleşmenin kesin hükümsüz olduğunun mahkemece tespit edilmesi veya bir ölüme bağlı tasarrufun iptali isteniyor). Fakat bu davalar (edim davasından farklı olarak) Maddi Hukuk (Medeni Hukuk) anlamında bir talep hakkına dayanmazlar. Ortada sadece usule ilişkin bir talep vardır. Zira, maddi hukuk (Medeni Hukuk) yönünden, bir sözleşmenin hükümsüzlüğünün tespitini veya bir ölüme bağlı tasarrufun iptalini sağlamak isteyen kişi, karşı taraftan bir şeyin yapılmasına veya yapılmamasına yönelik bir istemde bulunmamaktadır³.

1) Schwarz, Roma Hukuku Dersleri, I cilt, (tere. T. Rado), 3. Baskı, İstanbul 1948, s. 221 vd.

2) Kz. Larenz, AT§ 14, I, s. 245; Enneccerus/Nipperdey, § 222, I. s. 1361 vd.

3) Özel olarak bkz. v. Tuhr, AT, § 15, I, s. 240 vd; Lehmann, § 13, 111, s. 89; Larenz/Wolf, 9. A., § 15, N. 57; § 18, N. 69.

Talep haklarını *yenilik doğuran haklardan* da dikkatle ayırmalıdır. Yenilik doğuran hak sahibi, bir taraflı irade beyanı ile yeni hukukî durumu yaratmak inkanına sahip bulunduğundan, onun bunu sağlamak üzere, diğer tarafın iştirakine (şu halde ondan bir şeyin yapılmasını veya yapılmamasını talep etmeye) hiçbir şekilde ihtiyacı yoktur. Şu halde, yenilik doğuran hak bir talep hakkı değildir. Yalnız yenilik doğuran hakkın kullanılması ile kurulan hukukî ilişkiden bazı talep hakları doğabilir⁴. Örneğin, alım (iştirak) hakkı sahibi A, yenilik doğuran hakkını kullanarak karşı taraf B ile aralarında satış ilişkisini kurunca, bu ilişkiden A ve B lehine talep hakları da doğar⁵.

4

il. Talep Hakkına İlişkin Ayrımlar

1. Talep Hakkının Kaynağına Göre

Bu açıdan, talep hakkı, bir borç ilişkisinden veya Eşya Hukukuna (aynı talepler), Miras Hukukuna, Aile Hukukuna yahut Kişiler Hukukuna ait ilişkilerden doğmuş olabilir⁶.

5

2. Talep Hakkının Bağımsız Bir Nitelik Taşıyıp Taşımamasına Göre⁷

❖zı talep hakları bağımsızdır. Bunlar, daha önce mevcut, hizmetinde oldukları bir başka hakka bağlı olma❖ sızın, tek başına bir anlam taşı❖n, kendi kendine yeten talep haklarıdır. Örneğin, bir satış ilişkisinden doğan satıcının ve alıcının talepleri arı böyledir. Aynı şey Aile Hukukundan doğan nafaka talepleri için tekrar edilebilir. Buna karşı *bağımlı* (gayri müstakil) talep hakları, mevcut bir diğer hakkın (mutlak hakkın) er eklesmesine yarar, ona *izme e er er. yni ta epler buna güzel bir örnek olabilir.* Bir mal üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan kişi, mal *üze!İfldeki m❖tlak-iktislan dolayısı ile, her esten bu hakka riayet olunmasını, onun ihlal edilmesini isteyebilecek durumdadır. u var ki bu safhada bir tale hakkından bahsetmek doğru aegi dir.* Zira malikin yeryüzündeki bütün kişileri ilgilendiren *bu* isteği, *henfubelirli bir kişiye* yönelmemiştir. Talep hakkının karakteristik özelliği ise, belirli bir kişiye karşı yönelmiş olmasıdır. Fakat bir üçüncü kişinin Ü, malikin mülkiyet hakkına tecavüz ettiği anda (Ü örneğin malı alıyor), malikin *ona karşı, mevcut mülkiyet hakkının konmmasına hizmet eden, bu hakka uygun durumun yeniden gerçekleşmesini* (malın Ü'den alınıp tekrar malikin zilyetliğine geçirilmesini) sağlamak amacını

6

4) v. Tuhr, AT, § 15, II, s. 244.

5) Önalım (şufa) hakkı için aynı görüşte: Yarg. İçt. Bir. Kar. 11.2.1959, 10/12 (RG. 10194); 26.12.1951, 1/6, (Düstur, 3. Tertip, c. 33, s. 1099).

6) Bkz. Enneccerus/Nipperdey, § 223, I, s. 1370.

7) Özel olarak bkz. Laren7/Wolf, 9.A., § 15, N. 60 vd.

güden bir *talep hakkı* doğacaktır. Şu halde MK. m. 683/II'de öngörülen istihkak ve müdahalenin men'i (haksız elatmanın ortadan kaldırılması) talepleri Eşya Hukukuna ilişkin (ayni) nitelik taşıyan bağımlı taleplerdir. Bazen böyle bir talep-JUutlak-hakkalJelirli.. bir imse tarafı11dan Y-apılması çok muhtemel bazı tecavüzler❖ karşı yönelen bir içtin_ajZ_(kaç!)-!_naJ önleme) 1alebı şel<lnde de karşımıza çıkabilir.

Kişiler Hukukuna ait ilişkilerden doğan bazı talepler (örneğin kişilik haklarının korunmasına yanyan talepler) için de aynı şeyler tekrar edilebilir.

III. Alacak Hakkı Kavramının Talep Hakkı Kavramı Karşısındaki Durumu

7 f..lacak haklarının kaynağı borç ilişkileridir. Talep haklarının kaynağı ise borç ilişkilennnden ibaret oeğildir. Şli halde, talep hakkı, alacak" hakkına nazaran daha geniş bir kavramdır. Bir alacak hakkı niteliğini taşımayan talep hakları da vardır. Örneğin, ayni talepler için durum böyledir. Malik, mülkiyet hakkını ihlal eden kişiye karşı ayni talebini ileri sürerken, ondan kendisi lehine (özellikle malvarlığından) bir edimde bulunmasını değil, sadece ihlal edilen (çiğnenen) mutlak hakka uygun durumun yeniden gerçekleşmesini istemektedir. Bu açıdan *alacak hakları, talep haklarızn sadece bir çeşidi sayılabilir*⁸.

8 Acaba, meseleye *sadece borç ilişkisinden doğan talepler* açısından baktığımız vakit, talep hakkı ile alacak hakkının aynı şey olduğunu söylemek mümkün müdür? Her ikisinde de, alacaklının bir borç ilişkisine dayanarak, borçludan belirli bir davranışta bulunmasını (bir şeyi yapmasını veya yapmamasını) isteme hakkı söz konusu olduğuna göre, arada ne gibi bir fark görülebilir?

v. Tuhr ve genellikle ona katılan *Türk öğretisi*, berşeye rağmen, *talep ve alacak kavramlarının aynı şey sayılamayacağını* savunuyor⁹. v. Tuhr'a göre, tale h❖!.,. alacak hakkının alacakl !y<!. bahş e !tiğ i en öne❖li yetki glm akla beraber. alacak hakkının içeriği bundan ibaret değildir. Özellikle, alacaklıru;-bÖrcunu ödemeye❖borçludan alacağını cebri jera yolu ile e!de etme veya tazminata dönüştürme hakları, yahut alacak hakkının !Çeriğine

8) v. Tuhr/Peter, § 2, IV, 2, b. s. 13; VI, s. 15. - Bir mutlak hakkın (örneğin mülkiyet hakkının veya kişilik hakkının) ihlali sebebiyle uğranılan maddi veya manevi zararların tazminine ilişkin talepler ise gerçek anlamda bir *alacak hakkı* niteliğini taşırlar (Jaggi, Vorbem, vor Art. 1, N. 93; Oser/Schönenberger, Vorbem, zu Art. 1-67, N. 25).

9) v. Tuhr/Peter, § 2, VI, s. 15 vd.; v. Tuhr, AT, § 15, VII, s. 262 vd.; Velidedeoğlu, Türk Medeni Hukuku, cilt 1, cüz I, Umumi Esaslar, 7. bası, İstanbul 1968, s. 358; Oğuzman/Öz, 4. bası, s. 12.

dahil olabilen yenilik doğuran haklar (BK. m. 312 gereğince muacceliyet ilibarniôa-bulunmak, Bl<. 111. -i 1-üya riica-seçün TilZ borçlarda seçim hakkını 111 lak ys. gl:Ş i T6ır ep 1. - anışz. Bumm gibi, alacak hakkından alacaklı lehine doğabilen defî hakları (örneğin sözleşmenin ifa edilmediği defî, BK. m. 81) veya alacak üzerinde (örneğin ibra veya temlik yolu ile) tasarruf etme yetkileri de alacak hakkının içeriğine girdikleri halde bir talep hakkı oluşturmayan yetkililerdir. v. *Tuhr* alacak hakkının, çevresi itibarı ile, talep hakkından daha geniş olduğunu, talep hakkı dışında başka hak ve yetkileri de içerdiğini bu şekilde ortaya koymakla yetinmiyor ve bu iki kavram arasında mevcut diğer önemli bir farka işaret ediyor: Borçlunun alacaklıya karşı borç altına girdiği andan itibaren alacak hakkı doğar. Buna karşı, talep hakkının doğması için, alacağın *muaccel* (BK. m. 74), yani hemen borçludan istenebilir olması gerekir. Şu halde, B, A'ya karşı, üç ay sonraki bir tarihte ödenmek üzere 1 00.000 lira ödemek borcu altına girerse (vadeli borç, BK. m. 75 vd.) A'nın alacak hakkı derhal doğduğu halde, onun talep hakkını kazanabilmesi için vadenin gelmesini (borcun muaccel olmasını) beklemek icap edecektir¹⁰.

Alman ve İsviçre Hukuklarında yaygın olan bir fikir¹¹, bu izah tarzına kahlmıyor ve prensip itibarı ile alacak ve talep haklarının aynı şey olduğunu ileri sürüyor. Fikrimizce üstün tutulması gereken bu ikinci fikre göre, yukarıda talep hakkı teşkil etmedikleri halde, alacak hakkının içeriğine dahil olduğu belirtilen bütün hak ve yetkilerin, doğrudan doğruya talep hakkına bağlı (talep hakkının içeriğine giren) hak ve yetkiler olarak düşünülmesi mümkündür¹². Yegane tereddüt edilebilecek nokta, yukarıda işaret edilen ikinci fark dolayısı ile ortaya çıkabilir. Muaccel olmayan alacaklarda da bir talep hakkından bahsedebilir miyiz? Yoksa, borç ilişkisinden doğan talep hakkı ile alacak hakkı arasındaki ayniyeti (özdeşliği) sadece *muaccel* (derhal yerine getirilmesi istenebilir) alacaklara inhisar ettirmek, henüz muaccel olmayan alacaklarda bir talep hakkının henüz doğmadığını söylemek daha doğru olmaz mı? Talep ve alacak haklarının aynı anlama geldiği kabul edilse bile, hiç değilse bu noktada bir fark kaldığı söylenebilir ve

10) İsviçre Hukukunda, **Nabholz** (Verjährung und Verwirkung als Rechtsuntergangs-gründe infolge Zeitablaufs, Aarau, 1961, s. 47), aynı düşüncüyü şu kategorik ifade ile dile getiriyor: "Talep hakları daima muacceldir." Ortak Hukuk'ta (Pandekt Hukukunda) **Regelsberger** de (Pandekten, I, Leipzig 1893, s. 215) bu esası açıkça benimsiyor.

11) **Medicus**, AT, N. 75; **Gernhuber**, Handbuch des Schuldrechts, Band 8, Das Schuldverhältnis, Tübingen 1989, s. 34-35; **Lehmann**, AT, § 13, IT, 2, s. 87; **Enneccerus/Nipperdey**, § 222, 11, 2, 3, s. 1365, 1366; § 223, I, 1, s. 1370; **Heitz**, Die unvollkommene Obligation in schweizerischen Recht, Bem 1940, s. 36; **Hellwig**, Anspruch und Klagerecht, Leipzig 1924, § 1, I, s. 5 vd. Ayrıca krş. **Jiggi**, Vorbem, vor Art. 1, N. 85 vd.

12) Özel olarak bkz. **Enneccerus/Nipperdey**, § 222, not 19.

muaccel alacak hakkı ile talep hakkı arasında bir aynın yapmamak. la yetinmek mümkün olabilir. Buna karşı, birçok Alınan yazan, daha da ileri gitmek suretiyle, bu farkı da inkar ediyor ve muaccel olmayan (örneğin vadeye veya şeciktirici şarta bağlı) talep haklarından da bahsedilebileceğini ileri sürüyor¹.

§ 5. Doğal (Tabii) veya Eksik Borçlar

I. Genel Olarak

- 1 Medeni Hukuk alanında öyle bazı borçlara rastlanıyor ki , bunlar borçlu tarafından nzaslJluerine ge tiril.nı.ediği zam al.a caklının (borcun ifasını sagfamak üzere) borçluyu dava etmesi ve cebri icrclyoluna başvurması caiz ? vor. Büiia karşı, b-Ôİ-clıııaş! ile"ir ifade bulun²sa, bu geçerİTolu-yOr ve geri alııııamıyOr. Bu-gibi hukuki himayeden az veya çok yoksun bırakılmış bulunan ve herhalde "tam ve gerçek anlamda borçlarla" bir tutulmaması gereken borçlara, doğal (tabii) veya eksik borçlar deniyor.
- 2 Doğal (eksik) borçlarla ilgili olarak en başta belirtilmesi gereken nokta şudur: Biraz sonra incelenecek örneklerden anlaşılacağı gibi, bu kategori altında toplanan durumlar arasında önemli farklar vardır¹. Öyle ki, *genel olarak doğal veya eksik borçlardan bahsetmek, hangi halin söz konusu olduğu bilinmedikçe fazla bir anlam taşımamaktadır*. Esasen bu paragraftaki açıklamalar, en çok adı geçen bir kaç örnek üzerinden bu noktayı açıklamaktan başka bir amaç gütmemektedir.
- 3 Örneklere geçmeden, doğal (eksik) borç kavramını genel olarak açıklamaya çalışan bazı görüşler hakkında kısa bilgi vermek yine de yararlı olacaktır. Bu vesile ile, konunun ne kadar karanlık ve tartışmalı olduğu daha iyi anlaşılacaktır.
 - Alman ve İsviçre Hukuklarında çok büyük muhalefetle karşılaşmasına rağmen, modern Fransız doktrininde² gittikçe daha fazla taraftar toplayan bir görüşe göre, doğal (eksik) borçların mahiyetini *borç (Schuld, dette)* ve *sorumluluk (Haftung, responsabi/ite)* kavramları arasındaki ikilik aydın-

13) Bu fikirde: **Hellwig**, not 11'de age, § 1, 11n, 3, s. 7-8; **Enneccerus/Nipperdey**, § 222, il. 4, s. 1366. Sonuç itibarı ile aynı görüşte: not 11'de anılan ve alacak hakkını ..Borçlar Hukukunun talep hakkı" olarak nitelemek suretiyle aralarında tam bir özdeşlik (ayniet) kuran Gernhuber. Ayrıca bkz. **Larenz/Wolf**, 9.A., § 15, N. 56.

1) Özel olarak bkz. **Jiggi**, Vorbem. vor Art. 1, N. 71.

2) **Comparato**, Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé, Paris 1964, s. 184 vd.; **Terre/Simler/Lequette**, Droit civil, les obligations, 5. ed., Paris 1993, s. 2.

latacaktır³. Kaynağını Cermen Hukukunda bulan, borç ve sorumluluk kavramlarının birbirinden bağımsız tek başına mevcut olabileceğini kabul eden *ikinci (düalist)* borç görüşü açısından, *doğal (eksik)* borçlar, *borçlunun sorumluluğunu içermeyen (sorumluluk unsurundan yoksun) bir borçtan (Schuld ohne Haftung, dette sans responsabilite, devoir sans engagement)* başka bir şey değildir⁴.

- Bunun karşısında yer alan ikinci bir görüş ise, sorumluluktan yoksun (şu halde borçlunun zorlanmasına imkan vermeyen) borçların mevcudiyetine izin vermiyor. Bu fikre göre, *hukukf anlamda bir borç, mutlaka borçlu tarafından rızası ile ifa edilmediği zaman zorla yerine getirilmesi sağlanabilen bir borçtur*. Bu unsur mevcut değilse, söz konusu "borç" gerçekte hukuken borç niteliğini taşımaz. Olsa olsa, hukuk dışında kalan, ahlak veya muaşeret (görgü) kurallarının yüklediği bir yükümlülüğün bahsedilebilir. Ne var ki, bu görüş taraftarları arasında da, bahis konusu *zorlamadan* ne anlaşılması gerektiği hususunda fikir birliği bulunmuyor. Bir kısmına göre, bundan maksat dava edilebilir değildir. İsviçre Hukukunda *Jiiggi*, alacak hakkını, bir edimin yerine getirilmesini istemeye ilişkin *dava edilebilir* hak diye tammhyor⁵. Diğer bazı yazarlar⁶, yukarıda incelenmiş olduğu gibi, borçlunun sorumluluğunun bazen mahkeme dışı yollardan da (örneğin takas) gerçekleşebileceğini nazara alarak, şu esası kabul ediyorlar: Hukuki anlamda bir talep (alacak) hakkından bahsedebilmek için bunun şu veya bu şekilde (şu halde *dava yolu* ile veya *mahkeme dışı*) zorla yerine getirilebilir bir nitelik taşıması şarttır. Bu unsurdan yoksun bir talep (alacak) hakkı, hukuk alanına dahil bir talep (alacak) hakkı olamaz. Yükümlülükler ikiye ayrılabilir: Herhangi bir şekilde (mutlaka mahkeme ve icra eli ile olması

3) Fransız Hukuku terminolojisinde, borç karşılığı bazen *devoir* veya *rapport d'obligation*, sorumluluk karşılığı *engagement* veya *pouvoir de contrainte* deyimlerine yer veriliyor (Bkz. not 2'de anılan **Comparato**, s. 19).

4) Bkz. **Heitz**, Die unvollkommene Obligation in schweizerischen Recht, Bem 1940, s. 43; **Pelet**, La theorie dualiste de l'obligation et son application au droit suisse, Lausanne 1937, s. 56 vd., 71 vd., 114, 135 vd.; **Akev**, Türk Hususi Hukukunda Kumar ve Bahis, İstanbul 1964, s. 88 vd.; **Eren**, s. 83; **Kılıçoğlu**, 7. bası, s. 25.

5) **Jaggi**, Vorbem. vor Art. 1, N. 10, 15. Keza: **Gauch/Schluép/Schmid**, N. 29, 47-49, 82. Alman Hukukunda "dava edilebilir" olmayı alacak ve talep haklarının özüne dahil, zorunlu bir nitelik sayan yazarlara örnek olarak **Lehmann** (AT. § 13, I, 2, s. 85) ve **Ennecerus/Nipperdey** (§ 222, II, 5, s. 1367) gösterilebilir. Ayrıca bkz. **Palandt/Heinrichs**, 64.A., Einl. vor § 241, N. 12. Bu eserde, eskiden doğal borçların sorumluluktan yoksun borçlar olarak nitelendiği, oysa bunlarda çok defa hukuki anlamda bir borcun bulunmadığı vurgulanıyor. Başka türlü: **Larenz**, SR, I, s. 20.

6) Bu fikirde: **v. Büren**, s. 11-12; **Beitz**, s. 35-38, 43, 108-109. Özellikle Reichel'in etkisi altında, münhasıran mahkeme dışı zorlama vasıtaları ile korunan talep hakları "Davasız talepler" (klaglose Ansprüche) olarak niteleniyor. Bu kavramın eleştirilmesi için bkz. **Ennecerus/Nipperdey**, § 222, not 28.

şart değil) borçlunun iradesine bakılmaksızın zorla yerine getirilebilenler ve her türlü zorlama unsurundan yoksun olanlar. Bu sonuncularda hukuki anlamda bir borç ve onu karşılayan bir talep (alacak) hakkı mevcut değildir. Bu ayrımın bir sonucu olarak da, bazı yazarlarca ikisi ortası kavramlara yer olmadığı ve *doğal borç* kavramının reddedilmesi gerektiği ileri sürülüyor⁷. Hukuken bir alacak (talep) hakkı ya vardır, ya yoktur. Varsa, şu veya bu şekilde zorlama unsuru bu talep (alacak) hakkında ister istemez mevcuttur.

- 4 *Bizce* de, (zamanaşımına uğramış borçlardaki özel durum bir yana), zorlama unsurundan yoksun talepleri hukuki anlamda gerçek bir alacak hakkı olarak görmek isabetli değildir. Ne var ki, buna dayanarak, "doğal borç" kavramının kesin biçimde reddi sonucuna varmak da gerekmez. Zira, aralarındaki farklara rağmen, kendine mahsus özellikleri olan durumları ifade etmek üzere bir kavrama ve bunu ifade edecek bir deyim ihtiyacı vardır. Buradaki "tabii" (doğal) sözcüğü, ortada "hukuki" anlamda bir alacak bulunmadığını göstermesi bakımından bu fonksiyonu yerine getirmeye elverişlidir.

Bu bilgilerden sonra, şimdi doğal (eksik) borçlara ilişkin en yaygın bazı örneklerin incelenmesine geçebiliriz⁸.

il. Doğal (Eksik) Borçlara Örnek Olarak Gösterilen Bazı Durumlar

f1. 'Zamanaşımına Uğramış Alacaklar

a. Genel Olarak

- 5 Çok uzun süreler önce doğduğu ve muaccel olduğu iddia edilen bir alacak hakkı iddiasına muhatap olan kişinin, böyle bir alacağının gerçekte doğmadığını veya doğsa bile düştüğünü ispat bakımından (tanıklar ölmüş, diğer ispat vasıtaları kaybolmuş olabilir) ne büyük zorluklarla karşılaşabileceği kolaylıkla anlaşılır. Bunun gibi, mahkemeleri, sonucu çok defa tesadüflere bağlı kalan, aydınlatılması imkansız denecek zor davalarla yüklü olmaktan kurtarmanın kamu yararına olduğu da inkar edilemez. Nihayet, son derece tartışılabilir bir taleple hakkı ÖJle sürdürüldüğü!_va12t1 !!ay_aı tecrübeledine göre, bu hakkın hiç doğmamış yahut sonradan (mesela ifa ile) düşmüş olması büyük oranda ihtimaldendir. ifi -<!e.ctfr Kaldı ki, hak benli de mevcut olsa bile, alacaklı zaman aşımını defî ile karşılaştığı!1:14bebebini, bakkınaramak hususunda göst erdiği ihmajı arar:na1ıdır⁹. İşte bir kısmı tartışma konusu

7) Not 6'da anılan v. **Büren** ve **Heitz** (s. 108-109) doğal borç kavramının İsviçre Hukukunda tamamen terkedilmesi gereken bir kavram olduğunu açıkça belirtiyorlar.

8) Burada üzerinde durulmayacak başka örnekler için bkz. **Eren**, s. 86 vd.

9) Bkz. v. **Tubr/Escher**, § 80, I, s. 211; **Saymen/Elbir**, s. 909-910; **Oser/Schönenberger**, Vorbem. zu Art. 127-142, N. 3.; **Gauch/Schluep/Rey**, N. 3464 vd. -Krş. **Nabbolz**,

yapılabilecek bu gibi düşüncelerle, kanun talep (alacak) haklarının zamanaşımına (müruruzamana = yıllanmaya) uğramasını kabul etmiş ve zamanaşımını BK. m. 125-140'da borcun sukut (düşme) sebepleri arasında düzenlemiştir. Gerçekte, biraz sonra açıklanacağı üzere, zamanaşımını talep hakkını düşüren bir sebep değildir. Buna rağmen, pratik sonuçları itibarı ile borcun düşmesine bir dereceye kadar yaklaşması, onun da "Borcun Sukutu" başlığını taşıyan Üçüncü Bap'da yer almasına yol açmıştır.

Zamanaşımını alacak(= talep) hakkı üzerinde nasıl bir etki yapar? Bu sorunun cevabını verebilmek için iki aşamayı birbirinden ayırmak gerekir: 1 - Zamanaşımının gerçekleşmesinden, fakat borçlunun defi hakkını kullanmasından *önceki* aşama; 2 - Zamanaşımının gerçekleşmesinden ve borçlunun defi hakkını kullanmasından *sonraki* aşama.

aa. Zamanaşımının gerçekleşmesinden, fakat borçlunun defi hakkını kullanmasından önceki aşama

Yaygın sayılabilecek bir fikre göre, zamanaşımı süresinin geçmiş olması, alacak(= talep) hakkının özüne dokunmayıp, sadece dava hakkını düşürür¹⁰. Yargıtay'm da bu doğrultuda bazı kararları vardır¹¹. Bu görüş doğru değildir. Zamanaşımını süresinin geçmesi ile alacak(= talep) hakları hiç bir şekilde düşmediği gibi, diiva hakkı da düşmez¹². Bu nokta zamanaşımının hakim tarafından re'se-n(kendiliğinden, görevinden ötürü) nazara alınamayacağını bildiren BK. m. 140'dan da açıkça anlaşılır. Davacının dava hakkı hiç mevcut olmadığı halde, hakimin, borçlu tarafından zamanaşımını defi öne sürülmedikçe eli kolu bağlı kalması ve davayı sonuçlandırmak zorunda olması izah edilemez. Yukarıda açıklandığı gibi, talep ve dava hakları mevcut olmakla birlikte, bunlar borçlu tarafından ileri sürülebilecek bir defi ile etkisiz bırakılabiliyorsa, BK. m. 140 hükmü gereği gibi değerlendirilmiş olur.

Verjährung und Verwirkung als Rechtsuntergangsgünde infolge Zeit-ablaufs, Aarau 1961, s. 30 vd.

10) Bu fikirde olan yazarlara örnek olarak bkz. **Saymen/Elbir**, s. 938; **v. Büren**, s. 437; - Fransız Hukukunun görüşü de budur; **Carbonnier**, Droit civil, tome 4, Les Obligations, 16. ed., Paris 1992, s. 636.

11) Bkz. Yarg. HGK., 19.11.1958, E. 50/1, K. 48; HGK., 10.10.1962, E. T/64, K. 34 (**Olgaç**, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Hukuk Genel Kurulu Emsal İçtihatları, İstanbul 1968, BK. 141, 3 ve TTK 1235, 2). Buna karşı, Yargıtay 4. HD.nin 23.1.1981 tarih ve 11363/451 sayılı kararında yerinde olarak "...zamanaşımının davayı etkisiz bırakması kendiliğinden gerçekleşmemekte ve ancak borçlunun iradesine bağlı bulunmaktadır." denilmektedir (**Kuru**, cilt 2, s. 1764).

12) **Lebmann**, § 45, III, 1, b, s. 344; **Jiggi**, Vorbem. vor Art. 1, N. 73; **Enneccerus/Lebmann**, § 3, il, 4, s. 15.

- 7 **◆** Su halde, zamanaşımı süresinin geçmesinin sonucu, alacaklının devam edegelen alacak ve dava haklarına karşı borcunun, irade öne sürerek borcunu ifadan kaçırınaj<_h◆ı kazanmış oJmasıdır . Bu defi hakkını ilanıp J...''111 anmamak tamamen borçluya kalmış bir iştir. O, borcunun mevcudiyetini bildiği halde, yine defi hakkını kullanıp davayı reddettirebilir. Yargıtayın ifadesi ile kanun, burada *borçlunun vicdanını hakem kılmayı uygun görmüştür*¹⁴. Bu ifade, şaşılacak şekilde Alman Hukukçusu Kohler'in, zamanaşımı defi i◆in kullandığı "Vicdan defi" (*Gewissenseinre-de*) deyimini hatırlatmaktadır¹. Kısaca, zamanaşımına uğrayan alacak mevcut, fakat bor◆lunun elde ettiği bir karşı hak (defi hakkı) dolayısı ile zayıflamış bir alacaktır⁶.

bb. Zamanaşımının gerçekleşmesinden ve borçlunun defi hakkını kullanmasından sonraki aşama

- 8 Burada, borçlunun defi hakkını kullanmasının alacak (talep) hakkı üzerinde nasıl bir etki yaptığını aydınlatmak gerekiyor. Bu konuda da başlıca iki fikirle karşılaşırız:

- Bazı yazarlara göre¹⁷, borçlu defi hakkını kullanınca, *alacak hakkı* kesin olarak düşer. Buna karşı çoğunluk¹⁸, yerinde olarak, defi hakkının kullanılmasına rağmen talep (alacak) hakkının düşmediğini, kullanılmış defi hakkının bu kadar ileri giden sonuçlar doğurmadığını kabul ediyor. Bununla, sadece talep hakkı *durdurulur, felce uğratılır, etkisiz (gü.çsüz) bırakılır*. Bundan böyle, geriye, dava yolu ile elde edilmesi imkanı kalmamış bir alacak (daha doğrusu borçlu açısından bir eksik borç) kalır¹⁹. Borçlar Kanununun, zamanaşımına uğramış alacaklara bağladığı çeşitli hüküm-

13) **Enneccerus/Nipperdey**, § 237, II, s. 1430; **v. Tuhr/Escber**, § 81, III, s. 230; **Gauch/Schluep/Rey**, N. 3552-3553.

14) HGK 19.11.1958, E. 50ff, K. 48 (Bkz. yukarıda not 11'de anılan **Olgaç**, BK. 141, 2 vd).

15) **Staudinger/Coing**, Kommentar zum BGB, 1., Band: Allgemeiner Teil, 1LA., Berlin 1957, § 222, N. 2'den naklen.

16) Alacak ve talep hakları arasında fark gözetken **v. Tuhr** (AT.§ 17, III, 3, s. 294), talep hakkının zayıflamasından söz açıyor.

17) Bu fikirde: **Hellwig**, Anspruch und Klagerecht, Leipzig 1924, § 2, I, s. 9 vd. (Yazara göre, defi hakkı talep hakkını geçmişe etkili olarak ortadan kaldıran bir çeşit iptal hakkıdır); **Heitz**, not 4'de age, s. 70 vd. - Bu görüş aynı zamanda İtalyan Hukukunun çözümünü aksettiriyor (**Mengiardi**, Der Ausschluss der Verjährung im Sachenrecht, Bern 1953, s. 3, 16, 18).

18) **Larenz/Wolf**, 9.A., § 17, N. 67; **Larenz**, SR, I, s. 20; **Enneccerus/Nipperdey**, § 227, not 4; § 237, III s. 1432 ve not 16; **v. Tuhr**, AT, § 17, IV. 1, s. 297; § 17, VI, 2, s. 308-309; § 17, not 53; **Lehmann**, § 14, I, 4, s. 93.

19) Farklı düşüncede olan **Jiggi'ye** göre (Vorbem. vor Art. 1. N. 73, 75) açılan dava, borçlunun ileri sürdüğü bir daini defi (olayda zamanaşımı defi) dolayısı ile reddedilmişse, alacak hakkı bir *tabii (doğal) borç* durumuna düşer. Bundan böyle, tıpkı kumar, bahis vs. borçlarında olduğu gibi, zamanaşımına uğramış borç, hukuki anlamda bir borç olma niteliğini kaybeder.

leri, bu aşamadan sonra da uygulamamak için sebep bulunmadığına göre, defi hakkını kullanmış olan borçlu dahi sonradan rızası ile (dava yoluyla istenemeyen) borcunu yerine getirirse, bu (bir borcun ifası olarak) geçeridir ve ödeme hataen olsa bile geriye istenemez (BK. m. 62/c. 2)⁰. Bunun gibi, borç için bir menkul rehni tesis edilmişse, zamanaşımına rağmen, alacaklı, rehin konusu mallar üzerinden alacağını elde etme hakkını muhafaza eder (BK. m. 138)²¹.

Şimdi ilgi çekici bir başka meseleye dokunmamız gerekıyor: Borçlu zamanaşımı definin, mutlaka mahkeme önünde (alacaklı tarafından ale hine açı an ava sırasın a one sunne zorun a sayılamayac-a ına göre, alacaklı-nın mahkeme ısı ta e ine arşı zamanaşımı savunmasını yapan orç.hinun sonra an açı an avacia susması a in e."liakim dava malzemesihden (dosya-dan) defi7iaRlönffiaalfa ce JrullanıJı!?!Ş olduğunu anlarsa, davayı re'sen reddeöenilirirüTHfililiji fikre göre, evet! Zira, daha önce zamanaşımı definin f&nanılması ile alacaklının talep hakkı bir görüşe göre düşmüş, daha isabetli olan diğerine göre felce uğramış, etkisiz (güçsüz) kalmıştır. Bu noktanın ise, borçlunun defi hakkını bir kere daha kendi önünde kullanmasını beklemek zorunda olmayan hakim tarafından re'sen (kendiliğinden, görevinden ötürü) göz önünde tutulması gerekir²². Yeter ki, davadan önce (örneğin yapılmış bir

9

- 20) Özel olarak bkz. **Enneccerus/Nipperdey**, § 227, I, 4, s. 1389 ve not 18'de anılan **Lehmann**. - Metinde benimsenen görüşten ayrılarak, borçlunun defi hakkını kullanması ile alacak hakkının düştüğünü kabul eden **Heitz** (s. 75), sonradan yapılan ödemenin, bir *borcun ifası* sayılamayacağını (borç zamanaşımı definin öne sürülmesi ile düşmüştür), fakat *ahlaki bir vazifenin* yerine getirilmesi halinde verilenin geri alınamayacağını bildiren BK. m. 62/c. 2 gereğince yine de geri istenemeyeceğini savunuyor. Görüldüğü gibi, yazar, borçlu için zamanaşımı definin kullanılması ile düşen "borcunu" yerine getirmenin ahlaki bir ödev olduğunu kabul ediyor.
- 21) Alacak bir *taşınmaz rehni* ile temin edilmişse, artık zamanaşımı işlemez. MK. m. 864 bunu şöyle ifade ediyor: "Rehnin tapu kütüğünde tescil edilmesinden sonra alacak için zamanaşımı işlemez."
- 22) **Enneccerus/Nipperdey**, § 226, not 18; § 237, not 5; v. **Tuhr**, AT, § 17, IV, s. 297, 298; **Lehmann**, § 14, I, 3, s. 92; **Larenz/Wolf**, 9.A., § 17, N. 67-68; § 18, N. 56; v. **Tuhr/Peter**, § 3, not 38; **Berti**, Zürcher Kommentar, V 1 h, Zürich 2002, Art. 142 OR, N. 10; **Spiro**, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjiihrungs-Verwinkungsund Faltfristen, Band I, Bem 1975, s. 557 ve not 13; **Hellwig**, not 17'de age, s. 10 vd.; **Tunçomağ**, İHFM, cilt XXVIII, sayı 3-4, s. 852. - Aksi görüşte: Yarg. 3. HD., 26.9.1958, E. 5701, K. 4878: "Her ne kadar davalı İcra takibine karşı müruru zaman define bulunmuş ise de, işbu davada böyle bir defi ileri sürmemiş olduğu ve Borçlar Kanununun 140 ıncı maddesi hükmü gözönünde tutulmadan davanın müruruzaman noktasından reddi yolsuz ... olduğundan hükmün ... bozulmasına... karar verildi." (Ad. D. 1961, sayı 11-12, s. 1172). Aynı yönde bir başka karar: 4. HD., 17.5.1966, E. 5748, K. 5772 (**Karabasan**, TBH, GH, III, 1992, s. 1219); **Buz**, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 105 vd.. Ayrıca bkz. **Kuru**, cilt 2, s. 1766. Krş. **Postacioğlu**, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975, s. 273, not. 8. Kısmen farklı düşüncede: **Larenz**, AT, s. 251. Bu yazara göre, defi hakkının mahkeme dışı kullanılması ile kesin olarak tükenmiş sayılamayacağı, bu hakkın kullanılıp kullanılmamasıyla ilgili

icra takibi sırasında) def'i hakkının kullanılmış bulunduğu dava malzemesi içinde yer alsın. Ancak, borçlunun zamanaşımı definden, zamanaşımı gerçekleştirildikten sonra²³ alacaklıya yöneltilecek bir taraflı, geçerliliği açısından hiçbir şekilde bağlı olmayan, varması gerekli bir beyanla her zaman (hatta def'i hakkım kullanmış bile olsa) va.zgeçmesi caiz olduğundan²⁴, o, dava sırasında önceden yapmış olduğu def'i hakkına ilişkin beyanını geri alıp davanın yürümesine imkan sağlayabilir²⁵. Bu da gösteriyor ki, zamanaşımı definin, kesin (= geri alınması mümkün olmayan) tarzda sonuç doğunması, ancak davanın kesin hükme bağlanması ile gerçekleşecektir²⁶.

b. Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süre

10 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2.6.1965 tarihli ve E. 689/D-1, K. 232

son kararın mahkeme önünde alınacağı ve bu kavram kanun koyucu tarafından esas itibarıyla *ile* davayı biçimleyen bir kavram olarak düşünüldüğü için, olsa olsa, def'i hakkının mahkeme dışı kullanılmış olmasından hareket ederek, onun davada da kullanılmak istendiği sonucuna varılabileceği kabul edilmelidir (Ayrıca krş. **Buz**, s. 106). **Larenz**'in eserinin **Wolf** tarafından yapılmış yeni basısında, yukarıda yollamadan anlaşılacağı gibi, bu görüşe yer verilmemiştir.

23) **BK.** 139/1 gereğince zamanaşımından *önceden* vazgeçmek batıldır.

24) **v. Tuhr**/**Escher**, § 81 III, s. 231; **v. Tuhr**, AT, § 17, I, 4, s. 296; **Larenz**, AT, s. 251.

25) *Def'i hakkı, bir yenilik doğuran hak sayılabilir mi?* Yenilik doğuran hak, bir kimsenin, özel bir hukuki duruma dayanarak, bir taraflı irade beyanı ile yeni bir hukuki durum yaratmak halde olduğuna göre, öne sürülmesi ile yeni bir hukuki duruma yol açan def'i hakkı da bu kategoriye sokulamaz mı? Bu mesele tartışmalıdır. Alman Hukukunda çoğunluk def'i hakkını bir yenilik doğuran hak olarak nitelendiriyor (Örnek olarak bkz. **Lehmann**, § 14, I, 3, s. 92 ve **Larenz**, AT, s. 250, not 21'de anılanlar). Def'i hakkının kullanılması ile alacağın düşmediği esastan hareket edilirse, aradaki benzerliğe rağmen, def'i hakkı ile yenilik doğuran hakların aynı şey olmadığını kabul etmek daha uygun gözüküyor (Gerek geciktirici, gerekse sürekli def'ilerin yenilik doğuran hak olarak nitelendirilemeyeceği hakkında geniş bilgi için bkz. **Buz**, not 22'de age, s. 93 vd., 96 vd.). Gerçekten, yenilik doğuran hakkın (örneğin, bir iptal veya fesih hakkının) kullanılması karşı tarafın hakkını sona erdirdiği halde, çoğunluğa göre, def'i hakkının öne sürülmesi ile bu kadar ileri giden bir sonuç ortaya çıkmaz. Sadece diğer tarafa ait talep hakkı durdurulmuş, felce uğratılmış, etkisiz bırakılmış olur. Borçlu kullanırdığı bir def'i hakkından bir taraflı irade beyanı ile vazgeçebilir, onu geri alabilir. Böylece, karşı tarafın talep (alacak) hakkı, kendisini engelleyen def'i hakkının baskısından kurtulmuş, tam bir talep hakkı niteliğini kazanmış olur. Oysa, yenilik doğuran hakkın kullanılması ile meydana gelen yeni hukuki durum kesindir. Ondan bir taraflı irade beyanı ile vazgeçilemez. Olsa olsa tarafların bir sözleşme ile, esle hukuki durumu yeniden kurmaları söz konusu olabilir. (Bkz. **Larenz**, AT, s. 250-251; **L. Huillier**, La notion du droit fondateur en droit privé suisse, Geneve 1947, s. 92 vd.; **v. Tuhr**/**Peter**, § 3, IV, s. 31-32). Ne var ki, bütün bunlar Alınan öğretisini, sadece, def'i hakkının diğer yenilik doğuran haklardan bu noktada ayrılan bir yenilik doğuran hak tipi oluşturduğu sonucuna götürüyor. (Bkz. **Larenz**/**Wolf**, 9.A., § 18, N. 55. İsviçre Hukukunda aynı doğrultuda: **KoUer**, I, N. 75-76).

26) Bkz. **Frossard**, Les obligations naturelles et la garantie de leur execution en droit suisse, Lausanne 1960, s. 45 not 9. Zamanaşımı definin kullanılmış ve davanın davacı aleyhinde kesin hükme bağlanmış olmasından sonraki aşamada da, borçlunun nazarıyla yapacağı ödeme geçerlidir.

sayılı kararında bu iki kavram arasındaki farka şöyle işaret ediyor: "Muhkeme kararının yazılışından, hak düşüren süre ile zamanaşımını süresinin arasındaki nitelik ayrımına (farkına) iyice dikkat edilmediği görülmektedir. Zamanaşımını Borçlar Yasasının 140. maddesi uyarınca, hakim *keudiliğinde* gözönünde tutamaz ise de hak düşüren süreyi kendiliğinden gözönünde tutmakla ödevlidir; zamanaşımı için *durma* veya *kesilme* söz konusu olabilirse de hak düşüren süre için *durma* veya *kesilme* yoktur. Bu gibi ayrımlardan ötürü, hak düşüren süre yerine kararda zamanaşımı denilmesi de doğru değildir"²⁷.

Yukarıdaki Yargıtay kararının, aralarındaki hüküm farklarına işaret ettiği hakkı düşüren sürelerin ne olduğunu anlayabilmek için, *süreye bağlı hak* kavramından hareket etmek gerekir. Bazı hallerde, kanun (veya tarafların anlaşması) bir hakkın devamını daha baştan bir süreye bağlamış olabilir. Bu gibi durumlarda, zaman hakkın varlığının ölçüsüdür. Süre devam ettikçe bak vardır. Örneğin, MK. m. 797 gereğince intifa hakkı, hak sahibinin ölümü (tüzel kişilerde, tüzel kişiliğin sona ermesi) ile yahut tüzel kişilere ait intifa haklarında, ayrıca bir süre kararlaştırılmamışsa, en çok yüz yılın geçmesi ile düşer. Diğer bir örnek olarak,

"Üst hakkı, bağımsız bir hak olarak en çok yüz yıl için kurulabilir.

Üst hakkı, süresinin dörtte üçü dolduktan sonra, kurulması için öngörülen şekle uyularak her zaman en çok yüz yıllık yeni bir süre için uzatılabilir."

diyen MK. m. 836 anılabilir²⁸.

Hak düşürücü süre (Verwirkungs ist, delai de er...) bun an ar ı bir durum anlaşılır. Burada, hak sahibinin kendisine tanıyan beffrlioir süre içinle, kanun-(maddi hükümlerle) da nOIJg iJrülen bir dav- r(!l!sta (bir irade beyanınca-bülüimaky-a qAVA cımak gibi) bulunmaması yüzün hakkını lcaıbelmesi söz konusu olu?"9. Görüldüğü gLb i , süreye bağlı haklarda ofdiğü ıb, süre devam ettikçe hakkın da devam edeceğini sY!t:ll}ek ıanj, okfür:Tufifinalaa-safüoı olan fiizeTkiş- yüz yıl süre le bu intifa hakkından yararlanır. Onun hakkının devam etmesi için sürenin tamamlanmamış olması yeter. Yoksa hak sahibinde!, yırca bu süre içinde belirli bir davranışta l;mlı 2.eJ eez: Oys!lhak diicu sürede, k sahlbinin hakkını muhafaza etmek veya kullanıp tüketmek için belirli süre zaflı..n_d_a ar(!_ke_te_g(!çm si, k_n!_m_in_örgpr_düğü içimde davranm ası şarttır.

27) **Olgaç**, not II'de age, BK. 140, 1 vd., -Ayrıca Bkz. Yarg. İç. Bir. Kar, 30.11.1955, 14/20 (RG. 9220). Şu noktayı ayrıca belirtmek gerekir ki, hakimin itirazı re'sen (kendiliğinden) nazara alabilmesi için, itiraza esas olacak olgunun dava malzemesinde (dosyada) yer alması şarttır.

28) Bu konuda bkz. **Wyss**, La peremption dans le code civil suisse, Lausanne 1957, s. 12 vd.; **Becker**, Vorbem. zu Art. 127-142; N. 2-3; **Mengiardi**, not 17'de age, s. 7 vd.

29) **Wyss**, s. 15 vd. ve not 28'de anılan **Becker**. Krş. **Nabholz**, not 9'da age, s. 62 vd.

Aksi halde, hakkı düşer. Bahis konusu davranışlar iki şekilde karşımıza çıl--abilir³⁰:

- Hak sahibinin, sözü geçen davranışı, bazen, doğrudan doğruya kaybedilmesi onleumek istenen hakkın kÜllanılması şeklinde-belnr. Bu kul-
lanma ile nalcaa tükenmiş olahilir. -ô'rneğın-: -B-K.-:rii. 3 f gereğince, hata, hile
veya ikrah altında bir sözleşme yapan kişi bir yıl zarfında iptal hakkını
l'llllanmalıdır. Süreyi kaçırırsa, iptal hakkı düşer. İptal hakkını zamanında
kullanırsa, bu hak ona elde etmek istediğı amacı sağlayarak (sözleşmenin
kesin hükümsüz hale gelmesi) tükenir.

- Bazen hak sahibinin belirli süre zarfında yapması gereken hareket
(huku.ld fiil), *kaybedilmesi bu yoldan bertaraf edilen hakkın kullanılması
niteliğini taşımayabilir. Yani, hak sahibinin bazı h:ıkl annın düşm_e s.ini ön-
lemek üzere, doğrudan doğruya bu hakların kullanılması ile i!gili olm*yan
baska luukuf j j llleri- enne g iirme.:Si g re y li Ur. Örneğın, satıcıya karşı
satılan maldaki ayıplardan doğan haklarını muhafaza etmek isteyen alıcı-
nın, BK.. m. 198'in (TTK. m. 25/b. 3) öngördüğü süreler içinde şeyi muaye-
ne ettirmesi ve ayıp ihbarında bulunması zorunluluğı bu kategoriye girer.
Anılan örnekte, ayıptan doğan haklarının düşmesini önlemek isteyen alıcı,
doğrudan doğruya bu hakların kullanılması ile ilgili olmayan bazı fiilleri
(muayene, ihbar) süresinde yapmak mecburiyetindedir.

Yukarıda incelenen her ilci halde de bir hak düşürücü süre vardır³¹.

- 13 Şimdi, kısaca şu noktayı belirtmemiz gerekiyor: *Hak düşürücü süreler,*
kural olarak, *yenilik doğuran haklarda* söz konusu olur³². Bunun aksine,

30) Özel olarak bkz. \Wyss, not 28'de age, s. 15 vd.

31) Hak düşürücü süreler ile süreye bağlı hak kavramları arasında gözetilen farkın, daha ziyade
teorik aJanda kaldığı, uygulamada her ilci kavramın da prensip olarak aynı kurallara tabi
olduğı genellikle kabul olunuyor. Bununla beraber, bu iki kavramın tamamen aynı tutu-
lamıyacakları ihtimaler de düşünülebilir. Wyss (not 28'de age, s. 17), haklı olarak, şu far-
ka işaret ediyor: *Süreye bağlı hakta*, hak sahibi, hiç bir zaman kendisine yeni (ek) bir süre
raoıomasını isteyemez. Çünkü, onun hakkını kaybetmes münhasıran *sürenin geçmesine*
(yoksa süre içinde belirli bir davranışı ihmal etmesine değil) dayanmaktadır. Oysa, *hak
düşürücü sürelerde*, hak sahibinin, kendi kusuruna dayanmayan bazı sebeplerden ötürü sü-
resi içinde gerekli davranışta bulunamadığını ispat ederek bir *ek süreden* yararlanabilmesi
pekala tasavvur edilebilir. Belirli bazı durumlarda, zamanaşımı süresinin geçmesine rağ-
men, davacıya albnış günlük bir ek süre tanınmasına ilişkin BK. m. 137 hükmünü hak dü-
şürücü sürelerle de kıyas yolu ile uygulayan Federal Mahkeme kararları (özel olarak bkz.
BGE 89. II. 304, JdT 1964. I. 171 ve Berti; not 22'de age, Art. 139, N. 74'de anılan diğer
kararlar) buna iyi bir örnek olabilir. Federal Mahkeme'ye göre, hak düşürücü sürelerde
verilecek ek sürenin mutlaka BK. m. 137'nin öngördüğü gibi altmış gün alınması gerekmez.
Mahkeme bu süreyi olayın özelliklerini dikkate alarak belirler (Ayrıca bkz. Dippen, Bas-
ler Komm., Art. 139, N. 3, 4; Pichonnaz, CR, Art. 139, N. 6). Şu var ki, mesele çok tar-
hşmalıdır. BK.. m. 137 hükmünün kıyas yolu ile hak düşürücü sürelerle uygulanmasını
reddeden yazarlardan birisi de Wyss'dir(not 28'de age, s. 126, 131 vd.).

32) Nabbolz, not 9'da age, s. 67; Wyss, not 28'de age, s. 20.

talep (alacak) halçları *zamanaşımı* sürelerine bağlanmıştır³³. İstisna olarak, k'ID.mn bir alacak hakkı için hak düşürücü süre öngönnüş olabilir³⁴.

2. Kumar ve Bahis Borçları

Borçlar Kanununun, özel borç ilişkilerine ayrılan ikinci Kısmı içinde yer alan 21. Bap, Kumar ve Bahis başlığını taşımakta ve bunun ilk maddesi olan BK. m. 504/c. 1 ise aynen şöyle demektedir.

"Kumar ve bahis, bir alacak hakkı tevhit etmez."

Kanun, kumar ve bahis kavramlarını tarif etmemiştir. *Kumar*, genel olarak "Birden fazla kişinin eğlenmek, kazanç sağlamak, ahut fikri veya bedenî usul arını geiş e amacıyla, az veya çok ustalı veya talihe oagTioiroiiiie zı şantın--almicia.karşıTıklı olarak aralarından kazanacak Olanaj.ir: elim taahhU:ttikleri bir sözleşme" şeklinde tarif edilebilir³⁵. Buna karşı, *bahis* denince, bundan tarafların karşılıklı ve birbirine zıt iddialarını 2 eki ş lirmek (takviye etmek) için ya tıklan ö le bir sözleşme anlaşılır ki, bununla taraflardan her biri, kendi iddiasının ıkması hli için dğeme b i! edim v ateder ³⁶.

Kumar ve bahsi birbirinden ayırmaya yanyan kriterin ne olduğu Ortak Hukukta (Pandekt" Hukukunda) çok tartışılmıştır. Bunun sebebi, orada, bahisten alacaklı lehine bir dava hakkı doğduğu halde, kumarda bu imkan tanınmamış olmasıdır³⁷. Yukarıda verilen tariflerden anlaşılacağı gibi, bugün hakim olan görüşe göre, söz konusu iki kavram arasındaki fark *saikte*, daha doğrusu taraflarca güdülen *amaçtadır*. Taraflar *kazanca veya eğlence* gibi saikler altında (bu amaçla) hareket ediyorsa kumar; belirli bir konuya ilişkin ciddi bir fikir ayrılığı dolayısı ile *karşılıklı ve birbirine zıt iddialarını pekiştirmek* istiyorlarsa bahis vardır ("şu konuda ben haklı çıkarsam, sen bana 1000 lira ödeyeceksin, sen haklı çıkarsan aynı miktarı ben sana ödeyeceğim")³⁸. Bununla beraber, modern Alman, İsviçre-Türk Hukukla-

33) Bununla alacak hakkı niteliğini taşıyan, yani borç ilişkisinden doğan talep haklarını kastediyoruz. *Ayni talepler* (örneğin, MK. m. 683 gereğince malikin istihkak talebi) İsviçre-Türk Hukuk.lannda bir zamanaşımı süresine bağlanmamıştır (v. Tuhr/Escher, § 80, II, s. 656; HGK. 19.1.1966, E. 7/781, K. 15, RKD 1966/7, s. 138). Burada sadece temel kuralı belirtmekle yetiniyor, bazı özel durumların incelenmesine geçmiyoruz.

34) Örnek: BK. m. 179'daki iki yıllık süre bir hak düşürücü süredir. (Bkz. Nabholz, not 9'da age, s. 64; v. Tuhr/Escher, § 74, not 11; § 99, VII, 6, s. 399).

35) Bkz. Akev, not 4'de age, s. 44; Enneccerus/Lehmann, § 189, I, 2, s. 752; Schöenberg, Zürcher Kommentar, Bd. V; Obligationenrecht, 3. Teil, 2. A., Zürich 1945, Art. 513, N. 2.

36) Bkz. Larenz, SR, II/1, s. 406; Enneccerus/Lehmann, § 189, I, 2. s. 753; Akev, not 4'de age, s. 45.

37) Enneccerus/Lehmann, § 189, I, 2, s. 751-752; Schwarz, s. 93.

38) Akev, not 4'de age, s. 68-70; Schwarz, s. 93; Schöenberg, not 35'de age, Art. 513, N. 3, Enneccerus/Lehmann, § 189, I, 2, s. 752.

nda lı..lllllar ve bahsi ayırmanın pratik bir önemi kalmamıştır. Çünkü, kamın, her ikisini de aynı hükümlere tabi tutmaktadır.

- 16 ¶unun, kumar ve bahisten tam bir borç doğmasını önleyen hükmü, bu gibi durumlard a taz:afların malvarhkları arasıncafa{ unlardan biri--yararına, diğerine aleyhine) meydana gelen değişikliklerin, gerçek, ciddi, korunna, aya değer gözüken ekônomik b_i;:¶1!?!-açtan,yo¶sın sayılm ?sına dayanmaktadır. Bunun yanınca,ou yoldan,elde edilen kazanç ciddi ahlaki bir temele dedayanmaz. Özellikle, kumarda, taraflardan birinin kazanç hırsının, düşüncesizliğinin diğer taraf veya taraflarca istismar edilmesi (sömürülmesi) tehlikesi, kanun koyucunun neden dolayı kumar ve bahis borçlarına karşı (bunları BK. m. 20 anlamında ahlaka aykırılık sebebiyle batıl sayacak kadar ileri gitmemekle birlikte) rıza ile ödenen kumar veya bahis borcunun geri alınamaması dışında (BK. m. 505/II) ilgisiz kaldığını, bu tip borçları hukuki himaye dışı tuttuğunu izah eder³⁹. Şurasını eklemek gerekir ki, gerçek anlamı ile kumar ve bahis dışında kalan bazı işlemler de, kumar ve bahis ile aynı hükümlere tabidir. Özellikle, kumar veya bahis için bilerek yapılan *avanslar* ve *ödünç* verilen akçeler yahut kumar ve bahis niteliğini haiz olduğu takdirde borsaya dahil olan emtia ve kıymetli evrakın fi.at farkı esası üzerine yapılan *vadeli alışverişler* (BK. m. 504/c. 2) buraya girer⁴⁰. Nihayet BK. m. 506 gereğince "*Hükümet tarafından müsaade edilmiş olmadıkça, piyango hiç bir alacak hakkı tevhit etmez. Müsaade edilmemiş olduğu takdirde piyango hakkında da kumara müteallik hükümler tatbik olunur*.,⁴¹.

- 17 Kanunun kumar ve bahis borçları için öngörmüş olduğu yaptırımın ne olduğu tartışmalıdır.

- İsviçre-Türk Hukuklarında savunulan ve çok yaygın olduğu söylenebilecek bir görüşe göre⁴², kumar ve bahis sözleşmeleri geçerlidir. Bunlardan borç doğar. Ne var ki, sÖ4 k9nusu borca day.an.ar.ak..borçl.uyı.Lborcunu ifa etmek üzere zorlamak (dava açm_ak,.icra takibi yapmak,takas-beyanında bulunma.R)-ımlcanl yo"ktui. Bu borç, dava hakkından ve diğer zor kullanma imkanlanndaÖyo¶n-¶¶-¶sjk bir bor tur. --

39)Schöoenberger, not 35'de age, Vorbem. zu Art. 513-515, N. 2; Art. 513, N. 2.

40) Aslında geçerli olan bu tip alışverişlerin ne zaman sının geçip kumar karakterini kazanabileceği hakkında bkz. Bauer, Basler Komm., Art. 513, N. 7 vd.

41) Yurdumuzda, Milli Piyango, at yarışları, futbol müsabakalarına ilişkin müşterek bahisler kanunla düzenlenmiş olduklarından, bunlardan tam bir borç doğar. (Bkz. Eren, s. 84; Kılıçoğlu, 7. bası, s. 24).

42) Bu fikirde: Schöoenberger, Art. 513, N. 48-49; Akev, not 4'de age, s. 121 ve s. 116'da arulanlar, Tandoğan, Notions, s. 57; Eren, s. 84; Bauer, Basler Komm., Art. 513, N. 13.

- Alman Hukukunda hakim olan, İsviçre'de de hayli taraflar toplayan ikinci bir fikre nazaran⁴³, kumar ve bahisten hukuki anlamda bir "borç" doğması bahis konusu değildir. Zira bu ..borçtan" dolayı, borçluyu ne dava yolu ile, ne de mahkeme dışı zorlamak imkanı mevcuttur. Kanunun, "borçlu"nun rızası ile yaptığı ödemenin geçerli olduğunu bildiren hükmü, onun bu durumda (önceden hukuki anlamda bir borç mevcut olmadığı halde), "alacaklıya", kendisine verileni muhafaza etmek için özel bir hak tanıdığını (*retentio soluti*), kısaca, bu yoldan gerçekleşen edimi "alacaklı" açısından yeterli bir kazanma (*iktisap*) sebebi (*causa acquirendi*, *Erwerbsbstitel*, *titre d'acquisition*) saydığını göstermekten öteye geçmez. Diğer taraftan, bazı yazarların, daha da ileri giderek, "kumar borcu şeref borcu" özdeyişinin ifade ettiği gibi, kumar ve bahis'ten doğan "borçları" ödemek hususunda, hukukı olmasa bile, ahlakı bir vazifenin mevcut olduğunu, bu sebeple de nza ile verilenin geri istenemeyeceğini bildiren BK. m. 505/11 hükmünün, "ahlaki bir vazifeyi ifa için verilen şey geri alınamaz" diyen BK. m. 62/c. 2'nin özel bir uygulama şeklinden ibaret kaldığı görüşünü benimsediklerini belirtmek gerekir⁴⁴.

Her iki fikrin de üzerinde birleştiği nokta, kumar ve bahis (keza onlarla bir tutulan ilişkilerden) doğan "borçların", rıza ile ödenenin geri alınmaması dışında hiç bir hukuki hüküm doğuramazdır. Gerçekten, zamanaşımına uğramış borçlardan farklı olarak, hakim dava edilen alacağın bir kumar veya bahis alacağı olduğunu dava malzemesinden (dosyadan) anlarsa, davalı bir beyanda bulunmasa bile re'sen (kendiliğinden) davayı reddeder. Bunun gibi, bu borçların, teminat altına alınması (örneğin geçerli bir şekilde rehinle temin edilmesi) imkanı da yoktur. Bu sebeple, bu gibi durumlarda hukuki anlamda hiç bir borcun doğmadığını, sadece kanunun açık bir hüküm koyarak borçlu tarafından rızası ile yerine getirilen edimi alacaklı için yeterli bir kazanma (= iktisap) sebebi saydığını ileri süren ikinci görüş, hem bu ilişkinin mahiyetine, hem de "kumar ve bahis, bir alacak hakkı tevhit etmez" diyen BK. m. 504/c. 1'in sözüne daha uygun düşmektedir⁴⁵.

18

43) **Larenz**, SR, 1, s. 20, **Ennecerus/Lehmann**, § 3, II. 4, s. 15; **Heitz**, not 6'da age, s. 84 vd.; **Pelet**, not 4'de age, s. 146 vd. (yazann, s. 158'de, alacaklının özel bir iktisap sebebine dayanarak edimi muhafaza yetkisini bir yenilik doğuran hakka benzetmesi şu bakımdan da doğru değildir ki, rıza ile ödemenin alacaklı tarafından kesin olarak iktisabı için onun ayrıca bir irade beyanında bulunmasına ihtiyaç yoktur); **v. Büren**, s.11; **Jaggi**, Vorbem. vor. Art. 1, N. 74-75; **Jauernig/Berger**, § 762, N. 6; **Palandt/Sprau**, 64.A., § 762, N. 5. -Türk Hukukunda aynı yönde açıklamalar: **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altöğ**, s. 26-27.

44) İsviçre Hukukunda bu fikirde: **Heitz**, not 6'da age, s. 84 vd.; **v. Büren**, s. 11. Bu görüşün eleştirilmesi için bkz. **Akev**, not 4'de age, s. 111 vd.

45) Davasız borç fikrini savunanlar, BK. m. 504'ün kenar başlığındaki "Alacağın dava edilememesi" ibaresine dayanıyorlar. **Akev'in** çok tartışma götürür fikrince, (not 4'de

- 19 Şu noktayı ekleyelim ki, tartışmalı olmasına rağmen, hakim ve isabetli olan görüşe göre, ifanın rıza ile gerçekleşmiş sayılması için borçlunun ifa ettiği borcun hukuki niteliği baklanda doğru bir t. davur sahibi ohnası t. maz. Şu halde, borçlu, borcun kumar borcu olduğunu bilmeden (örneğin M'nin A'ya olan kumar borcunu, onun ölümünden s o..nra bor.c un kaynağını b !lm y en mirasçı.s ı B ödüy ol) y ey.a-lcum&l-bor.çlanndan ötürü de ifa a zorlanabileceği!!i sanaral<Ji@mti.deJmhınursa, hı.1-ö?deme yjne geçerli olur ve eri istene ez⁴⁶. Gerçekten, önceden eksile bir borcun mevcudiyetini kabul eden birinci fikir bu sonucu gayet iyi açıkladığı gibi (hataen de olsa bir borç ödenmiştir), üstün tuttuğumuz ikinci fikir açısından da durum değişmez. Çünkü, kamın, sadece ifanın bir kumar veya bahis ilişkisine dayanarak borçlu tarafından zor alında olmaksızın yapılması olgusuna hukuki sonuç bağlamış, bunu yaparken de, kumar veya bahis sonucu "borçlanılanın" ödenmesini arayan köklü toplumsal görüş ve anlayışa uygun hareket etmiştir. İfa bir defa "borçlunun" rızasıyla gerçekleşti mi, kanun nasıl ilk safhada borçluyu ödemeye zorlamak için zor kullanılmasına izin vermiyorsa, bu sefer de verilenin geri alınması için Devlet kuvvetlerinin işe ka-nıştınlmaması bu temel anlayışa uygun düşer. Kumar ve bahis borçlanmın ödenmesini bir şeref ve haysiyet meselesi sayan toplumsal görüşler, bu borcu isteği ile ifa edenin borcun hukuki niteliği üzerindeki düşüncesine değer vermeksizin, sadece bunun ifa edilmiş olup olmaması ile ilgilenirler.

3. Evlenme Tellallığından Doğan Borç

- 20 İsv. BK. m. 412 hükmüne göre anlaşıl_ması gereken BK. m. 404/I uyarınca, tellallık öyle bir sözleşmedir ki, bununla tellal, bir ücret karşılığında bir sözleşmenin yapılması fırsatını göstermeğe veya bir sözleşmenin kurulmasına aracılık etmeğe memur edilir. BK. m. 408, evlenme tellallığı için özel bir hüküm içermekte ve "Evlenme tellallığı iic.ete halrt5ahşetmez" demektedir. Kanunun bu hükmii kabul--etnesinio.sebebi, eYlenine tellallığı-m?nmenin ahlaki niteliği.ile hağdaşmaz sa;xmış olmasıdır⁴⁷.

age, s. 119 vd), gerçi TBMM'nin doktrinde haklı eleştirilere uğrayan 26.11.1944 tarih ve 1367 sayılı yolu tarih ve 1367 sayılı yorum karar ile matlapların (kenar başlıklarının) kamın metninden sayılmayacağı sonucuna varılmıştır. Ne var ki, 29.6.1956 tarihli ve 6762 no.lu Türk Ticaret Kanununun 1474. maddesi bu kanunun kenar başlıklarının da metne dahil olduğunu açıkça ifade etmiştir. Aynı kanunun 1. maddesi "Türk Ticaret Kanunu, Türk Medeni Kanununun ayrılmaz bir cüz'üdür" demek sureti ile, Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda da kenar başlıklarına dayanmak imkanını yaratmış sayılabilir.

46) Buradaki gibi: **Larenz**, SR, II, 10. A, s. 421; **Pelet**, not 4'de age, s. 149; v. Tuhr/Peter, § 52, IV, 2, s. 482 ve not 62; **Akev**, not 4'de age, s. 448 - Aksi fikirde: **Schönenberger**, not 35'de age, Art. 514, N. 12 ve orada anılanlar.

47) **Oser/Schönenberger**, Art. 416, N. 1; **Schwarz**, s. 94-95.

Yukarıda kumar ve bahis borçları için söylenenler burada da geçerlidir.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun evlenme tell(ıllığına ilişkin (bizdeki **BK. m. 408'i** karşı-
lnyan) m. 416 hükmü 1998 yılındu yürürlilkten kaldırılmış ve bunun yerine vekflet söz-
leşmesiyle ilgili hükümlere, bir eş veyn sürekli birlikte ynşnnacnk kişi (istikrarlı bir ha-
yat arkadaşı) bulmak üzere ücret karşılığı bir kimseye vekfilct verilmesine dair ("eksik"
değil hukuki anlamda "tam" borç doğuran) yeni bir sözleşme tipi eklenmiştir (İsv. BK.
m. 406a vd.) İsviçre'de eski rejimin en büyük sakmcalurındun birisi, ücret alacaklarının
tahsili için mahkemeye başvuramayan "tellallann" peşin olarak yüksek miktarlarda
avanslar almaları olmuştur. Daha sonra, boşuna ödenen avansları geri almak için dava
açılması ise, özel hayatlarının gizliliğini korumak isteyen evlilik adayları açısından çok
defa uygun bulwınamıştır⁴⁸.

4. Ahlaki Bir Ödevin Yerine Getirilmesi

Bir ❖i.❖ senin kendil ❖rin❖❖ar 1 n afa❖❖ Ue yükümlü olmadığı. (MK. m. 364'aela sınırın dışında kalan) bazı hısımlarına, geçimlerini sağlamak üzere yardım ettiğini veya bir trafik ka❖asmda❖haY.atını kyrtaiān bīrsaq ş a ödül olarak bir ip.i}❖iarJ2❖❖-tediye ettiğ❖ni f❖❖µ:ş.Q.eJim. Bu gibi durumlarda, BK. m. 234/III gereğın❖e bi!_bağışl;ıma bahis konusu değildir⁴⁹. Fakat ifade bulunan kişi önceden mevc ut h uk,µJci bjLyüükümlüilüğünü.y.erine getirmiş tle sayılamaz. O halde, ahlaki bir ödevin ifası için verilenin geri istenemeyeceğini bildiren BK. m. 62/c. 2 hükmünden, kanunun burada dava edilmesi mümkün olmayan (hukuki anlamda) bir borcun varlığını kabul ettiği sonucu çıkarılamaz. Gerçekte, BK. m. 62/c. 2, önceden hukukı anlamda hiçbir borç mevcut olmadığı halde, karşı tarafa, verileni muhafaza yetkisini tanıyan, yani bu durumu bir kazanına}= iktisap) sebebi olarak değerlendiren bir hükümden başka bir şey değildir ⁰.

111. Sonuç

Buraya kadar yapılan ve doktrinde doğal (tabii) veya eksik borç diye 23

48) Bu açıklamalar için bkz. **Tercier**, Contrats, N. 5033, 4946, 4958; **Pietruszak**, Basler Komm., Vorbem. zu Art. 406a-406h, N. 1-2; **Werro**, CR, Art. 406a-406h, N. 1 vd.

49) Bunun en önemli pratik sonuçlarından biri, bağışlamadan dönmeye ilişkin BK. m. 244'ün burada uygulanamaması olacaktır. Şurasını ekleyelim ki, BK. m. 234/III hükmünden. ahlaki vazifenin ifasının kavram olarak bağışlama dışı tutulduğu anlaşılabileceği gibi; sadece (aynı zamanda bağışlama niteliğini taşıyan veya taşımasını), ahlaki ödevin ifasına bağışlama hükümlerinin uygulanamayacağı anlamı da çıkarılabilir (Özel olarak bkz. **Heitz**, not 4'de age, s. 65) - Bu konuda, tartışmalı olan bir mesele de şudur: Ahlaki bir ödevin ifası tarafların anlaşması ile geçerli olarak vaat edilebilir. Bir görüşe göre (**v. Tuhr/Peter**, § 4, II ve not 8b), BK. m. 234/III gereği böyle bir taahhüt bağışlama vaadi sayılmaz ve BK. m. 238/T'deki yazılı şekil şartına tabi olmaz. Bize daha isabetli gözüken fikre göre (**Kramer**, Allg. Einl. in das schweizerische OR, N. 111), kanun sadece ahlaki ödevin ifasını bağışlama hükümlerinin dışında tutmuştur. Şu halde, böyle bir ödevin ifasına ilişkin taahhüt, aynen bir bağışlama vaadi gibi BK. m. 238'deki şekil şartına tabidir.

50) Buradaki gibi: **Schönenberger/Jiiggi**, Vorbem. vor Art. 1, N. 76; **Frossard**, not 26'da age, s. 54 vd.; **Heitz**, not 4'de age, s. 60 vd.; **v. Düren**, s. 11.

adlandırılan durumların sadece bir kaç tanesine inhisar eden bu açıklamalar, en başta belirttiğimiz esası doğruluyor: Doğal veya eksile borç başlığı altında toplanan çeşitli ilişkiler tek ortak nokta olarak "rıza ile ödenenin geri alınamaması" unsurunu içeriyor, bunun dışında çok esaslı farklar karşımıza çıkıyor. Öyle ki, sadece doğal veya eksik borçtan söz açılması, hangi özel ilişkinin söz konusu olduğu bilinmedikçe fazla bir anlam taşımıyor ve yerine göre bu deyimlerden bazan biri, bazan diğeri ilişkinin niteliğine daha uygun düşüyor (örneğin, zamanaşırına uğramış borçlar için, zayıflama da olsa hukukî anlamda bir borcun varlığını sürdürdüğü dikkate alınarak "eksik borç" denmesinin daha isabetli olması gibi).

§ 6. Çeşit Ve Parça Borçları

0-c..c. i)0J"C,v k, rev- O"vS-' h.J /; (Sv ;;cr15 o-h)

I. Genel Olarak

9-t ey

c,e1;;,1 ert..J - be,,,,, b,,,ç-., lii 0•r ll'.s'..l (100 +v" t:t..l ?

1. Kavram

- 1 a. *Parça borcu* denince, bundan borcun konusunun taraflarca ferden (birey olarak), *somut* biçimde belirtildiği haller anlaşılır. Örneğin şu yarış atı satılmış, şu evin şu odası kiralanmış, benim radyom ariyet olarak verilmiştir. Borcun konusu sadece o at, o oda, o radyodur. Bunların dışında hiç bir at, oda veya radyo borca konu olamaz.
- 2 b. *Çeşit borcunda*, borcun konusu, *belirli bir çeşide* (nev'e, cinse) *ilişkin belirtilerle* (ayırıcı özelliklerle), *keza sayı, ölçü ve ağırlık* ile tayin edilir. Örneğin, yüz ton buğday veya Velidedeoğlu'nun Aile Hukuku kitabından beş adet satış sözleşmesine konu teşkil ettikleri zaman ortada bir çeşit (= nevi) borcu vardır. Görüldüğü gibi, bu ihtimalde borcun konusu *ferden* değil, *genel olarak*, sadece hangi çeşit ve nitelilcte ne miktar mal satıldığı belli edilerek gösterilmiştir. Satıcı, borç konusu yüz ton buğdayı veya beş kitabı dilediği yerden sağlayıp teslim edebilir. Satış sözleşmesinin yapıldığı anda, satılan şey, ferden (birey olarak) belli edilmiş şu yüz ton buğday veya şu beş kitap değildir.

Çeşit borçlarının özelliği, kendini bu yoldan borçluya bahşedilen seçim hakkında gösterir. Borç konusu çeşide dahil o miktarda malı seçip sözleşmeye tahsis etmek, kendisince seçilmiş mallarla sözleşmeyi ifa etmek ona aittir. BK. m. 70/c. 1 bu kuralı şöyle ifade ediyor:

"Verilmesi l<izım gelen şey yalnız neviyle tayin edilmiş ise işin mahiyetinden hilafı anlaşılmadıkça bu şeyin intihabı borçluya aittir."

Şu var ki, borçlu bu çeşitli y¹pl lirken tamamen serbestinakılmamış ve aksı elirtilmiş ol !nadı²a orta kalite..del laşagLIDal_y_ereJl³mesi öngörül-
111lştir (BK. m. 70/c. 2). Tarafların borç konusu malın niteliği üzerinde
daha ayrıntılı bir anlaşma yapmış olmalarına pek tabii hiç bir engel görüle-
mez, örneğin şu nitelik ve kalitede buğday verileceği açıkça kararlaştırılabil-
ir.

Çeşit borçlarının özel bir tipi de *sınırlı çeşit borçlarıdır* (mahdut nevi 3
borcu). Bu durumda borçlu borcwm münhasıran "belirli" veya "kendi üret-
tiği mallarla ilerde gerçekleşecek" bir *stoktan* ifa etmek yükümlülüğü altına
gimmiştir¹. Örneğin, şu depodaki veya Kanada'dan İstanbul'a hareket eden
X gemisindeki buğdaydan yüz tonu satılmışsa durum böyledir. Borç yine
bir çeşit borcudur. Fakat borçlu borcunu sadece söz konusu stokta bulunan
mallardan ifa etmek zorundadır. Onun aynı çeşit ve miktarda malı ayrıca
piyasadan sağlamak mecburiyeti yoktur.

2. Bu Ayrımın Misli Eşya ve Misli Olmayan Eşya Ayrımı İle İlgisi

Sayı, ölçü ve tartı'ya göre belli edilmesi adet olan² ve iş (alışveriş) haya- 4
tınöaliakim telakkilere göre belirli bir parçanın özel nitelikleri bir rol oyna-
maağından, onun aynı nitelilcte başka parçalarla değiştirilmesi (biri yerine
-ôğğinin geçirilmesil mü³ sa ilan taşınır (n;ie⁴l) eşya n_⁵is)j_e_Şyadır.
Buna karşı, iş (alışveriş) hayatında hakim olan görüş ve anlayışlar, bir eşyayı
kişisel nitelikleri dolayısı ile diğerlerinden ayn ve farklı olarak görüyor, onun
yerine aynı nitelikte sayılabilecek başka eşyaların geçirilmesi bu sebeple
mümkün olamıyorsa, *misli olmayan eşya* söz konusudur³. Misli eşyaya örnek
olarak para, tanın ürünleri (buğday, arpa vs.), kömür, kitap, seri halinde yapı-
lan endüstri mamülleri (radyo, buzdolabı vs.) gösterilebilir. Özellikle sanat
eserleri (bir ressamın tablosu, bir heykeltaşın yaptığı heykel), bir terzi tara-
fından dikilmiş ısmarlama elbise, ısmarlayan için özel olarak hazırlanmış
mobilya ise, misli olmayan eşya örnekleri olarak anılabilir.

Misli olan ve olmayan eşya ayırımında esas olan kıstas tamamen *objek-* 5
tiftir, iş (alışveriş) hayatının bu konuya ilişkin görüş ve anlayışlarıdır. Oysa
çeşit borcu-parça borcu ayırımında tamamen *sübjektif* bir kıstas (tarafların
iradesi) hakiin bulunmaktadır⁴. Gerçi çok defa, çeşit borcunun konusunu

1) **Larenz**, SR I, s. 154.

2) Ayrıca bkz. BGB § 91.

3) Bu açıklamaların gösterdiği gibi, taşınmazlar hiç bir zaman misli eşya olamazlar. Bütün
bu açıklamalar için bkz. **Meier-Hayoz**, Berner Kommentar, Bd. IV: Das Sachenrecht,
5.A., Bern 1981, Systematischer Teil, N. 175 vd.).

4) **Meier-Hayoz**, Systematischer Teil, N. 180; **Larenz**, SR, I, s. 151-152; **v. Tuhr/Peter**, §
8, I, s. 54; **Enneccerus/Lehmann**, § 6, I, s. 27.

misli eşya teşkil eder (yüz ton buğdayın satışında olduğu gibi). Fakat tarafların anlaşarak misli olmayan eşyayı da çeşit borcunun konusu olarak düzenlemiş olmaları imkan dahilindedir. Örneğin, *Modigliani'nin* iki tablosu satılmışsa durum böyledir. Burada satışa konu olan tablolar ferden, somut olarak belli edilmemiş olduğu için parça değil, sınırlı çeşit borcu vardır. Bunun aksine, parça borçlarının konusu olarak karşımıza çok defa misli olmayan eşya çıkacaktır (mesela tanınmış ressamlardan A'nın "Güneşin Batışı" adlı tablosu satılmıştır). Fakat misli eşya da parça borcuna konu teşkil edebilir: Şu bağın bu yılki ürününün veya şu vagondaki kömürün tümünün yahut şu radyonun satılmasında olduğu gibi.

II. Çeşit Borcu ve Parça Borcu Ayırımının Pratik Önemi

- 6 Bu ayırımın burada üzerinde durulacak en başta gelen pratik önemi, kendini hasarın geçmesi probleminde gösterir. Yalnız, bunu anlayabilmek için, önce *hasar* kelimesinin iki ayrı anlama geldiğini belirtmek gerekir: 1 - Edim basan, 2- Karşı edim hasan⁵ 6 .

- 7 1 - Edim hasarı kavramı şu sorunun cevabını veriy or..Jster iki tarafa, ister sadece bir tarafa borç yükleyen bir sözleşme bahis konusu olsun, borçlu konu oörcölununkusuru olmaksızın yerine getiilemiyorsa, borçlu borcundan kurtulacak mıdır, yoksa alacalğ !ka_rşı so17.!mlu-luğu devam eoecek midir? *Tandoğan* 'ın ifadesi ile, burada söz konusu olan tehlike (hasar), edim konusunun yok olmasına veya kötüleşmesine rağmen borçlunun borcundan kurtulamaması ve onu yine gereği gibi ifa etmekle yükümlü tutulması tehlikesidir⁷. Borçlunun borcundan kurtulduğu kabul edilirse hasar alacaklıdadır. Borçlunun bu duruma rağmen yükümlülüğü (ister asli edim yükümlülüğü, ister onun yerine geçen bir tazminat yükümlülüğü şeklinde olsun) devam ediyorsa, edim basan borçludur.

Bu konuda varılacak sonuç, borcun parça veya çeşit borcu olmasına göre farklıdır:

- *Parça borcunda*, borcun ifası, borçlunun kusuru olmaksızın imkansızlaşırsa (örneğin, satılan at yıldırım çarpması sonucu ölüyor, kiralanan ev

5) Öğretide bazen *edim hasan* (Leistungsgefahr) deyimini yerine şeye *ilişkin hasar* (Sachgefahr) veya *parça hasarı* (Stückgefahr) deyimlerine yer verildiği görülüyor. *Karşı edim hasan* deyimini yerine kullanılan diğer bir deyim *bedel hasarı* (Preisgefahr) deyimidir.

6) Bu konuda bkz. **Hecl**, Grundriss des Schuldrechts, Nachdruck 1958, s. 29 vd.; **Larenz**, SR, I, s. 153, 308, 310; **v. Tuhr/Peter**, § 8, **M**, IV, s. 55 vd.; **Akıntürk**, Satım akdinde hasarın intikali, Ankara 1966, s. 26 vd.

7) **Tandoğan**, I/1, s. 106-107.

deprem yüzünden çöküyor), borçlu borcundan kurtulur. Bu kural BK. m. 117/I'de şöyle ifade olunmuştur:

"Borçluya isnat olwıamıyan haller münasebetiyle borcun (fası mümkün olma=sa borç sakıt olur."

Şu halde parça borçlarında, edim hasarı alacaklıdadır.

- Çeşit borcunda, durum aksinedir. Borcunun sözle meuinJrnnılma- sındanı sonra, borcuna konu 2la _?_ _vgz t_on_ buğdayLpiy..asadan ..sağlayıp bir -- epoya koyduğunu farz edelim. İfa<Jc!Il Öf!Ce deQ.9ta m_?ırielJ yanar_?_.,J:orç- unun borcu (parça bor larındı n farklı olarnk) düşmez. B9rçlu, o çeşitten ma yeryüzünde- m-evcut ve sağlanabilir oldukça, onu temin edi-p6orcunu yerine g_?_?_!l_?_?_k zorwıdadır. Kural budur. Şu hald-eçeşit borçlarında edim 7lasarı bo.r.çl udqdır. (Kanunun satış sözleşmesi için öngördüğü-bir-istisna haline aşağıda ayrıca değiniyoruz)7a.

Sınırlı çeşit borçlarında, durum yerine göre değişebilir. Bir depoda bulunan buğdayın yüz tonu veya bir gemide yüklü bulunan kömürden on ton satıldıktan sonra, borcunun hiç bir kusuru bulunmaksızın deponun tamamı yanar yahut gemi batarsa, borç düşer (edim hasarı bu ihtimalde alacaklıdadır). Zira, borçlu sadece o depodan veya o gemide yüklü bulunan mallardan ifa mükellefiyeti altına girmiştir⁸. Depo veya gemi kısmen yanarsa, borcunun borcu devam eder. Şu var ki, alacaklılar birden fazla olduğu ve bahis konusu stokta (depoda veya gemide) sağlam kalan mal hepsinin alacağını tam olarak karşılamaya yetmediği takdirde, alacaklıların haklarının oranına uygun düşen bir pay talep edebileceklerini kabul etmek gerekir⁹.

2 - *Karşı edim hasarı, edim hasarından farklı olarak sadece iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde söz konusu olabilir. Üstelik, bu problemin ortaya çıkabilmesi için, önce edim hasarının alacaklıya ait olmak üzere {yani borçluyu borcundan kurtararak} gerçekleşmiş bulunması da şarttır¹⁰.*

8

Buradaki soru şöyle sorulabilir: Borçlu, ifada imkansızlık sebebiyle borcundan kurtulduktan sonra, alacaklıdan kendi borcunu yerine getirmesini talep etme hakkını muhafaza eder mi? BK. m. 117/II, c. 1, gereğince, hayır! Bu hükme nazaran;

"Karşılıklı taahhütleri havi akitlerde bu suretle beri olan borçlu haksız

7a) Bkz. aşağıda N. 8-9 ve not 15.

8) **Oftinger/Jeanpretre**, Jurisprudence du Tribunal Federal sur la partie generale du Code des obligations, Zürich 1970, s. 127 vd.; BGE 57. II. 508; **Larenz**, SR, I, s. 154.

9) **v. Tuhr/Peter**, § 8, V, s. 57.

10) **Schönle**, Zürcher Kommentar, Bd. V: Obligationenrecht, Teilbd. V/2a, Erste Lieferung, 3.A., Zürich, 1993, Art. 185, N. 28, 31, 32.

iktisaplara müteallik hükümlere tevfikân alınış olduğu şeyleri iadeye mecbur ve kendisine henüz tediye edilmemiş bulunan şeyi istemek hakkından mahrum olur. "

Görüldüğü gibi, kural olarak, karşı edim l'asa! -Ol o.sğıdqdı ifada kusursuz imkansızlık dolayısı ile borcundan kurtulunca (BK. m. 117/1), alacaklıya karşı olan alacak hakkım da kaybeder. Alacaklı edimini daha önce yerine getirmiş bulunuyorsa, borçlunun sebepsiz iktisap hükümleri gereğince aldığını geri vermesi icap eder.

Temel kural bu olm akla berab e !", BK. m. 117/II, c. 2, kanun veya sözleşmenin bu esastan ayrılabilirliklerini kaydediyor. Bizzat *kanun- tarafından* ö ngörülen e-n önemli istisna, satış sözleşmesi dolayısı ile BK. m. 183/I'de almaktadır. Söz konusu hükme göre:

"Halin icabından veya izususf şartlardan mütevellit istisnaların inaada-sında satılan şeyin ne-fi ve hasarı E 4.in inika 4ı anından itibaren alıcıya intikal eder. "

Buna nazaran, satış sözleşmesinin yapıldığı andan itibaren, ilke olarak (BK. m. 117ff, c. I'deki ana kuralın aksine) karşı edim hasarı alıcıya (alacaklıya) geçmektedir. pyl ki, satılan şey-1 enüz alıcıy..a teslim edilmeden satıcının kusuru bulunmayan bir olay sebebiyle yok olursa, satıcı borcun- 9.ankurtulur, fakat alıcıy-akarşı semen-alacağı buna rağmen devam eder. Alıcı, bu ihtimalde, hem edim hasarına hem de lsrşı edim hasarına katlanmak zorundadır1:-----

Satış sözleşmesine ilişkin bu esas *parça borçlarında* aynen yürür. *Çeşit borçları* açısından meseleyi ayrıca incelemek gerekir:

Meseleyi şöyle ortaya koyabiliriz: Acaba, çeşit borçlarında, ifadan önceki bir aşamada borcun sadece ayrılmış ve sözleşmeye tahsis edilmiş bazı mallara inhisar etmesi mümkün olamaz mı? Buna öğretilde çeşit borcunun temerküzü (belli eşya üzerinde toplanması) veya somutlaşması deniyor¹². Kanun, satış sözleşmesinde a9.ık bk b rnlSL12.unu kab.uLetmiştir. BK. m. 183/II'ye nazaran, hasarın alıcıya geçmesi için "yalnız nev'en tayin edilmiş olan satılanın ayırt edilmiş olması da lczımdır"¹³. S.u..halde,-ç.eşit-Satışlarmd atıcı satılanı Eul etmiş ise, g_c ındarLitibaren -mü:ıhasıran.-eyır.t-edilen-kısım-Sözleşmenin konUSU!!!U teşkil etmektedir ve onun yok Olması edim hasanm alıcıy.a-geçmesi fyap.i satıcının borcundan kurtulması) sonucunu.doğuracaktır.

I I) Bu çözümün haksız bulunması dolayısı ile (Federal Mahkeme tarafından da benimsenen) ana ilkenin dar, maddede öngörülen istisnaların geniş tutulması eğilimi hakkında bkz. **Venturi**, CR, Art. 185, N. 4; **Engel**, Contrats, s. 57; BGE 84.II.161.

12) Örnek olarak bkz: **Larenz**, SR, I, s. 152, **Saymen/Elbir**, s. 599.

13) Aynı hükme nazaran, gönderilecek borçlarda, "satıcının bu maksatla satılan üzerinden yedini refetmiş bulunması da şarttır."

Gerçi BK. m. 183/II. sadece karşı edim hasarını düzenleyen bir hükümdür. Ne var ki, karşı edim hasarının alıcıya geçmesi için daha önce edim hasarının onun üzerinde kalmış (yani borçlunun borcunun düşmüş) olması şart olduğundan, bu hüküm dolaylı olarak edim hasarı konusunda da değer taşınmaktadır¹⁴. Sonuç olarak, mal ayırt etmeden *sonra* satıcının kusuru olmaksızın yok olmuşsa, edim hasarının alıcıya geçmiş olması sonucu satıcı malı teslim etme borcundan kurtulacak, buna karşı (BK. m. 183/1'deki istisnalardan biri bulunmadıkça) alıcı karşı edim hasarına katlanacak ve elde edemediği malın bedelini satıcıya ödemek zorunda kalacaktır. Karşı edim hasarına ilişkin bu sonucun satış sözleşmesine özgü bir istisna hükmü olduğunu burada bu kere daha hatırlatmak isteriz.

Şurasını kısaca belirtelim ki, borç alıcının gelip alması....sur.e.tcyle_saticının ikametgahında (ye r !siln y e:liide.)-v.e.)la-mal.uL.bulunduğu..yerde ifa edite-ceks-e, BK. m.f83III' de sözü edilen ayırt etme'den ne anlaşılabacağı son derece tartışmalı bir konudur. J5_abulü imkansız gözilken..enşın. görüşlerden birisi, satıcının bir taraflı olarak yapac<l;ğı ayırt etmeyi yeterli sayan gfii.üştili¹⁵. İkinci bir fikre göre, ayırt etme yine satıcı tarafından *bir taraflı* olarak yapılmakla beraber, bunun alıcıya *bildirilmesi* (ihbar edilmesi) de şarttır. Diğer taraftan ayırt etmenin dıştan tanınabilir ve ispat edilebilir olması da aranır¹⁶. Üçüncü bir fikir ise, satıcının bir taraflı ayırt etmesi ile yetinmemekte, bunun *alıcının veya temsilcisinin huzurunda* gerçekleşmesini aramakta, ancak satıcının ihtarda bulunmasına rağmen alıcı veya temsilcisi gelmediği takdirde satıcıya bir taraflı ayırt etme hakkını tanımaktadır¹⁷.

Biz, taraflar arasında hayli başarılı bir çıkar dengesi kuran ikinci görüşe üstünlük tanınması eğilimindeyiz. Herhalde önemli olan nokta, satış sözleşmesinde, kanunun özel bir hükümle, çeşit borcunun *ifadan önceki, bir aşamada* temerküzünü (somutlaşmasını) öngörmüş olmasıdır¹⁸.

14) v. Büren, s. 27.

15) Bu sebeptendir ki, yukarıda çeşit borçlarında edim hasarını incelerken verdiğimiz örnekte, borçlunun (satıcının) borcuna konu olan yüz ton buğdayı piyasadan sağlayıp bir depoya koymasından sonra deponun yanması halinde, borcundan kurtulamıyacağını kabul ettik. İsviçre Federal Mahkemesi bir taraflı ayırt etmeyi yeterli saymaktadır (BGE 84 il 158). Öğretide, bu görüş çerçevesinde ayırt etmeyi ispat etmek satıcıya düştüğü için, onun ayırt etmenin gerçekleştiğini alıcıya ihbar etmekte büyük menfaati olduğuna işaret edilmiştir (Engel, not 11'de age, s. 58).

16) Bu fikirde: v. Büren, s. 27; Akıntürk, s. 134. Alman Hukukunda aynı doğrultuda: Larenz, SR I, s. 153; JauernigNollkommer, § 243, N. 9. Ayrıca bkz. Yarg. 13. HD., 15.2.1985, E. 7828, K. 1010 (Karabasan, TBH, ÖBİ, cilt 3, 2004, s. 187).

17) Ayrıntılan ve incelikleri üzerinde durmadığımız bu görüş, Türk Hukukunda Tandoğan (VI, s. 115), İsviçre Hukukunda Oser/Schönenberger (Art. 185, N. 9) tarafından kabul edilmiştir.

18) BK. m. 183 hükmünün, satış dışında kalan ve iki tarafa borç yükleyen diğer devir işlemlerinde MK. m. 1/11 aracılığı ile ve kıyas yolu ile uygulama alanı bulabilip bulamayacağı konusunda bkz. Schönle, not 10'da age, Art. 185, N. 141 vd.

§ 7. Seçimlik Borçlar

1. Genel Olarak

- 1 *Birden fazla edim borcun konusunu teşkil ettiği halde, borçlunun bunlardan yalnız birini yerine getirmekle yükümlü olduğu durumlarda seçimlik borçtan bahsedilir. Örneğin, borçlu alacaklıya ya nitelikleri belirlenmiş bir otomobil verecek, ya da 50.000 YTL ödeyecektir. Seçim hakkı alacaklıya veya borçluya ait olabilir¹. BK. m. 71, aksi anlaşılmadıkça, bu hakkın borçluya ait olmasını kabul ediyor.*
- 2 Seçimlik borcun mevcut olabilmesi için, seçim hakkının çeşitli edimlere wskin olması gerekir. Yoksa, i¹nın n²yO..lda gerçekleş-iceği l<9nusunupda tanınan çeşitli imkanlar (örneğin, borçluya borcunu nakden ödeme veya banka havalesiilegönderme imkanları arasında bir seçim hakkı tanınmıştır) bir seçimlik borca yol açmaz².
- 3 Seçimlik borçlar, bir bakıma *şarta bağlı borçlara* benzerler. Bununla beraber bu iki kavram arasında fark vardır. Şarta bağlı borçlarda, borcun hüküm doğuracak biçimde varlık kazanması el³!qe yer alan, gerç ekleşip gerçe eşemeyeceği şüpheli bir olaya bağlanmıştır. Seçimlik borçlarda ise borç mevcuttur.- Geleceğe-6ırakılanve şimdiden kesin olarak bilinmeyen husus, bu borcun konusunu çeşitli edimlerden hangisinin teşkil edeceğidir³.
- 4 Seçim hakkı, bu hakka sahip olan kişi tarafından karşı tarafa varması gerekli bir taraflı irade beyanı ile kul anılır. Bu Sır yenilik ao⁴ran hak, seçim beyanı ise yenilik doğuran bir beyandır. Bu beyan karşı tarafa varıp yeni hukuki durum meydana geldikten sonra, kıyas yolu ile uygulanabilecek BK. m. 9'daki sınırlar dışında, bunu geri almak imkanı kalmaz⁴. Seçim hakkının zımni (örtülü) hir beyan ile de kullanılması mümkündür. Örneğin, seçim hakkı borçluda ise, onun edimlerden birini yerine getirmesi veya alacaklıya arz (teklif) etmesi bu anlamı taşır⁵.

Seçim hakkının kullanılmasından sonra sadece seçilen edim borcun konusunu teşkil eder, diğeri borcun konusu olmaktan çıkar.

1) Öğretide bu hakkın üçüncü bir kişiye de ait olabileceği kabul ediliyor (Oser/ Schönberger, Art. 72, N. 7; v. Tuhr/Peter, § 11, I, s. 77).
 2) Larenz, SR, I, s. 156.
 3) v. Büren, s. 29; v. Tuhr/Peter, § 11, I, s. 78.
 4) Oser/Schönenberger, Art. 72, N. 8; v. Tuhr/Peter, § 11, II, s. 79.
 5) v. Tuhr/Peter, § 11, il, s. 79.

il. Seçimlik Borç ile Çeşit Borcunun Karşılaştırılması

Çeşit borcunda da, bor lu sözleşsine c tal • e ce•" :i.Lk.o.nu.s.u mal- lan seçme hakkına sahip bulunduğundan, seçimlik borçlar ile çeşit borçla- mu (özellikle sınırlı çeşit borçlarını) birbirinden ayınnak güçlük arz edebi- lir.

Bu iki kavram arasında mevcut belli başlı farklar şunlardır:

-J?ir defa, seçimlik borçlarda, borcun konusu olabilecek edimler, çe- sitli borçlarından farklı olarak, aynı ç .ide-(.neY.2.e, inse..)-dahi-1-olmak.-zo- ,.l!!illlLde.ğildir. Birbirinden çok farklı çeşitlere giren şeyler seçimlik olarak borçlanılmış olabilir (örneğin, yüz ton buğday veya 2005 modeli Ford mar- ka bir otomobil verilecektir). Daha da ileri gidilmiş ve seçimlik edimlerden biri parça, diğeri çeşit borcu olarak (örneğin şu kamyon veya Ford marka iki otomobil taahhüt edilmiştir) yahut hepsi parça borcu niteliğinde olmak üzere (örneğin şu antika halı veya şu antika vazo verilecektir) düzenlenmiş bulunabilir⁶.

- Asıl önemli olan nokta şuradadır: Aynı çeşide dahil şeyler borcJ}ll konusunu teşkil edi orsa se imlik bor lar ile özellikle sınırlı e it borcu şe de karşım!za çıkabil??k)s?itJ2orçl? ll??gi !9"!te!e gşre bir !,irinden ayrılacaktır?

Alınan Hukukunda sık sık anılan bir örnek şudur: A ile bir otel veya pansiyon işleten B arasındaki yazışma sonucu, A'ya belirli bir tarihten iti- baren otelin veya pansiyonun bir odası ayrılıyor. Bu (otelci açısından) se- çimlik bir borç mudur, sınırlı çeşit borcu mudur?⁷ Diğer bir örnek: B, A'ya tanınmış ressamlardan C'nin, 1890-1900 yılları arasında yaptığı tablolarıdan bir tanesini vermeyi taahhüt etmiştir. Burada nasıl bir sonuca varılacaktır?

Hakim ve doğru olan fikre göre⁸, şu noktaya bakılacaktır: Acaba çeşitli edim imk?nla?, taraflarca her biri kendisine has özellikleri, ferdiyeti (birey- selliği) olan brbirinden farklı imkanlar ofara!(riii-auşünümillştif, yoksa bÜnlar-bo i c foAat bir yığına sfol<a)aaftüTeşifl.nik?nlar olarak mi ele alın- mış, qr:_tp.k taraf!a!"l ? ?landat.tihılmıştır? Birinci-lialôe seçimlik borç, ikinci halde (sınırlı) çeşit borcu vardi!. Bu sonuca varabilmek için ise taraf- ların irade beyanlarını yorumlamak gerektiği meydandadır. Şunu şimdiden belirtelim ki, bu yorum esnasında nazara alınabilecek hususlardan bir tanesi

6) Özel olarak bkz. v. Tuhr/Peter, § 11, I, s. 78.

7) Sadece o otel veya pansiyonun odalarından biri borca konu olabileceğinden sınırlı çeşit borcundan bahsediyoruz.

8) Larenz, SR, I, s. 156-157. Enneccerus/Lehmann, § 7, I, s. 32/33; Oser/Schönenber- ger, Art. 72, N. 3; v. Büren, s. 28.

de seçim imkanının geniş veya dar bir çerçeveye inhisar etmesidir. Seçimin, nispeten *dar* bir çerçeve içinde yapılması gerekiyorsa (örneğin, üç tane çok değerli yarış atı olan B, bunlardan kendisince belli edilecek bir tanesini belirli bir bedel karşılığı A'ya satıyor) bu, seçimlik borç lehine hüküm verilmesini kolaylaştırır; buna karşı, seçim konusu olabilecek imkanların sayısı çok *fazla* ise, bu çeşit borcu yararına yorumu destekler (örneğin, yüzlerce atı olan B, bunlardan, hangisi olduğu belirtilmemiş birini A'ya satıyor). Çünkü, ancak dar bir çerçeve içinde yapılan seçimlerde, tarafların seçime konu olabilecek şeyleri birbirinden ayn özellikleriyle, bireysellikleriyle (eşi olmayan ayn bir varlık olarak) düşünmüş olmaları kolaylıkla kabul edilebilir.

Bu bilginin ışığında yukarıda verilen örneklere dönersek şu çözümlere varmamız gerekir: Birinci örnekte, otel odaları taraflarca ortak nitelikleriyle ve sadece o otelin odası olarak nazara alınmışlarsa sınırlı çeşit borcundan; tam tersine, her bir oda kendisini diğerlerinden ayıran, ona ferdiyetini (bireyselliğini) ve özelliğini kazandıran nitelikleriyle icap ve kabulün içeriğine girmişse (birinci katta kuzeye bakan köşedeki oda veya üçüncü kattaki "Pembe Oda") seçimlik borç bahis konusudur. Aynı şey ikinci örnek için tekrar edilebilir. Ressam C'nin 1890-1900 yılları arasında yaptığı eserler, taraflarca söz konusu ressamın eseri olmanın kendilerine bahsettiği ortak yanları ile düşünülmüş ise sınırlı çeşit borcu; bu devrede varlık kazanan her tablo, kendisini diğerlerinden ayıran özellikleriyle bağımsız ve ayrı bir edim imkanı olarak tasavvur edilmişse, seçimlik borç lehine hüküm vermek icap eder.

Çözümün şu veya bu yolda olmasının son derece önemli *pratik sonucu* şu noktada kendini gösterir ki, borç seçimlik borç niteliğini taşıyorsa, (olayda seçim hakkına sahip farz ettiğimiz) borçlu *bu seçimini yaparken alacaklının menfaatlerini nazara almakla hiç bir şekilde yükümlü olmaz-ğında*⁹, sözleşme icabı eş değerde sayılan odalardan veya tablolardan vasat (orta) seviyenin altında kalan bir tanesini dahi seçip borcun konusu haline getirebilir. O, örneğin, seçim hakkını ressam C'nin 1890-1900 yılları arasında yaptığı tablolardan, san'at çevrelerince diğer tablolardan çok geride kaldığı kabul edilen bir tanesi lehine kullanabilir. Oysa, borç *sınırlı çeşit borcu* olarak nitelenseydi, BK. m. 70/c. 2 gereğince *orta nitelikten aşağı* bir mal teslim edemeyen borçlu, söz konusu tablo ile borcunu ifa edemeyecekti¹⁰.

9) v. **Tuhr/Peter**, § 11, il, s. 79. Bu esas, Yargıtay tarafından da benimsenmiştir (4 HD., 18.6.1964, E. 963/12046, K. 3582, **Karabasan**, TBH, GH, cilt 5, 2004, s. 43).
10) Özel olarak bkz. not 8'de anılan Larenz.

1J er ir,0_ (Jl"::rt- q-,IP',(T-l>-tk /r j, L---\.,--<-.lc
 :-lc"Cf" rcriml,1· ..,c)b ? ,,,,...? ..J ?7

1 - Seçim yetkisi borç/uda ise

—

- 11) Bu sebeple Türk Hukukunda **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, (s. 817), *seçimlik yetki* deyimini karşılığı, *yedek edim yetkisi* deyimine üstünlük tanıyorlar.
- 12) **Enneccerus/Lehmann**, § 10, 1, s. 40 ve not 1; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 818.
- 13) Seçimlik yetki mutlaka tarafların anlaşmasından değil, bazen doğrudan doğruya *kanundan* doğabilir. BK. m. 83/11 buna iyi bir örnek teşkil eder.

Seçimlik borçlara nazaran kendini gösteren diğer bir fark şuradadır: Seçimlik borçta, borçlunun alacaklı a kar 1 a tı. bir taraflı varması gerekli de beyanlJlç (değiştirici yenilik ğ oğuran beya p.), edimle.r.clen s de çe biri borcun kesin konusu durumuna geçer. Oysa, s.eçimlik y tkiqe borçlunun ruacaliliya yedek edimi *sözlü olarak* teklif etmesi ile (bu sözler yazıya dö-külmüş olsa bile) borç ilişkisinde hiçbir değişiklik olmaz. O, yine eskisi gibi, sadece *asu ediJlün borçl usu* kalmaya devam eder. Alacaklı, bu aşama-dan sonra yine eskisi gibi müajıasiran kendisine borçlanılmış *asil edimi* (yoksa yedek edimi değil) talep ve dava etmek hakkına sahip olur. Görül-düğü gibi, burada borçluya bir yenilik doğuran hak tanınmış değildir¹⁴.

Yaygın olan görüşe göre, borçlunun asıl borcunun düşmesi için, ya ye-dek edim yerine getirilmeli ya da yedek edimin ifası *fiilen (eylemli olarak)* alacaklıya teklif edilmiş olmalıdır¹⁵. Fiili (eylemli) tekliften maksat, (kabul etmediği takdirde karşı tarafı alacaklı temerrüdüne düşürecek biçimde) borçlunun ifa için gerekli olan her şeyi hazırlamış ve yapmış olarak teklifte bulunmasıdır. Öyle ki, bundan böyle ifa sonucunun gerçekleşmesi sadece alacaklının "evet" diyerek ifayı kabul etmesine kalmış bulunmaktadır¹⁶.

8

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, borçlu yedek edimi fiilen teklif etmiş olsa bi-le, bu teklif bağlayıcı değildir. Şu halde o, bu teklifin alacaklı tarafından kabul edilme-sinden önce, bunu geri alıp asıl edim borçlusu konumuna dönebilir. Ancak alacaklının bu teklife güvenip bazı hazırlık eylemlerine girişmiş alması halindedir ki, borçlunun teklifini geri alması MK. m. 2/1 gereği dürüstlük kuralına aykırı sayılabilir¹⁷. Federal Mahkeme tarafından da benimsenen diğer bir görüşe göre ise, usulüne uygun biçimde gerçekleşmiş fiili (eylemli) teklifin geri alınması mümkün değildir¹⁸.

Bizce, bir yandan fiili (eylemli) teklifle asıl borcun düştüğünü kabul eden, diğer yandan ise borçluya bu teklifi geri alma hakkını tanıyan çözüm açık bir çelişki içermek-tedir. Bu açıdan Federal Mahkeme ve onunla aynı doğrultuda olan yazarların düşüncesi isabetlidir. Borçlunun yaptığı fiili tekliften serbestçe dönebilmesi, ancak, asıl edimin

14) Şu var ki, borçlunun yedek edim ile ifa etmek hususundaki teklifi alacaklı tarafından *kabul* edilince, borcun konusunu münhasıran yedek edim üzerinde toplayan (temerküz ettiren) bir sözleşmenin (borcu değiştirici sözleşme) yapıldığı söylenebilir (Bkz. v. **Tuhr/Peter**, § 11, IV, s. 82 ve not 26; **Oser/Schönenberger**, Art. 72, N. 13; **Schraner**, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, V/le, 1. Lfg., 3.A., Zürich 1991, Art. 72, N. 67). Ayrıca bkz. aşağıda not 19.

15) **Schraner**, not 14'de age, Art. 72, N. 66; **Weber**, Bemer Kommentar, VI/1, 4, 2. Auflage, Bem 2005, Art. 72, N. 73; **Bucher**, AT, s. 300.

16) **Schraner**, not 14'de age, Art. 91, N. 77; **Weber**, not 15'de age, Art. 91, N. 100.

17) v. **Tuhr/Peter**, § 11, VI, s. 82; **Weber**, not 15'de age, Art. 72, N. 72; **Schraner**, not 14'de age, Art. 72, N. 67.

18) BGE 63.II. 84; **Bucher**, AT, s. 300, not 31; **Merz**, Schweizerisches Privatrecht, VI/1, Basel 1984, s. 140; **Gubl/Koller**, § 8, N. 14. Ayrıca bkz. v. **Tuhr/Escher**, § 87, s. 281, not 37.

düşmesi için fiili (eylemli) teklifi yeterli görmeyip mutlak ifanın gerçekleşmiş olmasını arayan düşünce çerçevesinde bir anlık kazıdır^{19 22}

2-Seçim yetkisi alacak/ıda ise

Bu ihtimalde de, borçlu alacaklıya¹ karşı sadece asıl edimi borçlanmıştır. 9 Yalınz, aklı dilerse asıl edim yerine xek eqimin ifasını tale etme yetkisin e salıptır. Alac lı u yet ismi kullanmadıkça, borçlu sadece asıl ecilini ifa ederek borcundan kurtulabilir²¹. Asıl edimin ifası, borçlunun kusuru olmadan imkansızlaşırsa, borç düşer. Alacaklı, bundan sonra yedek edimin ifasını talep yetkisini kullanamaz.

Acaba, alacaklının yedek edimin ifasını talep yetkisini kullanması hukukun nasıl nitelendirilmelidir? Özellikle, alacaklı söz konusu yetkiyi kullandıktan sonra, bundan dönüp asıl edimin ifasını talep edebilir mi? Mesele tartışmalıdır:

*Bir fikre göre*²², alacaklı bu yetkisini kullanmış bile olsa, yedek edim borçlu tarafından fiilen yerine getirilinceye kadar bundan vazgeçip asıl edimin ifasını isteyebilir. Şu var ki, bazı hallerde (özellikle borçlu yedek edimin yerine getirilmesi ile ilgili hazırlıklara girişmişse), bundan dönülüp asıl edim üzerinde ısrar edilmesi MK. m. 2 anlamında dürüstlük (objektif iyiniyet) kuralına aykırı sayılabilir.

*İkinci bir ftl dr*²³, çok daha radikal bir çözüme ulaşıyor. Üstün tuttuğumuz bu görüşe göre, alacaklının bu konuya ilişkin beyanı yenilik doğuran bir beyan niteliğindedir. Beyanın karşı tarafa varması ile hukuki durumda bir değişiklik olur ve bundan böyle sadece yedek edim borcun konusunu teşkil eder.

§ 8. Borç Kaynakları

I. Genel Olarak

Burada, daha çok pozitif hukukumuzun sınırları içinde kalarak inceleye-

- 19) "Fiili" değil, sırf "sözlü" olarak yapılmış bir yedek edim teklifinin edimi değiştirme yönünde alacaklıya yapılmış bir icap oluşturduğu ve ancak icabın geri alınmasına ilişkin kurallar (BK. m. 9/I) çerçevesinde geri alınabileceği hakkında bkz. **Serozan**, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 4. bası, İstanbul 2006, § 7, N. 24, 25.
- 20) Hak.im olan ve isabetli gözüken fikre göre, borçlu, kendisine ait olan seçimlik yetkiden habersiz olarak asıl edimi yerine getirirse bunu sebepsiz iktisap kurallarına göre geri isteyemez. Zira, o *borcunu* ifa etmiştir ve alacaklının iktisabı bu yüzden "sebepsiz" sayılamaz (**Larenz**, SR, I, s. 160; **Enneccerus/Lehmann**, § 10, I, 4, s. 41).
- 21) Durum seçimlik borçlardan şu bakımdan farklıdır ki, borçlu, bu ihtimalde daha baştan itibaren kesin bir şekilde borçlandığı asıl edimi yerine getirmek için alacaklının seçim hakkını kullanmasını beklemek zorunda değildir (**Larenz**, SR, I, s. 161)..
- 22) Bu fikirde: **v. Tubr/Peter**, § 11, IV, s. 82; **Weber**, not 15'de age, Art. 72, N. 78.
- 23) Bu fikirde: **Larenz**, SR, I, s. 161; **Enneccerus/Lehmann**, § 10, I, s. 41; **Schraner**, not 14'de age, Art. 72, N. 73.

ceğimiz bu meselede, ilk önce cevaplandırılması gereken bir soru vardır. Borcun kaynaklarından söz açarken, dar anlamda borç mu, geniş anlamda borç mu kastediliyor? (Bkz. yukarıda § 2). Cevap şöyle olacaktır: Borç kaynakları derken kastedilen *geniş anlamda borçtur, borç ilişkisidir*. Zira, dar anlamda borçlar doğrudan doğruya borç ilişkisinden (geniş anlamda borçtan) doğarlar. Onlara borç ilişkisinin ürünleri gözü ile bakmak icap eder.

Borçlar Kanunumuza baktığımız vakit, "Borçların teşekkülü" başlığını taşıyan ve 1. maddeden 66. maddenin sonuna kadar uzanan Birinci Bap'da üç ayrı kaynağın düzenlendiğini görüyoruz: 1 - *Sözleşme* (akit) (BK. m. 1-40); 2 - *Haksız fiil* (BK. m. 41-60); 3 - *Sebepsiz iktisap* (BK. m. 61-66). Şimdiden belirtelim ki, bu kaynaklar hiçbir şekilde sınırlayıcı değildir¹.

1. Borç kaynağı Olarak Sözleşme, Haksız Fiil ve Sebepsiz İktisap

- 1 İlk kaynak olarak anılan *sözleşme* deyimini biraz dardır. Borç doğuran hukuki işlemlerin büyük çoğunluğunu borç sözleşmeleri; teşkil etmekle beraber, borç sadece sözleşmeden doğmaz. İstisna olarak, bir taraflı bir hukukCislemden borç doğması da mümkün olabilir. Çoğunluğun fikrinde, BİCm: 8'de düzenlenen aleni' ödül-İvadi böyle bir durumu ifade etmekte, orada borç vaat edenin bir taraflı irade beyanından doğmaktadır. Şu halde BK. m. 1-40'da düzenlenen ilk borç kaynağı, gerçekte *hukuki işlem* olmak gerekirdi. Ne var ki, pratik ihtiyaçları ve realiteyi daima ön planda göz önünde tutan İsviçre Borçlar Kanunu, hukuki işlemler kategorisi içinde sözleşmenin diğer hukuki işlem çeşitleri ile kıyas kabul etmeyecek kadar büyük ve geniş bir rol oynadığı düşüncesi ile, sözleşmeyi esas almayı üstün tutmuştur. Şüphesiz bu maddelerde öngörülen hükümler, niteliklerine aykırı düşmedikçe, sözleşme dışında kalan hukuki işlemler hakkında da uygulanabilir.

BK. m. 41-60'ın konusunu teşkil eden haksız fiillere gelince: Bu fasılda yer alan maddelerden bazıları (örneğin, BK. m. 54, 55, 56, 58), BK. m. 41 anlamında haksız fiilin tüm unsurlarını içermeyen kusursuz sorumluluk

1) Çok tartışmalı olmakla beraber, İsviçre Federal Mahkemesinin kararlarıyla, "sözleşmeden" ve "haksız fiilden" doğan sorumluluklar yanında "güven sorumluluğu" veya "güvene dayalı sorumluluk" adı altında yeni bir sorumluluk, dolayısıyla borç kaynağı yaratıldığı hakkında bkz. aşağıda § 49, not 50. Ne var ki, bu içtihadı karşı, ortada bir kamın boşluğunun bulunmadığı ve mahkemelerin, bu durumda haksız fiil sorumluluğu (BK. m. 41) ve sözleşmeye dayalı sorumluluk (BK. m. 96 vd.) halleri dışında yeni bir sorumluluk tipi yaratamayacağı itirazı yapılmıştır (Bkz. **Brehm**, La responsabilite fondee sur la confiance dans le domaine des assurances, **Chappuis/Winiger** yönetiminde çıkan "La responsabilite fondee sur la confiance, Vertrauenshaftung, Zürich 2001" başlıklı kolektif eser içinde s. 95). -Güven sorumluluğu ile ilgili çok geniş ve kapsamlı bir doçentlik tezi için bkz. **Peter Loser**, Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht, Bern 2006.

hallerini düzenlemektedir. Bazı ynzurlırcn, Ortnk Hukukta olduğu gibi, *linksı=Jiil hcnzer/eri* olarak adlandırılmık istenen bu gibi fiiller de geniş anlamda haksız fiillere dahildir ve herhalde BK. n1. 41-60 hükümleri bunla- nı da doğrudan doğruya uygulanır".

2. Borçlır Hukuku Dışındaki Borç Kaynakları

Borçların sadece Borçlar Kanunu çerçevesinde doğduğunu sanmak 3 doğru değildir. Borçlar Kanunu dışmda da borç ilişkilerine rastlanır. *Kişiler Hukukunda*, dernek ile üye arasındaki borç ilişkisi ve buna bağlı olarak üyenin aidat borcu (MK. m. 70); *Aile Hukukunda*, kanunda belirtilmiş ya- kın hısımlar arasındaki dayanışma ilişkisine bağlı olarak doğan nafaka bor- cu (MK. m. 364); *Miras Hukukunda*, vasiyetten vasiyet alacaklısı lehine doğan alacak (MK. m. 600); *Eşya Hukukunda*, başkasının malına haksız olarak zilyet olmanın yarattığı borçlar (MK. m. 993-994); *Ticaret Huku- kunda*, TTK. m. 762 vd. da düzenlenen taşıma sözleşmesinden doğan borç ilişkisi, hep kaynağı Borçlar Hukuku dışında bulunan borçlara örnek teşkil ederler.

3. Borç Kaynaklarına İlişkin Üçlü Ayrımın Sınırlayıcı (= Tahdidi) Olma- ması

Borçlar Kanununun ilk 66 maddesinde düzenlenen üç borç kaynağının 4 (hukuld işlem, haksız fiil, sebepsiz iktisap) hiçbir şekilde bütün borç kay- naklarını içine alacak güçte olmadığını anlamak için yukarıda verilen bazı örnekleri hatırlamak yeter. Nafaka borcu bu üç kategoriden hangisine soku- labilir? Gerçek şudur ki, kanun, hayatta en çok rastlanan, en tipile bazı borç kayna arını ayrıca düzenlemekle yetinmiş, yoksa bütün borç k²ynakla r2 nı b!J başJi!calfi²-t(?p ll!ma²is²memiştir. ---

Hukukı işlem, haksız fiil veya sebepsiz iktisap kategorilerine girmeksi- 5 zin bizzat Borçlar Kanunu tarafından, kanunun başka yerinde hükme bağ- lanmış borç ilişkileri de vardır. Burada, özellikle *vekaletsiz iş görme* (BK. m. 410-415) üzerinde durmak gerekir. Borçlar Kanununun, özel borç ilişki- lerine ayrılmış İkinci Kısımında düzenlenen vekaletsiz iş görmenin biri ger- çek, diğeri *gerçek olmayan* diye anılan her iki çeşidi de bağımsız ve özel bir borç kaynağıdır. Öyle ki, bu açıdan vekaletsiz iş görme hükümlerinin kanundaki yerini eleştirmek ve neden dolayı, borçların kaynaklarına ayrılan ilk 66 maddenin sonuna dördüncü tipik bir kaynak olarak eklenmediklerini sormak imkanı vardır².

la) Bkz. **Oser/Scbönenbe**ger, Vorbem. zu Art. 1-67, N. 99-100; Vorbem. zu Art. 41-61, N. I; Art. 60, N. 2; **Schwarz**, s. 150.

2) **Krş. Tandoğan**, Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekaletsiz İş Görme, İstanbul 1957, s. 361.

Gerçek vekaletsiz iş görme'de (BK. m. 410-413), bir kimsenin başkasına ait bir işin görülmesi iradesi ile, onun hukuk alanına bir mezuniyeti bulunmaksızın (kendisine izin verilmeksizin) müdahale etmesi bahis konusudur. Örneğin, A, komşusu B'nin seyahatte bulunduğu sırada kınlan camlarının yerine yenilerini taktırıyor veya Ü, B'nin A'ya olan borcunu ödüyor. Bu gibi durumlarda, iş görenin iş sahibinin menfaatine ve gerçek veya tahmin olunan (mefruz = varsayılan) maksadına uygun hareket etmesi gerekir (BK. in. 410)³. Gerçek olmayan vekaletsiz iş görme durumu aJ.s.e- bir kimse, başkası⁴ işini kendi l&Jnisi gibi e kendisine menfaat sağlamak ⁵ görmektedir (BK. in. 414)^{4, 5}.

Gerçek vekaletsiz iş görmede taraflar arasında bir sözleşme yoktur. Esasen bizatihi gerçek vekaletsiz iş görenin kendisi bir hukuki işlem teşkil etmeyip, huku.kı işlem benzeri fiil mi, maddi fiil mi olduğu tartışmalıdır⁶.

Özel olarak, gerçek olmayan vekaletsiz iş gönne açısından, bu kavramın haksız fiil veya sebepsiz iktisaptan doğan talepler karşısındaki yerinin ne olduğu akla gelebilir. Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye ilişkin bir kaç örnek vererek durumu aydınlatmaya çalışalım: Hırsız H, malik A' dan çaldığı malı yüksek fiatla Ü'ye satıyor (H, işgören durumundadır) veya B, A'ya ait bir ihtira beratını (patenti) haksız yere kullanıp kar sağlıyor (A iş sahibi, B işgören durumundadırlar). BK. m. 414 uyarınca, iş sahibi A, iş görenin bu yoldan elde ettiği bütün yararlanmaların (menfaatlerin) kendisine devrini talep edebilecektir. Bu tal<;J2.hakkı, sebe siz iktisatLIBlebinde olduğu gibi davacının fakirleş de s /y le y ahut haksız .fiile day.anan-tazminat taleninde olduğu üzere onun zarar! ile (yani, şu veya bu şekilde malvarlığında meydana geieİl azalma ile) sınırlı değildir. Şu halde, davacı BK. m. 414'e dayanarak fa.kirl⁷şmesini veya zararını aşan...menfaatleF⁸⁹ görenden Talep etmek imkanına sahiptir. Böylece, başk¹⁰sının hakkını kendi men-

3) Ayrıca krş. **Tandoğan**, not 2'de age, s. 157 vd., 357 vd.

4) Bu halde, hazan *iş gasbindan* (*Geschiifisanmassung*) veya başkasının hukuk alanına *müdahale ederek haksız ktir sağlamaktan* (*Eingriffserwerb*) bahsediliyor (Bkz. **Tandoğan**, not 2'de age, s. 65-66).

5) Yaygın bir görüş (özel olarak bkz. **Tandoğan**, not 2'de age, s. 71, 294-295); **Schönenberger**, Zürcher Kommentar, V, 3. Teil, 2. Auflage, Zürich 1945, Art. 423, N. 1), iş sahibinin menfaati için girildiği halde, objektif bakımdan onun menfaati gereği olmayan veya iş sahibinin geçerli yasaklamasına aykırı düşen işleri de bu hükme dahil saydığı, hatta iş görenin iyi veya kötü niyetli olması arasında bir ayırım yapmak istemediği halde, son bir eğilim, BK. m. 414'ü, sadece kötü niyetle (kusurlu olarak) başkasının işinin kendi işiymiş gibi görüldüğü hallerde uygulamak istiyor (Özellikle bkz. **Schmid**, Zürcher Kommentar, V, Teilband, V, 3a, Zürich 1993, Art. 423, N. 8 vd., N. 21 vd).

6) Özel olarak bkz. **Tandoğan**, not 2'de age, s. 51 vd. (Yazar, hukuki işlem benzeri fiil görüşüne üstünlük tanıyor).

faatine kullanan kişi, kendi öze) imkanları ile iş sahibinin elde edemeyeceği bir kar sağlamış bile olsa, bunu BK. m. m. 414 gereğince ona devretmek zorundadır. İşte BK. m. m. 414 hükmünün, haksız fiil ve sebepsiz iktisaptan doğan talep haklarına nazaran avantajı ve özelliği de buradadır⁷.

Sebepsiz zenginleşme alacağının, karşı tarafia fakirleşmesiyle sınırlı tutulmasını reddeden yeni eğilimler açısından, yukarıda söylenenlerin önemli ölçüde değerini kaybedeceği kuşkusuzdu⁸.

il. Kanundan Doğan Borçlar Kavramı ve Bunun Eleştirilmesi

Borç kaynaklarını sınırlayıcı bir ayrıma tabi tutmak için Roma Hukundan beri yapılagelen ve hiçbir genel bir kabule kavuşmayan ayrımlar üzerinde duracak değiliz. Yalnız, şunu belirtmek istiyoruz: Bazı tipik borç kaynaklarını ayrıca andıktan sonra, bunun dışında kalanlara *kanundan doğan borçlar* demek hemen her ülkede görülen çok yaygın bir davranıştır. Bu deyim, bazen *hukuki işlem* dışı kaynaklardan doğan borçlar⁸, bazen *hukukî işlem* ve *haksız fiil* dışındaki kaynaklara dayanan borçlar\ bazen de (İsviçre-Türk Hukuklarında), *hukukî işlem*, *haksız fiil* ve *sebepsiz iktisaplar* dışındaki kaynaklara ilişkin borçlar¹⁰ için kullanılmaktadır.

Gerçekte, kanundan doğan borçlar (yahut kanuni borç ilişkileri deyimi, şimdi açıklanacağı gibi, bir bakıma outün borçlar kanundan doğuyor sayılabileceği için y_ anıltıcıdır. Borcun doğrudan doğruya *kanundan* doğduğunu sanmak da isabetli değildir. Borçlar, kanundan değil, kanunun kendilerine borç doğurucu etki (büküm) bağladıkları *olgulardan* (vakılardan) doğarlar¹¹.

Durumu anlamak için meseleyi daha genel biçimde ele alalım¹²:

-
- 7) v. **Tuhr/Peter**, § 54, IV, 4, s. 522 vd.; **Schönenberger**, not 5'de age, Art. 423, N. 3; **Tandoğan**, not 2'de age, s. 193 - Yargıtayın MK. m. 908 ile BK. m. 414 arasındaki ilişkiyi açıklayan 4.6.1958 tarihli ve 15/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı için bkz. RG. 10021.
- 7a) Bu konuda krş. **Keller/Schäufelberger**, Das Schweizerische Schuldrecht, III, 2. A., 1983, s. 30 vd., **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 733 vd.; **Serozan**, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 4. bası, İstanbul 2006, § 24, N. 7 vd.
- 8) Bu fikirde: **Feyzioğlu**, 1, s. 31-32, 440.
- 9) Bkz. **Tandoğan**, not 2'de age, s. 31; v. **Tuhr/Peter**, § 6, s. 43; **Schwarz**, s. 149.
- 10) Bu fikirde: **Saymen/Elbir**, s. 64.
- 11) Bu nokta İtalyan MK.nun "Borçların Kaynakları" başlığını taşıyan 1173. maddesinde pek güzel ifade edilmiştir. Maddeye göre "Borçlar, sözleşmeden, haksız fiilden ve hukuk düzenine göre bir borç doğurmaya elverişli olan herhangi başka bir fiilden veya olgudan(= vakıadan) doğarlar" (**Tandoğan**, not 2'de age, s. 30).
- 12) Bu konudaki açıklamalar için özel olarak bkz. v. **Tuhr**, AT, § 43, s. 3 vd.; Gomaa, Theorie des sources de l'obligation, Paris 1968, s. 172-173, 199, 261 vd.; Ennecce-**rus/Nipperdey**, § 136, s. 858 vd.; **Lebmann**, § 20, s. 119 vd.; **Germann**, Grundlagen der Rechtswissenschaft, 2 Aufl., Bem 1968, s. 23 vd.

- 7 Kanunlar, bir konuyu düzenlerken, somut (müşahhas), kişisel, A ile B arasındaki ilişkiyi ilgilendiren hükümler koymaz, tam tersine *genel*, *soyut* (mücerret), *kişisel olmayan* kurallar içerirler. Hiç bir kanunda, Ahmet'in döverek yaraladığı Mehmet' e karşı tazminat borcu altına gireceği yazılı değildir. Kanun sadece koyduğu genel hükmün ne gibi şartların tamamlanması ile uygulanacağını gösterir. BK. m. 41'e göre, haksız fiilden ötürü taraflar arasında bir borç ilişkisinin doğabilmesi için dört unsurun bir arada gerçekleşmesi aranır: 1 - Hukuka aykırı bir fiil, 2 - Kusur, 3 - Zarar, 4 - Fiil ile zarar arasında illiyet bağı (sebe-sonuç ilişkisi). Somut olay, kanunun hükümlerinin uygulanması için genel ve soyut biçimde ifade edilen unsurları tam olarak kendinde topluyorsa (yani verdiğimiz örnekte Ahmet'in fiilinde anılan dört unsur mevcut ise), hukuki sonuç otomatik olarak harekete geçer ve bu fiile bağlanarak taraflar arasında, konusu Ahmet'in Mehmet'e bir tazminat ödemesi olan bir borç ilişkisinin doğumuna yol açar.

Şu halde *üç kavramı* dikkatle birbirinden ayırmak gerekiyor:

1- Somut olay (Ahmet'in Mehmet'i dövmesi ve yaralaması). Bunu, *fiili durum* veya *fiil* (*somut= müşahhas*) *olaylar* (*Sachverhalt*) diye adlandırıyoruz.

2 - Bir hukuki sonucun gerçekleşmesi için bulunması gerekli, kanun tarafından *genel ve soyut* olarak ifade edilmiş olguların (unsurların) tümü. Buna, *olgular bütünü* veya *geniş anlamda olgu* (*Tatbestand*) diyoruz. Hukuki sonuç ile geniş anlamda olgu arasında (şüphesiz doğa bilimlerinden farklı anlamda) bir illiyet bağı (sebe-sonuç ilişkisi) vardır. Şu noktaya dikkat edilsin ki, geniş anlamda olgu somut olaydan tamamen farklı bir kavramdır. Bu kavram, hukuken aynı hükme bağlanmak gereken sayısız somut olayı kapsamına alır. BK. m. 41'de haksız fiil *olgusunun* gerçekleşmesi için aranan hukuka aykırı fiil, kusur, zarar, illiyet bağı unsurları, Ahmet'in Mehmet'i döverek yaralaması olayında gerçekleştiği gibi, Nuri'nin Hasan'a ait dükkanın camlarını kırması veya Naciye'nin Şükran'ı uçurumdan aşağı itip ölümüne sebep olması v.s. olaylarında da gerçekleşir.

Geniş anlamda olgu (olgular bütünü), bir çok hallerde çeşitli *unsurların* (*dar anlamda olguların*) birleşmesinden meydana gelir. Yukarıda verilen haksız fiil örneğinde durum böyledir. Haksız fiilin dört unsurundan her biri bu anlamda bir olgudur, unsurdur. Bunların *hepsi* tamam olunca, *geniş anlamda olgu* (olgular bütünü) gerçekleşmiş olur ve hukuk düzeni de gerçekleşen bu (geniş anlamda) olguya öngördüğü hukuki sonucu bağlar¹³.

13) Aşağıda hukuki işlemler bahsinde görüleceği gibi, hukuk düzeni hukuki sonucun meydana gelmesine yol açan olgulardan bazılarını bahis konusu sonucun *sebebi* saymayıp,

3 - Nihayet..fii/f olaylar ve geniş anlamda olgu yanında bunlardan ayrılması gereken üçüncü kavram, hukuk düzenince, gerçekleşmiş geniş anlamda olguya bağlanan *luukuki somıçtur* {/w/aiki hüküm, *Rechtsfolge*). Verdiğimiz örnekte, *lvfehmet'i dövü yarala?an?hui.ei'.in bu davranışı* (*fiili, somut olay*), BK. -4,1 anlamında *haksız fiilin büt !.in unsurlarını* i çerdığı, haksız fiil *olgusunu* gerçekleştirdiği için, *anu?*, 8-b.met'i Mebmet'e karşı bir *ta=miuat ödemek borcu* altına sokmaktadır (*luukuf sonucu*).

Borç kaynakları problemini de işte bu açıdan ele almak gerekir. O zaman görülür ki, sözleşmenin borç kaynağı olması sadece somut olayda bu sözleşmeyi yapan A ve B'nin iradelerine dayanmıyor, A ve B'nin bir borç ilişkisi kunnak maksadı ile açığa vurulan karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları, kanunun kendisine borç doğurucu etki tanıdığı *borç sözleşmesi* olgusunu meydana getiriyor ve borç ilişkisinin doğumu *kanun* tarafından borç sözleşmesi olgusuna bağlanan *hukukf sonucu* ifade etmekten öteye geçnu'yor¹⁴.

Şimdi, açıklamalarımızın başında belirttiğimiz esası tekrar edebiliriz: *Borçlar, kanunun kendilerine borç doğurucu hüküm (etki) bağladıkları* (geniş anlamda) *olgulardan doğarlar*. Bu olgu, tarafların borç ilişkisinin doğumuna yönelmiş irade beyanlarını içeren *sözleşme* (veya bir taraflı bir hukuki işlem) olgusu olabileceği gibi, *bir haksız fiil* veya *sebepsiz iktisap* olgusu olabilir.

Kanun, bazı borç doğurucu olguları, çok tipik oldukları, en çok rastlanan ve en başta gelen olgular niteliğini taşıdıkları için, *Borç Kaynakları*

sadece *şartı* olarak niteleyebilir ve bu gibi (dar anlamda) olguları geniş anlamda olgum dışında tutabilir. O zaman, geniş anlamda olgu *tamamlandığı* ve işlem kurulduğu halde hukukten hüküm doğurmayacak, bunun için ayrıca (aşağıda *tamamlayıcı olgu* diye nitelendirdiğimiz) geniş anlamda olguya dahil bulunmayan *şartın* (örneğin bir sicile yapılacak tescil veya üçüncü bir kişinin icazeti) gerçekleşmesi aranacaktır. Şu var ki, hangi dar anlamda olguların hukuki sonucun *sebebi* sayılacağı ve bu sıfatla geniş anlamda olguya dahil bulunacağı, hangilerinin ise geniş anlamda olgu dışında tutulup sadece hukuki sonucun gerçekleşmesinin *şartı* sayılacağı önceden bütün ihtimaller için kesinlikle söylenemez. Bu daha çok hukuk düzeninin takdirine kalan ve kanunda açıklık olmayan konularda öğretide geniş tartışmalara yol açan bir meseledir (Bkz. **Ennecc--rus/Nipperdey**, § 136, I, s. 859 ve not 7; **Flume**, § 2, 3, c. 26/27; **Larenz**, AT, s. 316).

- 14) Şu halde hukuki işlem olgusu sebebiyle hukuki sonucun doğması, ne tek başına tarafların (veya tarafın) bu sonucu *istemış* olmalarına (*irade özerkliği*), ne de sadece *Juulmk diizeninin* söz konusu sonucu tanıyıp ona yürürlük kazandınnasına dayanır. Bu sonuca yönelen irade beyanları ile onlara hüküm bağlayan hukuk düzeni *birlikte* hukuki sonucu meydana getirirler. Borç doğuran kaynaklar arasında sadece hukuki işlem olgusunda, borç ilişkisinin taraflarının (veya içlerinden birinin) *borcun doğzumuna yönelmiş bir irade beyanı* yer almaktadır. Diğer borç doğuran olgularda ise böyle bir iradenin mevcudiyeti aranmaz. Aradaki fark bundan ibarettir (Bkz. **Flume**, § 1, s. 1 vd.; v. **Tuhr**, AT, § 50, I, s. 143 vd., 146).

(bizim kanunumuzda *Borçların Teşekkülü*) başlığı altında ayrıca ve özel olarak düzenlemiş olabilir. İsviçre-Türk Hukuklarında *sözleşme* (hukuki işlem), *haksız fiil* ve *sebepsiz iktisap* olguları bu kategoriye girerler. Bunun dışında kalan ve kanun tarafından kendilerine borç doğurucu hüküm tanıyan *diğer olgular* için *kanundan doğan borçlar* demenin yerinde bir deyim olmadığı meydandadır. Zira, A ile B arasındaki somut borç ilişkisi, hiç bir zaman doğrudan doğruya kanundanaoğp!a!!} _ a bunun !Sın kanunun lceiirusiineborç doğurucu etlci tanıd !ğı gir olgunun gççekle smesi erekmek- iecfü.-Aışkanlık sebepTyle fiillanılrsa bile, bu deyimle kastolunanın, kanu- özel olarak düzenlediği tipilçba:ı 9]gu lar qışında kalgn {j.iğer olgular- ---:Jiiizaoganborçlar anlamına geldiği hiç unutulmamalıdır.

M. Fiili Sözleşme İlişkileri

- 9 Almanyada, nasyonal sosyalist hukuk anlayışına uygun görüşler ortaya atmak için rejime bağlı hukukçuların yarış ettikleri bir dönemde, daha sonra "kanuna sadık kalan hukuki düşünceyi yıkmaya yönelik bir atom bombası" olarak nitelenecek¹⁵ bir düşünce, *Günther Haupt* tarafından 1941 yılında *Leipzig'deki* açılış dersinde ortaya atılmıştır¹⁶. Buna göre, sözleşme-ilişkilerin kurulması için her zaman karşılıklı ve birbirine uygun irade-beyanlarının u unması şart değil4ir. Irade bçyJ!nlan olmaksızın, saç e...jiili olgular dabi bazen doğurdukları hükümler bakımından alelade sözleşlelerle "bir fiilulması gereken sözleşme ilişkileri kurabilir. Özellikle 1950 yılından onra:-ltlmanya:ci-a, Alman Medeni Hukükunun en parlak, en önde gelen isimlerinden olduğu tartışma götürmeyen *Larenz'in* öncülüğünde (bazı hukukçuların şiddetle karşı çıktığı) bu görüş büyük ölçüde taraftar toplamış ve aşağıda görüleceği gibi bir ara Alman Federal Mahkemesi tarafından da benimsenmiştir. Derhal belirtelim ki, bugünkü durum böyle değildir ve fiili sözleşme ilişkileri görüşü gerek 9.ğr etisçççe gerçkç8,-lmap. uygulamasında tamamen terk edilm.iştir¹. Ne ilginçtir ki, aradan yıllar geçtikten

15) **Lehmann**, Faktische Vertragsverhältnisse, NJW 11, 1958, s. 5.

16) Bkz. Syz, Faktisches Vertragsverhältnis, Zürich, 1991 s. 1; **Flume**, AT, § 8, I, s. 95 - Haupt'un fiili sözleşme ilişkileri görüşünün, kişinin irade özerkliğini kullanarak *iradesi* ile hukula ilişkilerini belirleme yetkisini kaldıran, korporatist bir anlayışa dayanan ve buna uygun bir toplumsal düzeni varsayan ideolojik arka planına **Würsch/Dallafior** (Können Fakten Vert:rage begründen? - Zum sog. faktischen Vertragsverhältnis, SJZ 85, 1989, s. 276) işaret ediyorlar. Nitekim **Haupt**, işçiler açısından, hizmet sözleşmesi yapmak üzere tarafların anlaşmasının değil, *işçinin işletmeye katılması olgusunun* esas olduğunu ve bu yoldan kurulan ilişkinin içeriğinin de (tarafların müz.akeresine ve uyuşmasına gerek olmaksızın) işyerinde uygulanan somut kurallar (işletme yönetmeliği) ile belirleneceğini açık bir şekilde ifade etmiştir (Bkz. **Würsch/Dallafior**, s. 276, not 32'de Haupt'un yazısından aynen nakledilen satırlar).

17) **Palandt/Heinrichs**, 64.A., Eint: vor § 145, N. 25. Vaktiyle bu görüşün Almanyada baş savunucusu olan **Larenz** (AT, s. 535, 536) dahi, BGB'nin Genel Hükümlerine ilişkin

sonra aynı göriiş (kısmen büyük muhalefetle karşılaşmasına rağmen) yavaş yavaş İsviçre'ye, oradan da Türkiye'ye nüfuz etmeye başlamıştır¹⁸.

Açıklamalarımıza devam etmeden önemle belirtelim ki, genellikle kul- 10
} anılan, bu sebeple de bizim başlığa geçirdiğimiz "fiili sözleşme ilişkileri" deyimi kendi içinde çelişkilidir¹⁹. Bir "sözleşme ilişkisi" ancak sözleşme- den doğabileceğine, burada ise bir sözleşme kurulmaksızın fiili olgulardan meydana gelen ilişkiler söz konusu olduğuna göre, "fiili borç ilişkilerinden" bahsetmek daha yerinde olurdu.

Diğer taraftan, aşağıda bu göriişün kurucusu *Haupt'un* bütün düşünce- 11
lerini ve fiili borç ilişkilerinin uygulama alanı olarak gösterdiği üç grup ilişkiyi ayn ayn ele alacak değiliz. Bunların büyük kısmı, fiili borç ilişkileri kavramını kabul edenler tarafından dahi bir köşeye bırakılıyor ve problemin sadece şu iki grupta güncelliğini koruduğu belirtiliyor^{1-2°}:

- *Birinci grupta*, geçersiz sürekli borç ilişkileri (özellikle hizmet ve 12
sirket sözleşmelefl) yer alıyor.

Sürekli borç ilişkileri denince j) defada yerine getirilecek e<l.im.ler j c.e.mie en öyle ilişkiler anl J!1! ki b da, az veya çok devam edecek bir zaman dilimi i inde uie- lirli bir davranı ı sürdürmek veyamünferit önemli edimlerj aralıklarla ve •q getirmek söz-k nusu olur. Görüldüğü gibi; bu tip ilişkil de zaman unsuru ön lana çıkmakta ve süre uza ça bor wı miktan ve kaps aJ?I4 p.na bağlı olarak artmaktadır. Şu halde, ta- rafla arasınd- aönceden belirlenmiş kapsam ve miktarda bir edim (örneğin kömür), bel- lirli dönemlerde parça parça teslim edilecekse, ortada sürekli bir borç ilişkisi yoktur. Zi- ra, bu örnekte, toplam borç miktan zamana bağlı olarak artmamaktaW¹.

eserinin 1989 yılında yayımlanan basısında, bu konudaki düşüncelerinin gittikçe daha fazla hukukçu tarafından reddedildiğini kaydettikten sonra, artık bu görüşten vazgeçti- ğini açık seçile belirtmektedir. Aynı doğrultuda açıklamalar: **Kramer**, Art. 1, N. 21; **Syz**, not 16'da age, s. 33; **Medicus**, AT, N. 248; **Larenz/Wolf**, 9.A., § 30, N. 21 vd.; **Brox/Walker**, § 4, N. 70; **Brox**, N. 193-194.

18) İsviçre'de bu görüş, örneğin **Bucher** (AT, s. 270 vd.); **v. Büren** (s. 211) gibi yazarlar tarafından kabul edildiği halde (krş. **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1191 vd.), **Syz** (not 16'da age, s. 90), **Kramer** (Art. 1, N. 21 vd.), **Würsch/Dallafior** (s. 275 vd.), **Schwen- zer** (N. 28.58 vd.) gibi yazarlar tarafından reddolunuyor. Federal Mahkeme, taraflarca yıllar boyu yerine getirilen batıl bir *leasing* (finansal kiralama) sözleşmesinde, kiralaya- nın, kiracının üç yıldan fazla bir zamandır kullandığı bir otomobil için, fiili bir sözleşme ilişkisine dayanmak suretiyle uygun bir yararlanma bedeli isteyebileceğini kabul etmiş bulunuyor. (BGE 110. il 246; Praxis 74, 1985, 22). Başka türlü: BGE 119.11.441. - Türk Hukukunda, **Eren**, 9. bası, s. 126 ve **Serozan** (Die Überwindung der Rechtsfolgen des Formmangels im Rechtsgeschäft nach deutschem, schweizerischen und türkischem Recht, Tübingen 1968, s. 84 vd.) fiili sözleşme ilişkileri kavramını reddeden hukukçular arasında yer alıyorlar (Başka türlü: **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 69).

19) Bu noktaya **Flume** (AT, § 8, 1, s. 96), yerinde olarak işaret etmiştir.

20) Bkz. **Syz**, not 16'da age, s. 52, 83, 89; **Flume**, § 8, 1, s. 95; **Schwenzer**, N. 28.59 vd.

21) **Larenz**, SR, 1, s. 29 vd.; **Seliçi**, Borçlar Kanununa göre sözleşmeden doğan sürekli borç ilişkilerinin sona ermesi, İstanbul 1977, s. 4 vd.

13 Bu gibi ilişkilerde, ister kesin hükümsüzlük ister iptal edilebilir olma biçiminde karşımıza çıksın, geçersizliğin sözleşmenin kurulduğu andan itibaren sonuç doğurması, böylece o ana kadar belki de yıllarca devam etmiş ve taraflarca yerine getirilmiş bir ilişkiyi geçmişe dönük olarak tasfiye etmek mecburiyetinin ortaya çıkması arzu edilir bir çözüm değildir. İşte, bu konuda geçersizliğin sadece ileriye doğru (*ex tunc*) sonuç doğurmasını sağlamak amacı ile, taraflar arasında fiili bir sözleşme (borç) ilişkisinin kurulduğu iddia edilmiştir²². Oysa öğretilde yerinde olarak belirtildiği gibi, (olayda geçersiz de olsa) bir hukuki işlem vardır ve irade beyanları olmadan bir borç ilişkisinin doğup doğmayacağı değil, sadece söz konusu geçersizliğin geriye etkili olup olmayacağı meselesiyle karşılaşılmaktadır ki, geriye yürümeyi reddederek kolayca çözüme bağlanacak bu konu için fiili borç ilişkileri kavramına başvurmak gereksizdi²³. Şurasını ekleyelim ki, günümüzde hakim olan görüşe göre, ifa edilmeye başlanmış sürekli borç ilişkilerinde hükümsüzlüğün geriye yürümemesi (yerine göre bazı istisnalarla da olsa) genellikle kabul edilmektedir²⁴. Federal Mahkeme de, irade bozuklukları (hata, hile, ikrah) sebebiyle kısmen veya tamamen ifa edilmiş sürekli bir borç ilişkisi iptal edildiği vakit, hiç değilse ilke olarak iptal beyanının bir fesih gibi sadece ileriye doğru (*ex nunc*) hüküm doğuracağı, bu sebeple de fiili borç ilişkisi kavramına başvurmaya gerek bulunmadığı görüşündedir²⁵.

14 - *İf..iuci grupta karşımıza çıkan olgu, Larenz'in terminQ lojisi jld, toplumsal (sosyal) açıdan tipik davı:at11 şJarla .Jcum1an_fijJj borç ilişkileridir. iadiaedilifüşti la,çagınÜzın* kitlesel ilişkilerinde, ömğın taş !!P.a işlerinde yahut su, elektrik vs. gibi vazgeçilruez-ihitiyaçldng !cının v? tedarikinde, bunlar taraflardan biri tarafından önceden belli edilmi şartlarla umuma arz edilmekte ve kişilerin bunları talep etmeleri halinde, atlık bildiğiniz anlamda karşılıklı irade beyanları ile bir sözleşme kurulmasına ihtiyaç olmaksızın, fiili bir borç ilişkisi meydana gelmektedir. Bu anlayı-şçerçevesinde, umuma açık paralı bir park yerine arabasını park eden sürücü ile park yerini işleten arasında, sırf *jilf park etme olgusu* ile (yoksa icap ve kabul yolu ile bir sözleşme kurularak değil); bir tramvaya veya otobüse binildiği zaman,

22) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1189, 1191 vd., 1545. Bu eserde savunulan ve bize hiç inandırıcı gözükmeyen görüşe göre, burada kanundaki bir boşluk doldurularak, geçersiz bir sözleşmeden doğan ilişkiye kıyas yoluyla sözleşme hükümlerinin uygulanması söz konusudur.

23) **Flume**, § 8, 3, s. 101-102 ve not 14a; **Syz**, not 16'da age, s. 52-53; **Würsch/Dallafior**, not 16'da age, s. 276.

24) **Medicus**, AT, N. 253 vd.; **Schwenzer**, N. 28.62; **Kramer**, Art. 1, N. 241. Ayrıca bkz. hizmet sözleşmesiyle ilgili değişik İsv. BK. 320/III ve Syz, not 16'da age, s. 38 vd.

25) BGE 129.IU.320, JdT 2003.I.331. Bu konunun "esnek hükümsüzlük" görüşü çerçevesinde çözüme bağlanması için bkz. aşağıda. § 43, N. 32.

doğrudan doğruya fiili binme olgusu üzerine bir borç ilişkisi kurulmuş sayılmak.1adır²⁶.

Durumu daha iyi anlayabilmek için, Alman Federal Mahkemesinin, çok büyük tartışmalara yol açan ve orada "park yeri olayı" olarak klasikleşmiş 14 Temmuz 1956 tarihli kararına²⁷ kısaca göz atmakta yarar vardır. Olayda Hamburg Belediyesi, kendisine ait ve kamuya açık bir meydanın bir bölümünü belirli şart ve sınırlamalarla ücretli otomobil park yeri olarak kullanılmak üzere bir şirkete bırakmıştır. Şirket buraya "Arabaların gözetim altında tutulduğu ücretli park yeri" ibaresini içeren bir levha asmıştır. Bir bayan sürücü, 3 Eylül'den 12 Ekim 1953'e kadar uzanan dönem içinde, kamunun kullanımına tahsis edilen yerlerde ücret istenemeyeceği gerekçesi ile ve herhangi bir ödeme yapmayacağını açıkça bildirerek söz konusu alana otomobilini park etmiştir. Alman Federal Mahkemesi, *Haupt'un* yazısına da yollama yapmak suretiyle, doğrudan doğruya park etme eylemi ile, park yeri ücret tarifesine göre ücret ödeme yükümlülüğü doğuran fiili bir sözleşme ilişkisinin kurulduğunu, sürücünün herhangi bir sözleşme yapmak iradesi bulunmasa, hatta o, bunu arabasını park ederken açıksa ifade etse bile, sonucun değişmeyeceğini kabul etmiştir.

Bu karar haklı olarak eleştirilmiştir. Gerçekten, olayda sürücü ile park yerini işleten şirket arasında bir sözleşme ilişkisinin kurulduğunu kabul etmek ve bu sonuncuyu park yeri ücretine ilişkin hakkını aramak üzere haksız fiil veya sebepsiz iktisap hükümleriyle baş başa bırakmamak için, fiili borç ilişkileri görüşüne başvurmak zorunluluğu yoktu. Paralı olduğu açıkça belirtilmiş bir yere arabasını park eden sürücü, umuma yapılmış bir icabı "irade faaliyeti (etkinliği)" (doğrudan doğruya iradenin gerçekteştirilmesine yönelik davranışlar) yolu ile kabul etmiş bulunuyordu²⁸. Onun, arabasını park ederken ücret ödemeyeceğini beyan etmesi ise, MK. m. 2'ye dayalı *protestatio facto contraria nan va/et* (eyleme ters düşen söz geçerli sayılmaz) kuralı uyarınca hukuki bir değer taşııyordu²⁹.

Meselenin bu şekilde çözümüne karşı, şu düşünce öne sürülmüştür: Bu kabul edilir- 17 se, süper marketten bir mal çalan (örneğin bir çikolata paketini elindeki sepete değil, cebine koyan) müşterinin de, bu anlayışa dayanarak bir sözleşmenin kurulduğunu³⁰,

26) Bkz. **Larenz**, AT, s. 534 vd.

27) BGHZ 21,319.

28) **Lehmann**, not 15'de age, s. 4; **Flume** § 8, 2, s. 99, Bu kavram için bkz. aşağıda § 14 N. 4.

29) **Lehmann**, not 15'de age, s. 2; **Merz**, Art. 2, N. 455 vd.; özellikle 457; **Flume**, § 8, 2, s. 99; **Schwenzer**, N. 28.61. -Başka türlü: **Kramer**, Art. 1, N. 23.

30) Aşağıda icap ve kabul incelenirken görüleceği gibi, süper marketlerde raftaki malın alınıp sepete veya arabaya korunası henüz kabul sayılamayacağı, bunun için alınan malların kasaya arzı gerektiğinden, öğretide verilen bu örnek başarılı sayılamaz. Durumu market yönetiminin zımnen kabul edebileceği bir icap olarak ele almak da hayli yapay

kendisinin hırsızlıkla itham edilemeyeceğini ve sadece çikolata bedelini ödemekle yükümlü olduğunu ileri sürmesi mümkün olmayacak mıdır?³¹ Bu sorunun cevabı şöyledir: Hukuka aykırı bir eylem yapan kişi, hukuki işlemler alanının dışına çıkan, bu sebeple de üzerinde durduğumuz çözümden yararlanma imkanından yoksun kalan bir kişidir. O, haksız fiil ve Ceza Hukuku ilkelerine göre sorumlu tutulmaya katlanmak zorundadır³².

- 18 Fiili borç ilişkileri kavramını desteklemek üzere, genel ulaşım araçlarına (örneğin tramvaya veya otobüse) binerek bedava seyahat etmek isteyen ehliyetli kişilerin de, bu yoldan (meydana geldiği ileri sürülen fiili sözleşme ilişkisi uyarınca) taşıma ücretini (hatta cezalı olarak) ödemek zorunda kalacakları belirtilmiştir. Ne var ki, bugün baskın olan görüş, bu sonucu ehliyetli kişileri korumak üzere sevk edilmiş kanun hükümlerinin (MK. m. 9 vd.) amacı ile bağdaşmaz saymakta ve fiil ehliyetinden yoksun kişinin yaptığı sözleşme geçersiz olduğuna göre, çözümün haksız fiil ve sebepsiz iktisap hükümleri çerçevesinde aranması gerektiğini kabul etmektedir³.
- 19 Bütün bu açıklamalar gösteriyor ki, toplumsal açıdan tipik sayılan davranışlar ile fiili borç ilişkisinin kurulduğu g.dic: edilen durumlarda, meseleleri klasik hukuki işlem teorisi içinde kalarak çözüme bağlamak imkanı vardır³⁴. -Esasen, özellikle bu düşünceyle ki, *Larenz* vaktiyle öncülüğünü yaptığı bu görüşü (halen Alman öğretisinde ve uygulamasında mutlak biçimde hakim olan düşünceye uygun biçimde) terk etmiş bulunmaktadır. Bu hususu dikkate alarak, biz de fiili borç ilişkileri görüşüne Türk hukukunda yer olmadığı kanısındayız.

ve herhalde tatmin edici olmayan bir çözümdür (bkz. **Kramer**, Art. 1, N. 25). Ne var ki, metinde belirtilen gerekçe ile, bütün bu düşüncelerin pratik bir değeri de yoktur.

31) **Medicus**, AT, N. 249.

32) Bkz. **Kramer**, Art. 1, N. 25; **Medicus**, AT, N. 250; **Palandt/Heinrichs**, 64.A., Einf. vor § 145, N. 27; **Kellmann**, Schuldverhältnisse aus sozialtypischem Verhalten, NJW, 1971, s. 268. - Bu vesile ile şu noktayı belirtelim ki, Almanya'daki park yeri olayında, sürücü kamuya açık yerlerde paralı park yerleri kurulamayacağını, dolayısı ile hukuk kurallarının kendi yanında olduğunu ileri sürüyordu ki, bu nokta onun durumunu, bilecek hukuku çiğneyen bir hırsız vs. ile bir tutmaya imkan bırakmıyordu.

33) **Kramer**, Art. 1, N. 22; **Futter**, Die unglücklich verlaufene Strassenbahnfahrt, JuS 1974, s. 380; **Larenz/Wolf**, 9.A., § 30, N. 25; **Schwenzer**, N. 28.61; **Broi**, N. 194.

34) **Merz**, Vertrag, N. 13. Ayrıca bkz. **Lehmann**, not 15'de age, s. 3 vd.

BİRİNCİBÖLÜM

BORÇ KAYNAĞI OLARAK HUKUKİ İŞLEM
(= MUAMELE), ÖZELLİKLE SÖZLEŞME

BİRİNCİ ALT BÖLÜM

HUKUKİ İŞLEM KAVRAMI VE ÇEŞİTLERİ

§ 9. Hukuki İşlemin Hukuki Fiiller (Eylemler) İçindeki Yeri¹

I. Hukuken Önemli Olan ve Olmayan Olgular

Hayatta karşımıza çıkan olguları en başta iki kategoriye ayırabiliriz: Hukuken önemli olmayan, hukuki sonuç doğurmayan olgular (A'nın sabahleyin uyanması, giyinmesi, yürüyüşe çıkması v.s. gibi) ve hukuken önemli olan, hukuki sonuç doğuran olgular. Burada bizi sadece bu ikinciler ilgilendiriyor.

1

II. Hukuken Önemli Olguların Hukuki Olaylar ve Hukuki Fiiller Diye İkiye Ayrılması

Hukuken önemli olan olguların bazılarında, bilinçli insan iradesinin bir rolü yoktur: Doğum, ölüm, zamanın geçmesi gibi. Hukuki işlemleri bunlar değil, geniş aulamaa Hiikukf fiiller diye adlandırdığımız diğer-ğrupta arıyacağız. Geniş anlamda hukuki fiillerden maksat, insanların (yerine göre olumlu veya olumsuz biçimde beliren) bilinçli bir irade sonucu meydana gelmiş ve dış alemde ifadesini bulan davranışlarıdır. Şu halde, sırf iç dünyada kalan olaylar (bir karar vermek için düşünmek), yahut bilinçsiz olarak yapılan bir hareket (öneğin bir mese uyuşturucu-ilaçların etkisinde yahut hipnotize edilmiş durumda bir takım davranışlarda bulunuyor), yahut iradi bir karara dayanmaksızın, dıştan gelen mutlak bir cebir (zor) (*vis absoluta*) altında yapılan hareketler (örneğin, B, A'nın şakağına tabancasını dayıyor, sonra elini tutup kağıt üzerinde yürüterek zorla bir senedi imzalıyor), hukuki bir fiil teşkil etmezler.

2

Şurasını ekleyelim ki, burada sadece Özel Hukuka ilişkin fiiller bahis

3

1) Bu konu için bkz. **Lebmann**, § 20, s. 119 vd.; **v. Tuhr**, AT, § 48, s. 103 vd.; **v. Tuhr/Peter**, §23, s. 174 vd.; **Schwarz**, s. 158 vd.; **Enneccerus/Nipperdey**, § 137, s. 860 vd.; **Flume**, § 9, s. 104 vd.; **Manigk**, Das rechtswirksame Verhalten, Berlin 1939, s. 1 vd.; s. 465 vd.

konusu edilmekte, Kanm Hukukuna ilişkin fiiller üzerinde durulmamaktadır.

M. Hukuka Aykırı Fiiller ve Hukuka Uygun Fiiller

- 4 Geniş anlamda hukuki fiillerin bazıları, hukuk düzenince uygun bulunmayan *hukuka aykırı fiillerdir*. Haksız fiiller (BK. m. 41 vd.) ve *borca aykırı davranışlar* (BK. m. 96 vd.) bu gruba girerler.

Hukuki işlemler, hukuk düzenince onaylanan, caiz görülen *hukuka uygun fiiller* arasında yer alır.

IV. Hukuka Uygun Fiillerin Çeşitleri

- s Hukuka uygun fiiller, yaygın bir ayırım gereğince, üçe ayrılır: 1 - *İrade* açığa vurmaları (izharları), 2 - *Tasavvur* (görüş) açığa vurmaları, 3 - *His* (duygu) açığa vurmaları.

- 6 **1. İrade açığa vurmaları.** insan iradesi açığa çıkaran (dış dünyaya yansıtan) fiillerdir. Bunlar da üç biçimde ikiye ayrılabilir:

- a. **Hukuki işlemler**, geniş anlamda irade beyanları içindeki en önemli kategoriye meydana getirirler. Hukuki işlemler, hukukla bir sonuç doğurmak amacıyla güden öyle irade beyanları veya beyanlardaki, bu irade beyanlarına dayanarak hukuk düzeni, irade beyanına uygun (taraf yahud taraflarca istenen) hukuki sonucü gerektirir:

Hukuki işlem kavramının, onu, aşağıda gözden geçirilecek diğer irade açığa vurmalarından ayıran özelliği şuradadır: Burada irade beyanının içeriği ile, hukuk düzeninin buna bağladığı sonuç arasında bir uygunluk vardır. Hukuki sonuç, *istendiği için* meydana gelmektedir.

b. Hukuki işlem benzeri fiiller/ ?

Öyle bazı irade açığa vurmaları vardır ki, bunlarda irade doğrudan doğruya *füli bir sonuca* yönelmiş olduğu halde, hukuk düzeni bu irade açığa vurmasına *bir hüküf* sonuç atlar. Aile Kanununda; hukukî sonuç, irade beyanının içeriklerinden çıkarılır. İradesini açığa vuran kişinin, bahis konusu irade açığa vurmasına bağlanan hukuki sonucu istemesine, hatta bilmesine dahi gerek yoktur.

Temerrüt ihtarı (BK. m. 101/1) buna güzel bir örnek olabilir. Alacaklı, muaccel borcunu ifada geciken borçlusuna ihtarda bulunduğu zaman, sadece borçlunun edimini yerine getirmesini istemektedir. Bu ihtara temerrüdün hukuki sonuçlarının bağlanabilmesi için (BK. m. 102 vd.) alacaklının söz konusu sonuçları bilmiş veya istemiş olması gerekli değildir.

Hukuki işlemlere ilişkin kuralların çoğu (örneğin, ehliyet, irade beyanlarının vannasına, temsile v.s. ait hükümler), kıyas yolu ile bunlara da uygulanır. Bununla beraber, her özel olguda, kıyas yolu ile uygulamanın ne ölçüde caiz olduğu incelenmelidir.

c. Maddi Fiiller

Bu halde de, irade dı alemde fiil/ bir de-i ikliğe yönelmekte, fakat hukuk a sonuç irade açığa vurmasına değji ('O u noktada maddi fiiller, hukuki muamele eden fiillerde ilaynılmaktadır). -hahis Ironusu Irade açığa. Yürması ile dış alemde meydana gelif (maddf) değişikliğe bağlanmaktadır.

Örneğin, işleme (hukuki taşıyır) (MK. m. 775) halinde durum böyledir. A, B'ye ait mermerden bir heykel yaparsa, A'nın emeğinin değerinin mermerin de en den f faolrii shalinde, sey il mülkiyeti (tazminat v ebep- siz iktisap talepleri saklı kalmak üzere), kural olara k. A y a al olacaktır. hukuki sonucun doğması için, A'nın mermeri işlerken bu sonuçlara yönelmiş olur irade açığa vurması hiç bir şekilde gerekli değildir. Önünüçündür ki, burada bir hukuki işlem yoktur. Bunun ya uıtı Jla hukuktı Onuç A'nı mermeri işlemeye yönelmiş irade açığa vurm sin değil., ıg yğ :qa gelen fiili (maddf) s9nuca, yani heykelin yapış olıpaş a bağl n!!!ğing durum hukuki işlem benzeri fiillerden de farklıdır³.

Maddi fiillere örnek olarak, bir yazarın yazdifu roman üzerinde fikri hak kazanması! z! !y tliğıl (teslim y.olu. ile) dey. ri (MK. m. 977).. gefine bulmak (l'viK. m. 772), sahipsiz bir malın mülkiyetinin sabipleme (ihraz) yolu ile (occupatio) kazanılması (MK. m. 767)4, yerleşim yeri (ikametgah) edinilmesi (MK. m. 19/I) anılabilir.

Hukuki işlemlere ilişkin kurallar, prensip olarak, maddi fiillere uygu-

2) Bkz. **Larenz**, AT, s. 514.

3) MK. m. 776'da düze lenen *karişma* veya *birleşme* halinde ise, hukuki bir fiil söz konusu değildir. Zira karışma ve birleşme olgusunun gerçekleşmesi için, bunun bir *insan fiili* sonucu olması gerektir. Doğal olaylar sonucu iki mal birbirine karışsa veya birleşse bile, MK. m. 776'ya esas olan olgu meydana gelir {**Flume**, § 9, 2, a, s. 109; **v. Tuhr/Peter**, § 23, not 14; başka türlü: **r/Schönenberger**, Vorbern. zu Art. 1-40, N. 16).

4) Sahiplenmenin (ihrazın) hukuki niteliği çok tartışmalıdır. İsviçre-Türk Hukuklarında hakim olan ve Alman Hukukunda da bazı taraftarları olan fikir, bunu *bir taraflı bir Juukuf işlem* olarak gören fikirdir (**v. Tuhr/Peter**, § 20, III, s. 145; **Haab/Simonius/Scherrer**, Kamın. zum Schw. ZGB, IV. Band: Das Sachenrecht, 2. Aufl, 11/12. Lieferung, Zürich 1958, Art. 718-719, N. 28; **v. Tuhr**, AT, § 53, I, s. 204). Yeni Medeni Kanunumuz "(m. 767) *sahipsiz bir taşıuırı mtilik olmak iradesiyle zilyetliğine geçiren kimse, onun mōliki olur*" diyerek bu görüşe katılmıştır. Bu konuda ileri sürülen "maddi fiil" (Realakt) görüşü için bkz. **Flume**, § 9, 2, s. 110.

lanmaz. Bu sebeple de, maddi fiil yolu ile hukuki sonuçların doğması, bu fiili işleyen fiil ehliyetine sahip olmasını zorunlu kılmaz⁵.

2. Tasavvur (Görüş, Bilgi) Açığa Vurmaları /; htv-\s

- 7 Burada bir irade değil, belirli bir onuya ilişkin *tasavvur* (görüş), *kanat* veya *bilgi* açığa-vürulmaktadır. Kanunun çeşitli yerlerinde öngörülen *ihbarlar* bu- kategoride yer alır. Örneğin, BK. m. 165 uyarınca, alacağın temlik edildiğinin, devreden veya devralan alacaklı tarafından, borçluya ihbar edilimesi-(fiiber verilmesi-) bir tasavvür açığa vurması; Bu eyan niç bir iradeyi ihtiva etmemelct-, sadece gerçekleşmiş bir Olfill (alacağın temlik) nakkında borçluya bilgi verilincte BÜ ihbarın (tarafarca bilinmesine veya istenmesine lüzum olmaksızın kanun gereğince gerçekleşen) hukuki sonucu, borcunun, bundan böyle, iyiniyetle devreden alacaklıya ödemede bulunup borcundankurtulma imkanını kaybetmiş olmasıdır.

BK. m. 198 uyarınca yapılan ayıp ihbarı veya Usul Hukukunda ikrar (HUMK. m. 236) (bir kimse kendi aleyhindeki bir olgunun doğru olduğu hususundaki inancını bildiriyor) hep bu kategoriye dahil bulunan başka örneklerdir.

o-f-? b v) ? s- e.r

3. His (Duygu) Açığa Vurmaları

- 8 Bir kimsenin hislerini (duygularını) açığa vurmasına, kanun, açık hükümle ancak af halinde hukuki sonuç bağlıyor (MK. m. 161/III, 162/III uyarınca, af halinde, zina veya hayata kast yahut pft kötü ve onur...kırıcı davranı Ja sebeplerinden biri ile açılabilir boşanma da.yası düşer; MK. m. 578/II gereğince af ile mirastan mahrumiyet kalkar)6. Bunun yanında, bir kimsenin şu veya bu yöndeki hislerini açığa vurması, bazı sürekli ilişkilerin (örneğin nişanın) diğer tarafça muhik (haklı) sebeple bozulmasına (feshedilmesine) yol açabilir⁷.

V. Hukuki İşlemler ve Dar Anlamda Hukuki Fiiller

- 9 Buraya kadar verilen bilgilerin gösterdiği gibi, hukuki işlem *geniş an-*

5) Örneğin, fiil ehliyetine sahip olmayan bir şahıs da defne bulabilir, işleme yolu ile bir malın mülkiyetini yahut meydana getirdiği fikri eser üzerinde fikri hak kazanabilir. Yalnız yerleşim yeri (ikametgah) edinme açısından bu kurala bir istisna tanımak gerekir (Larenz, AT, s. 122,511).

6) Ölüme bağlı tasarruf şekline bürünmemiş affın mirasçılıktan çıkarma (mirastan ıskat) üzerindeki etkisi ise, kanunda açık bir hüküm bulunmadığından tartışmalıdır (Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, 3. bası, İstanbul, 1987, s. 317; İnan/Ertas/Albaş, Miras Hukuku, 6. bası, Ankara 2006, s. 374; Dural/Öz, Miras Hukuku, 2. bası, İstanbul 2003, s. 209).

7) Schwarzs, s. 160-161.

lamda hukuki fiiller içinde irade q çlğg lll:ıvalan araındı! YCLalıyor ve diğer hukuki fiillerden, hukuki sonuca bağlanan irade beyanı unsurunu zımli kılması sebebiyle ayrılıyor.

Doktrinde, hukuki işlem dışında kalan ve hukuka aykırı bir fiil de teşkil etmeyen diğer bütün hukuki fiillere dar anlamda hukuki fiiller deniyor⁸. Bunların hukuki işlem karşısındaki özelliği ise, meydana getirdikleri hukuki sonucun, fiili işleyen bu sonucu istemesi gerekmeksizin, doğrudan doğruya kanun tarafından (ex lege) gerçekleştirilmesinde görülüyor.

Modem Alman doktrininin, geniş anlamda hukuki fiillere ilişkin aynını, bizim yukarıda verdiğimiz klasik, Türk Hukukunda genel olarak benimsenmiş ayırımıdan⁹ biraz ayrılıyor. Bu aynına göre, 1 - Hukuka aykırı fiiller, 2 - Hukuki işlemler, 3 - Dar anlamda hukuki fiiller bahis konusu oluyor. Yukarıdaki ayırmadan farklı olan nokta, dar anlamda hukuki fiillerin içeriğinde kendini gösteriyor. Bunlar genellikle iki kategori içinde inceleniyor: a - Hukuki işlem benzeri fiiller, b - Maddi fiiller. Maddi fiillerde, hukuki sonuç dış alemdeki fiili (maddi) sonuca bağlandığı halde, hukuki işlem benzeri fiillerde, açığa vurulan irade veya tasavvur (içerikleri itibarı ile söz konusu hukuki sonuç yöneltmiş olmaları gerekmeksizin) kamın icabı hukuki sonuçlar doğurabiliyor.

10

Görüldüğü gibi, bu son aynında, hukuki işlem benzeri fiillerin kapsamı genişlemiştir. Artık, hukuki işlemler dışında kalan irade açığa vurmaları gibi, tasavvur (bilgi) açığa vurmaları da hukuki işlem benzeri fiil kavramı içinde bir araya getirilmiş bulunuyorlar.

Şurasını ayrıca belirtelim ki, bu aynının yahut Türk öğretisine iyice yerleşmiş sayılabilecek diğer aynının benimsenmesi pratik bakımdan bir fark yaratacak değildir. Zira her iki aynına göre de, hukuki işlem dışında kalıp da, hukuka aykırı bir fiil niteliği de taşımayan dar anlamda hukuki fiillere, hukuki işleme ilişkin kurallar ancak kıyas yolu ile ve niteliklerine uygun düştüğü ölçüde uygulanabilecektir. Maddi fiillerde, bu uygulama prensip olarak gerçekleşmeyecek, diğerlerinde ise, her özel fiil için durumu bir kere daha gözden geçirmek icap edecektir.

§ 10. Hukuki İşlem Kavramı

I . İrade Beyanı ve Hukuki Sonuç İlişkileri

Daha önce de görüldüğü gibi, hukuki işlemde hukuki sonuç, taraf veya taraflarca istendiği için meydana gelmekte, fakat bu irade beyanlarına bağlamak isabetli bir düşünce tarzı teşkil etmemektedir..... Zira, hukuki sonuca bağlanan irade beyanı Le.-b.ç Y. 1112 rina b.J.İiilw.lđ sonucu bağlayan gerçeğe Kanundur, hukuk düzenidir. Bu sebeptendir ki, taraf iradeleri ne kadar

1

8) Larenz, AT, s. 511; Enneccerus/Nipperdey, § 137, III, s. 863.

9) Bkz. Schwarz, s. 158 vd.; Tunçomağ, s. 130 vd.; Esener, s. 5 vd.

10) Bkz. Flume, § 9, s. 104 vd.; Larenz/Wolf, 9.A., § 22, N. 14 vd.; Enneccerus/ Nipperdey, § 137, IV, s. 864 vd.; Medicus, AT, N. 184, 195 vd.

güçlü biçimde isterlerse }stes?ler? h? ?-?nin? t?_?1_ adığı!..1 ??
gormedığı sonuçları meydana getirein?zler. Örneğin İçonusu
 ahlaka..ayKın oir sözleşme bu se?(3)Je_?a!!_19lur (BK. m. 20/I). v. *Tuhr*
 durumu şöyle izah eiliyor:1-ler liukuki sonuç bir *hukuk kuralının* ve ona
 uyan bir (geniş an-lamda) *olgunun* mevcudiyetini gerektirdiğine göre,
 bakış açısına göre, hu-kuki sonucun, hukuk düzeninin (kanunun) veia
 olgunun (burada irade be-yanı) hükmü olarak anlaşılması mümkündür .
 Şu halde, irade beyanı ile hukuk düzeninin (kanunun), hukuki sonucu
birlikte meydana getirdiklerini kabul etmek gerekecektir².

- 2 Üzerinde hayli tartışılmış bir mesel? ge udUJ;_I.araflann iradelerinin
 her zaman hukukf sonuçlara yön?diğini .s.ö?demek doğnLinı.idur-? Hukukçu
 Oii:i:ıayan, hele fazla öğrenim de görmemiş bulunan kişiJs:r, bahis konusu
 nırlula-sönüçların ne olduklarını ?ahi bilmezler, bilemyz;ler. Bu sebeple,
 iraaenin mutlaka *hukuki* bir sonuca yönelmiş olmasını arıyan *hukuki sonuç-*
lar teorisi (Rechtsfolgentheorie) terk edilmek ve tarafların *ekonomik, sos-*
yal, pratik sonuçlara yönelmiş irade beyanlarını yeter sayan *temel sonuçlar*
teorisi (Grundfolgentheorie) üstün tutulmak gerekmez mi? Fikrimizce,
 bugün bakım olan görüşle birlikte, hukuki sonuçlar teorisi aşağıdaki açık-
 lamalar çerçevesinde muhafaza edilmelidir. Hukukî işleme taraf olan kişile-
 rin, bahis konusu hukuki sonuçlar hakkında (bilhassa bunlar hukukçu ol-
 madıkları vakit) kesin, açık, ayrıntılı bir fikir sahibi olmaları mümkün ol-
 madığı gibi şart da değildir. Onlarca, ilk planda bazı *ekonomik, sosyal,*
maddi sonuçlar arzu edilse bile, bu sonuçlar kendilerince *hukukten teminat*
alınmış bir sonuç olarak tasavvur ediliyorsa, hukuki sonuca yönelmiş
 irade beyanlarından bahsetmek imkanı vardır. Şu halde, tarafların irade
 beyanında bulunurken hukuk alanında harekete geçtiklerini, bundan hukuki
 sonuçlar, hukuki yükümlülükler doğacağını bilmeleri, ekonomik veya sos-
 yal sonucu hukuki yoldan, hukukten temin edilmiş bir sonuç olarak isteme-
 leri yeter. Kaldı ki, bir çok hallerde, tarafların hukuki sonuçlar hakkında
 bunun da ötesinde, daha kesin ve açık bir kanaatleri bulunacaktır. Örneğin,
evlenen veya tae_uda bir taşı!1_Pl??atı ı yapjin_ kişiler, həcuka_? k?c!_?_ya
Dancı olurlarsa o .s_ arJ bu işl egıJerin doğuracağı belli bj:i_Şb şon]lçları (bi-
 iuici-nalde-çeşitli yükümlülükleri ile evlilik durumunun merdana_gelmesi,
 ilüli??_şmekte- seın,en karşılığı- taşınmazın mülkiy.etinL geçirme_ taahhüdü
 altına girilmesi) gayet iyi bilirler³.

1) v. **Tubr**, AT, § 43, 1, s. 4.

2) **Flume**, § 1, 2, s. 2; **Larenz**, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, Nachdruck 1966, s. 53 vd. - Hukukî işleme hukuk düzenince bağlanan bütün sonuçların, taraflarca istenmiş olduğunu sanmamalıdır. Hukuk düzeni, taraflarca bilinmesine ve istenmesine gerek olmayan bazı sonuçları da (hukukî işlemin *yan* veya *kanuni* sonuçları) hukukî işleme bağlamış olabilir.

3) Bu konu için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Güven nazariyesi karşısında borç sözleşmelerinde hata kavramı, İstanbul 1968, s. 24, not 19 ile orada anılan yazarlar.

II. Hukuki işlem Kavramının Bir Soyutlamadan İbaret Olması

Bugüne kadar yeryüzünde, iki kişinin bir araya gelerek bir "hukuki iş- 3
lem" yaptıkları görölmüş müdür? Siz hiç, hayatınızın her hangi bir safha-
sında bir "hukuki işlem" yapmayı düşündünüz, buna ihtiyaç duydunuz mu?
Şüphesiz ki hayır! Çünkü kişiler soyut (mücerret) olarak "hukuki işlem"
değil, satış, kira, ariyet, hizmet vs. sözleşmeleri yaparlar, ölüme bağılı "hu-
kuki işlem" değil, vasiyetname düzenlerler. Kısaca, var olan, gerçek olan,
soyut luu/...-ukf işlem kavramı değildir, somut (müşahhas) hukuki işlemlerdir
(kira, satış, vekalet, evlat edinme, vasiyetname vs. gibi). Hukuki işlem kav-
ramı, mevcut somut hukuki işlem tiplerinden soyutlama (tecrit) yolu ile
(yani gerçekte ayn ve bağılı başına bir varlığı olmadığı halde, zihnin onu
maddesinden soyarak göz önüne alması, ayn tasarlaması sonucu) meydana
gelmiştir⁴. Fransız Medeni Kanununda yapılması düşünülen reforma ilişkin
hazırlık çalışmalarında, tanınmış Fransız Hukukçusu *Juliot de la Morandiere*
şöyle demiştir: "Bizatihi hukuki işlemin mevcut olduğunu sanmıyo-
rum. (Sadece) hukuki işlemler mevcuttur"⁵.

Hukuki işlem kavramının tarihine öyle bir göz atmak dahi, bu gözlemi 4
doğrulayacaktır. Roma Hukukunda soyut bir kavram olarak hukuki işlem
tanınmıyor, sadece münferit hukuki işlem tipleri düzenleniyordu. Roma
Hukuku kaynaklarında rastlanan ve bugün işlem diye çevirdiğimiz "*negotio*"
ve "*actus*" kelimeleri teknik hukuki deyimler değildi⁶. Bu kavramın
ortaya çıkması ancak 18. yüzyılın Tabii (Doğal) Hukuk ilminde gerçekleş-
miştir⁷. Bundan sonra hızlı bir gelişme gösteren hukuki işlem kavramı,
BGB'nin Genel Hükümler kısmında (§§ 104-185) ayrıca düzenlenmiştir.
Daha önce de işaret edildiği gibi, ayrı bir Genel Hükümler kısmı içermeyen
İsviçre-Türk kanunlarında, BK. m. 1-40, hukuki işlemi değil, onun en
önemli, en çok uygulanan çeşidi olan sözleşmeyi (özellikle borç sözleşme-
sini) düzenlemekte, fakat burada yer alan kurallardan, niteliklerine uygun
düştüğü ölçüde diğer hukuki işlemlerde de yararlanmak imkanı bulunmak-
tadır. İsviçre-Türk doktrininde ise hukuki işlem kavramı iyice yerleşmiştir.

Alman Hukukunda *Larenz*⁸, burada benimsenen, hukuki işlemin bir soyutlamadan iba- 5
ret kaldığı yollu görüşe karşı çıkıyor ve özel hukuki işlem tiplerine varabilmek için, *a pri-*

4) **Flume**, § 2, 1, s. 23 vd.; § 2, 5, s. 31 vd.

5) **Flume**, § 2, not 2'den naklen.

6) **Flume**, § 2, 4, s. 28 vd.; **Schwarz**, s. 153. - Bazı yazarlar, hukukî işlem kavramının,
Romalılar tarafından düşünülmüş olmaktan çok sezilmiş olduğunu, fakat hiç bir zaman
bugün olduğu üzere, Özel Hukuka ait düşünce tarzının mihver noktasını teşkil etmediğini
ileri sürüyorlar (Bkz. **Titze**, *Rechtsgeschäft*, in: *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch*
für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes, V.Bd., Berlin 1936, s. 791 ve ora-
da anılanlar).

7) Bkz. not 6'da anılan **Schwarz** ve **Flume**

8) **Larenz**, AT, 5.A (1980), s. 282, not 1.

ori (önsel) bir kavram olan hul..lki işlem kavramının mevcut bulunması gerektiğini ileri sürüyor. Yazar, böylece, ilk önce 1930 yılında yayımlanan doçentlik tezinde⁹ savunduğu fikirlerden de vazgeçiyor. Aynı tezin, 1966 yılında yapılan değiştirilmemiş 2. basısına eklediği bir notta¹⁰, hul..lki işlemin özü icabı, pozitif hukukun bir ürünü olmadığını iddia eden *Larenz*, tıpkı mülkiyet, sözleşme, haksız fiil gibi, hukuki işlem kavramının da pozitif bir hul..-uk düzeninden tamamen bağımsız olarak düşünülmesi mümkün, ondan önce de mevcut sayılmak gereken *apriori* (önsel) bir kavram olduğunu belirtiyor.

- 6 *Fikrimizce*, bu konuda böyle *apriori* (önsel) kavramlarla hareket etmek tatmin edici gözüküyor. Gerçekçi bir görüş tarzı, hukuki işlem kavramının, tarihin en eski devirlerinden itibaren ortaya çıkan, satış, kira vs. gibi özel hukuki işlem tiplerinden soyutlama yolu ile ve sonradan elde edildiğini ortaya koymaktadır. Fakat çeşitli tip hukuki işlemlere ortak olan niteliklerin, bunlardan çıkarılıp soyut (mücerret) bir kavrama bağlanabilmesinden sonra, tekrar, bu defa bir temelden hareket ederek ve bilinçli olarak özel işlem tiplerine gidilmiş, bunların soyut hukuki işlem kavramı ile ilişkileri çok ayrıntılı bir şekilde incelenip ortaya konabilmiştir. Hukuki işlemin, tıpkı sözleşme, haksız fiil, mülkiyet kavranılan gibi, bir hukuk düzenine muhtaç olmaksızın düşünülebileceği yollu görüş de, bu gibi meselelerde daha çok pozitivist olan eğilimimize uygun düşmüyor. Tam tersine, *Larenz*'in doçentlik tezinde yer alan şu düşüncelerde çok daha büyük bir gerçek payı olduğunu sanıyoruz: Nasıl *Kant*'ın sisteminde ahlaki yükümlülüğün sebebi, iradeyi bağlayan bir kanunda aranmak, bir taahhüdün ahlak açısından bağlayıcı olabilmesi bir ahlaki kurala dayanmak zorunda ise, hukuki bağlılık da ancak bir hukuk kurallından doğabilir. Kanun beni bağladığı için ve onun beni bağladığı ölçüde bir yükümlülük: altına girmem söz konusu olabilir. Hukukun (objektif hukuk düzeninin) bulunmadığı yerde, mülkiyetten de, başka haklardan da bahsedilemez. Olsa olsa, fiili il(tidar) ilişkileri bulunabilir. Şu halde, bir hakkın mevcut olabilmesi veya bir irade beyanının hukuki sonuç doğurabilmesi ve onu yapanı hukuki yükümlülük altına sokabilmesi için, bu sonucu tanıyan, onu yürürlüğe koyan bir hukuk düzeninin mevcut olması şarttır¹¹. Böylece, *apriori* (önsel) bir hukuki işlem kavramı inkar edilince de, geriye kalan tek çözüm, bu kavramın tarih boyunca hukuk düzenlerince tanınıp yaptırma bağlanan özel işlem tiplerinden soyutlama yolu ile elde edildiğini kabul eden çözümdür.

m. İrade Beyanı ve Hukuki İşlem Kavramları Arasındaki

İlişkiler

1. Genel Olarak

- 7 Hukuki işlem, zorunlu olarak, hukuki sonuca önemi bir veya birden fazla irade beyanından meydana gelir. Hukuki işlem, irade beyanına ilişkin genel anlamda irade beyanının (özellikle irade beyanının) yer alan en önemli unsur irade beyanıdır. En azından bir irade beyanı içermeyen bir hukuki işlem tanımlanamaz.

Bu söylenenlerden, irade beyanı ile hukuki işlemin aynı şey olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Çünkü bazı hallerde hukuki işlemin sonuç doğura-

9) Bkz. not 2'de anılan eser.

10) Not 2'de age, Nachwort.

11) *Larenz*, not 2'de age.s.55.

12) Bu konu için bkz. ve karşı. *Lehmann*, § 24, s. 133; § 26, I, s. 152-153; v. *Tuhr*, AT, § 50, II, s. 147 vd.; *Flume*, § 2, 3, s. 25 vd.; v. *Tuhr/Peter*, § 20, VI, s. 139 vd.; *Schwarz*, s. 154, 233 vd.; *Enneccerus/Nipperdey*, § 145, il, s. 896, s. 904 vd.

bilmesi, irade beyanı veya beyanları olgularının yanında *başka olguların* -- gerç ekleşmesini de gerekli kılabilir. Şu halde, sadece irade beyanlarından kumlu hukukî işlemler bulunduğu gibi (B, A 'ya bir taşınır malını sattığı zaman durum böyledir), hukukî sonucun doğması için irade beyanından başka olguların da mevcudiyetini şart kılan hukukî işlemler de vardır.

2. Hukukî İşlem Olgusunda irade Beyanı Dışında Kalan Başka (Dar Anlamda) Olguların Yer Alabilmesi

Hukuk düzeni, hukukî işlem olgusunun (*Tatbestand*) tamamlanması için, irade-bey "ından başka olguların gerçekleşme 121 jıraf! lı s abU olgular gerç feşrueÖKçe hukukî işlem henüz *tainam7anmamıştu* yokur;- 'Bu gibi dwumlarda, (dar anlamda) kurucu olgulardan bahsedilir. irade beyanı veya beyan/an her zaman *kurucu olgu* kategorisine girerler. A'nın B'ye evini kııııamak üzere yaptığı icaba, B henüz cevap vermemişse, taraflardan birinin uygun irade beyanı bulunmadığından sözl şme_!eJüz me cu! değildir. *İrade beyan dışında kalan olguların* kurucu olgu rolünü oynamalarına şu gibi nüfltııııarmek olıııııııı:

- Bazan, resmi bir" makamın iştiraki veya huzuru, hukukî işlemin tamamlanması i_çin şart koşulrnu_ştur. Aksi halde kurucu olgulardan biri eksiktir ve h_ {şlei- hiç ydan-ageline ri:ııştır. Hakim-::rikir!-5irliKE.6ir Ab Hukukî sözleşmesi saydığımız evlenme, kanunun yetkili kıldığı evlendirme memuru önünde yapılmamışsa (MK. m. 141, 142), tarafların evlenmeye ilişkin birbirine uygun irade beyanlarına rağmen hiç kurulmamıştır (yokluk).

- *Real hukukî işlem* diye adlandırılan bazı işlemlerin kurulması, tarafların irade beyanları dışında maddi bir olayın (şeyin karşı tarafa tesliminin) gerçekleşmiş bulunmasını zorunlu kılar. Roma Hukukunda bir takım borç sözleşmeleri (ariyet, karz, vedia, rehin) ancak bu yoldan (*consensus+res*) meydana gelebiliyordu.

Real bor sözleşmesi kavramı İsviçre-Türk Hukuklarına geniş ölçüde yabancıdır. Bizde, özellikle ariyet, karz (ödünç), vedia sözleşmelerinin kurulması için, şeyin karşı tarafa teslimine hiç bir şekilde ihtiyaç yoktur. Şu halde B'nin, A'ya 100 YTL ödünç vermeyi taahhüt edip, A'nın da bunu kabuleİtiği anda, ayrıca 100-YTL"niiiA'ya ödenimesCaranmaksızın, karz (ödünç) !>Özleşnis:si mexd ni(gelir V B'yi, 100 YTL'yi A'ya ödünç oıarak verme borcu altına sokar.

Buna karşı Ticaret Kanunumuzun 768. maddesinin 1. fıkrası eşya taşıma sözleşmesini bir real sözleşme olarak düzenlemiş gözükmektedir. Bu hükme göre:

"Gönderen, taşıyıcıya talebi halinde iki nüsha olarak bir taşıma senedi vermeğe mecburdur. Fakat taşıma senedi tanzim edilmemiş olsa bile, mu-

*vakafarleri ve eşyamın taşıyıcıya teslimi ile sözleşme taraflar arasında tamamlanır*¹³.

3. Hukuki İşlemlerin Hükümlerini Doğurması İçin Gerçekleşmesi Gerekli

İlgili Şartlar $\Rightarrow$ $\geq T$ $\text{Cr}^1, \text{c.r.} \rightarrow A$ $\text{c.} \setminus$ $\text{C} > \hat{O}_V$

- 9 *Bağlı (tabi) veya daha iyisi dar anlamda tamamlayıcı olgular* diye adlandırdığınız diğer bazı olgular vardır ki, bunlar hukuki işleme ait geniş anlamda olgunun *dışında* kaldıkları halde, hukuki sonucun doğması, bunların da gerçekleşmesine bağlanmıştır.

Durumu anlayabilmek için bir örnek verelim: B'nin A'ya taşınır bir malını sattığını farz edelim. Bu örnekte, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları, kurucu olgu...Dlarak..s.atış soz eŞTire-si-61@su 1 inde er alır. Her ilci taraf da tam ehliyetli ise, hukuki sonucun doğması, yani g $\diamond$ erli bir satış ilişkisi $\diamond$ kurulması $\diamond$ için...].aşlaCfür s $\diamond$ e d.u.litiy aç yoktur.Şimdi, B'oi-asiÖ!!!ı e $\diamond$ li ye !siz ol $\diamond$!J fan: edelim. O, satış sözleşmesini yaparken kanuni (yasal) temsilcisinin iznini almamı s $\diamond$ a, bu sözl $\diamond$ şme.Le ilişkin (geniş anlamda) olgu gerçekleştiği halde, geçerli bir borç ilişkisinden bahsedilemeyecektir. Kanunun, tarafların irade J> $\diamond$ y $\diamond$ lanna, arzu ettikleri hukuki sonucu bağlaması (yani satış ıUş<isiinin.hüküm..ifade etmesi için),-doğruaari doğruya hukuki} şle!!..ol@ şu içinde yer almayan ...9nun dışında kalan cliger oİÖİÜİİİİkanuni tems. çişjoini.cazeti gerçekleşmesi aranacaktır. Görülüyor ki, bu gibi durumlar $\diamond$ -tamzımıayrcı $\diamond$ gu, (kurucu olgulardan farklı olarak) hukuki işlemin tamamlanması, var olması için zorunlu olmayıp, sadece onun hükümlerini doğurmasının bir şartıdır. Kamını temsilcisinin icazetinden önce, taraflar arasında bir satış ilişkisi meydana gelmiştir. Fakat bu ilişki $\diamond$ nüzJifilct!!İI do $\diamond$ amaktadır askıda hükümsüzdü?¹⁴.

13) Real sözleşmeler için ayrıca bkz. aşağıda. § 11, N. 6.

14) Kamını temsilci icazet verirse, bu icazetin hükmü geçmişe etkili (makable şamil) olur, yani satış ilişkisi icazetin verildiği değil de, yapıldığı andan itibaren hüküm kazanır. Bu örnek üzerinden *geçmişe etkili olmayı* şöyle izah edebiliriz: Hukuki sonucun meydana gelmesi, çeşitli olguların birbiri ardından gerçekleşmesini zorunlu kıldığına göre, bu sonuç aslında son (dar anlamda) olgunun (verilen örnekte icazetin) gerçekleştiği andan başlamak üzere kendini göstermeliydi. Fakat, bazı hallerde, kanun koyucu, bir *faraziye* (varsayım, felsefi) gereği, hukuki işlemin hükümlerinin *daha önceki bir olgudan* başlamak üzere yürümesini emreder. Bu durumda, en son gerçekleşen olgu, sanki daha baştan mevcutmuş gibi hareket edilmektedir. Gerçi, üzerinde durduğumuz örnek bakımından, BGB § 184'ten farklı olarak, icazetin geçmişe etkili olacağına dair açık bir kamın hükmüne İsviçre-Türk Hukuklarında rastlamak imkanı yoktur. Buna rağmen, öğretide kabul edilen bu kural, v. **Tuhr'un** isabetle belirttiği gibi, bir sözleşmeye ancak taraflarca ne şekilde yapılmışsa buna uygun olarak (yani onlarca istenen andan itibaren hüküm doğurmak üzere) icazet verilebileceği yolunda düşünceye dayanır. (v. **Tuhr/Peter**, § 20, not 71).

Şu noktayı ekleyelim ki, yalnız *kanun koyucu*, bazı olgulara geçmişe etkili olma gücünü bahsedebilir. Taraflar için bu imkan kapalıdır. Örneğin A taşınır bir malını bugün satın mülkiyetini B'ye geçirmişse, onlar mülkiyetin 8 ay önce geçmiş sayılmasını kararlaştıramazlar. Ne var ki, geçmişe etkili olmaya benzer bir sonuca ulaşmak için, arzu edilen

Bahis konusu tamamlayıcı olgu, zaman içinde, hukuki işlemfo kurul- 10
masmdan sonra yer alıyor ve bir *kanun* hükmüne dayanıyorsa, bir *kanuni*
şarı (*conditio iuris*) söz konusudur¹⁵.

Tamamlayıcı olgulara ilişkin diğer bir örnek, bazı durumlarda, irade be- 11
yanlarına ek. ıul esı gere en *resmi* *liil/er* olabıTır. Örrfüğm, .t fnn'.)) il'Zerin-
aelö mülkiyetin alıcıya geçmesi için, satış sözleşmesinden sonra tasarruf
işlenunin yapılması gerekir. Çok tartışmalı olmaın a r en, pfiletide hakim
olan fikir, bahis konusu tasamıf işleminin satıcı tarafından MK. m. 1013/I
gereğince tapu idaresine yapılacak bir taraflı yazılı tes-cil talebinde yer aldığı-
nı kabul ediyor¹⁶. Ne var ki, bu tescil talebi (daha doğrusu, onun içerdiği
mülkiyetin geçişine ilişkin irade beyanı) tek başına hukuki sonucu doğuracak
güçte değildir. Mülkiyet, ancak satıcının yazılı talebine uygun biçimde ta-
şınmaz alıcı adına tapu kütüğüne zescil-edtlirrc-e geçecekfir Qvll ş. m. 705/I,
I02T,71)227I):-Tescil ise,-tasarrutışleminiuiliillrum-doğurması için ona ek-
lenmesi gereken bir resmi fiilden (devlet fiili) başka bir şey değildir¹⁷.

hukuki durum daha önceki bir tarihte gerçekleşmiş olsaydı, elde etmiş olacaklarını ver-
meyi birbirlerine taahhüt edebilir, hukuki işlemin *içeriğini* (yoksa *yürürlük tarihini* de-
ğil) bu yoldan düzenleyebilirler. Örneğin, olayda A, malın 8 aylık semerelerini (ürünle-
rini) B'ye verme borcu altına girebilir. (Bkz. v. **Tuhr/Peter**, § 20, VII, s. 152-153 ve not
71; v. **Tuhr**, AT, § 43, V, s. 21 vd).

- 15) Taraflar anlaşarak (şart kabul etmeyen işlemler bir yana) herhangi bir sözleşmeyi (şüp-
hesiz sözleşme dışındaki hukuki işlemler de şarta bağlanabilir) şartlı olarak kurabilirler.
Bu durumda BK. m. 149 vd. uygulanır. Kamını şart halinde, yapılan muamelenin hü-
kümünün bağlı kılındığı, gelecekte yer alan ve gerçekleşip gerçekleşmeyeceği şüpheli
olan olay (metinde verilen örnekte kanuni temsilcinin icazeti) taraf iradelerine dayan-
maksızın, doğrudan doğruya *kanun* gereğince bu niteliği kazanmıştır. Yargıtay bir kara-
rında, bu ilci kavramın birbirine kanşınlanaması gerektiğine şöyle işaret ediyor: "Bu iti-
barla mahkemenin kanun hükümlerince konulmuş olan şart ile (yani kanuni şart ile) akit
hükümlerince konulmuş bulunan şartı birbirinden ayırt etmeyerek..." (4 HD. 3.2.1959,
E. 958/3273, K. 1565, **Olgaç**, Türk Borçlar Kanunu, c. 3, Ankara 1969, s. 541).
- 16) Türk Hukuku için bundan farklı bir görüşe taraftar olmakla beraber (bak. **Kocayusufpa-
şaoğlu**, Türk Medeni Hukukunda Gaynmenkul Satış Vaadi, İstanbul 1959, s. 11 vd.),
burada hakim görüşü nakletmekle yetiniyoruz.
- 17) Bu sebeple **Schwarz'ın** (s. 162, 259) tapu kütüğüne yapılan tescili bir *tasarnif işlemi*
olarak nitelemesi doğru değildir. Tescil bir tasarruf işlemi olmayıp, tasarruf muamelesi-
nin hüküm doğurması için ona eklenmesi gereken resmi bir fiildir. - Şu noktayı ekleye-
lim ki, hukuki işlemin *hüküm doğurması* için zorunlu bazı olguların, geniş anlamda ol-
guya dahil kurucu bir olgu niteliğini mi taşıdıkları, yoksa sadece bahis konusu işlemin
dışında, onun hüküm doğurmasının bir şartı olarak mı kaldıkları tartışılabilir. Alman
Hukukunda savunulan bir görüşü İsviçre-Türk Hukuklarına da aktararak, üzerinde dur-
duğumuz olayda tasarruf işleminin ancak tescil ile *tamamlandığını*, yani tescilin kurucu
bir olgu teşkil ettiğini; başka bir ifade ile (geniş anlamda) irade beyanı olgusu ile tescil
(resmi fiil) olgusunun (çifte olgu) birlikte tasarruf işlemini kurduklarını söylemek de
mümkündür. (Bu konuda özel olarak bkz. **Flume**, § 2, 3, c. s. 26-27; **Larenz**, AT, s.
316-317; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 26, not 80 ve orada anılanlar). Yalnız **Larenz'in** de
işaret ettiği gibi, bahis konusu fikir ayrılığından pratik bir fark doğacak değildir. Çünkü
her iki izah tarzına göre de, hukuki sonuç ancak son olgunun (tescilin) gerçekleşmesi ile
yürürlüğe girecektir.

§ 11. Hukuki İşlemin Çeşitleri

I. Genel Olarak

- 1 Hukuki işlemler: çeşitli açılımların ağırlıklı olarak tabi tutulabilir¹. Genellikle Medeni Hukukun Genel Esaslarına ilişkin kitaplarda verilen bu ayrımlar, burada bütün ayrıntıları ile tekrar edilecek değildir. Aşağıda, özellikle ön sözleşme ve mücerret (soyut) borç ikrarı kavramlarını daha yakından incelemek fırsatını elde etmek amacı ile, sadece bazı ayrımlar üzerinde kısaca değinilmektedir.

Hukuki işleme ilişkin iki farklı ayrımın açıklamalarıımıza temel teşkil edecektir: Bunlardan *birincisi*, hukuki işlemin dayandığı geniş anlamda olguya göre yapılan ayrımdır. *İkinci ayrım* ise, hukuki işlemin *sonuçları* esas alınarak yapılmaktadır.

II. Hukuki İşlem Olgusu Açısından Hukuki İşlemin Çeşitleri

- 2 Burada karşımıza *bir taraflı* ve *ildd* veya *çok taraflı hukuki işlemler* ayrımı çıkmaktadır.

1. Bir Taraflı Hukuki işlemler

Bu tip hukuki işlemlerin olgusunda sadece bir tarafın irade beyanı yer almakta, bu beyan hukuki sonuç doğurması için {şüphesiz gereğinde irade } beyanı dışında bazı olguların da eklenmesi ile) yeterlidir.

Vakıf kurma, vasiyetname, çeşitli yenilik doğuran beyanlar (örneğin iptal, dönme = rücu, fesih = bozma beyanları), çoğunluğun fikrinde BK. m. 8'de düzenlenen aleni mükafat vaadi, hep bir taraflı hukuki işlemlere örnek oluşturur.

Acaba vakıf üç kişi tarafından birlikte kurulmuşsa, yahut bir daireyi birlikte kiralaya-noortlaşa-kiraya verene karşı) ille birlikte fesih (=bozma) beyanında bulunmuşlarsa, bu gibi hukuki işlemler olgu olarak birden fazla irade beyanı yer aldığı halde bir taraflı hukuki işlem gözü ile bakabilir miyiz? Bu sorunun cevabı olumlu olmalıdır. Verilen örneklerde, birden fazla kişinin aynı hukuki sonuca yönelmiş birbirine *paralel* irade beyanları söz konusudur. Şu var ki, bahis-konut u kişilerin tümü tek bir taraf teşkil ettiklerinden, bu işlem-yine bir taraflı niteliğini-muhafaza etmektedir². Esas-

1) Bu konuda bkz. **Köhler**, 28.A., § 5, N. 8 vd.; **Larenz/Wolf**, 9.A., § 23, N. 1 vd.; **Lebmann**, § 25, s. 139 vd.

2) **Larenz/Wolf**, 9.A., § 23, N. 6; v. **Tuhr/Peter**, § 20, not 7; v. **Tuhr**, AT, § 53, III, s. 229 vd.; **Regelsberger**, Pandekten, I, Leipzig 1893, s. 542.

sen, bir vakıf birden fazla kişi tarafından kunılmaklu vakıf kunna işleminin; bir fesih beyanı birden fazla kişi tarafından ynp1lmukla fesih beyanının çok tamtlı olduklarından bahsetmek anlamsız olurdu. Bu gibi işlemlere ortak (= müşterek) hukuki işlemler denir. Bzan (QJ2.) 1 i.,sJ '11 Gesamtakt eyim inin bu durum i in de kullanı_ıld!ğLgöiilüy.oL .Bununla b.crab.c.r, t.2ph1 işlem baş- kaişlemleri açkl-:-n k içi.rı d_ç başyl]rıJla nı-Jıpnüz gerc.ğLkadar aydınlan- maıl lış bu ş e b epl de bazı y_azar larca _1 eblikeli ve _y_a herhangi bir anlamdan yoksun say.ılan bir kavramdır .

2. iki Veya Çok Taraflı Hukuki işlemler

Bwılarda, hukuki işlem olgusunda iki veya daha fazla tarafın irade be-
yanları yer almaktadır.

Bu gruba giren huk:uld işlemler arasında yap:lan en klasik ayrrm söz-
leşme (akit) ve kara7 aynınıdır.

a. Sözleşme

aa. Genel Olarak

Sözleşme, hukuki bir sonuç doğurmak üzere, iki veya daha ziyade kişi-
nin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile uyuşmasını ifade eder
(Krh. BK. m. 1/1). Söz konusu irade beyanlarından, zaman itibarı ile önce
olanı *icap*, sonra geleni *kabul* adını taşır.

BK. m. 1-40'da, sözleşme borç kaynağı olarak düzenlenmiştir. Bu gibi
borç doğuran, b_ porç ilişkisküünaf ainacıyla yapıfuii-sözleşmeiere borç
sözleşmesi diyoruz. Fakat, gerçekte sözleşme kavramı hiç bir şekilde borç
sözleşmesinden ibaret kalmayan çok daha geniş bir kavramdır. Bunu iki
ayrı noktada görebiliriz:

1 - Sözleşmeye yalnız Borçlar Hukukunda değil, bütün Medeni Hu-
kukta rastlanır. Kişiler Hukukunda demek kurma sözleşmesi (tartışmalıdır);

3) Toplu işlem kavramına, *sözleşme* kavramı yanında bağımsız bir yer tanıyanlar, onu söz-
leşmeden ayıran kıstası, *karşılıklı* değil de *aynı yöne* yöneltilmiş irade beyanlarının mev-
cudiyetinde buluyor. Bu görüşe göre, ortak bir amaca ulaşmak için çeşitli kişilerin güçle-
rini birleştirmelerini, bu güçler arasında bir işbirliği sağlanmasını hedef tutan *dernek* veya
şirket kurma işlemleri de, sözleşme görüşü bir yana bırakılarak, toplu işlem kavramı ile
açıklanmak isteniyor (Sözleşme görüşü için özel olarak bkz. **Larenz**, AT, s. 149; v.
Tubr/Peter, § 20, iV, 5, s. 148 ve not 31). Toplu işlem kavramına karşı, bundan çok
farklı şeyler anlaşılabileceği için, olumsuz bir tavır takınan yazarlar arasında bilhassa v.
Tubr (AT, § 53, not 165) ve **Flume'nin** (§ 33, 2, s. 603) adları sayılabilir. *Kararları* da
toplu hukuki işlem kavramı ile izah etmek görüşünün eleştirilmesi için bkz. v. **Tuhr**,
AT, § 53, iV, 2, s. 234 vd.

Aile Hukukunda evlenme, evlat edinme gibi Aile Hukuku sözleşmeleri; Miras Hukuk'Uluda miras sözleşmesi; Eşy H'da aynı söz esmeounun en başta gelen ömekle-ridir.

- 6 Son olarak anılan *aynı sözleşme* (aynı akit = *dinglicher Vertrag*) kavramı üzerinde biraz duralım. Aynı sözleşmeden, bir aynı hak kuran, aynı hakkı değiştiren, özellikle aynı hakkın devrini getiren sözleşme anlaşılmaktadır. Aynı hakların en başta geleni olan mülkiyet hakkına ilişkin bir örneğe verelim: B, A' a ta mır bir malını sat-tı ı vakit satı şı zı m esi malın mülkiyetinin B, <len y geçll!..e şı jçjQ y eJ di. d gildir. Zira, satış bir sözleşmesidir, taraflar arasında bir borç ilişkisi kurar ve bu borç ilişkisi gereğince satıcı, satıl ı?.. I:ij ı alıcıya teslim et}Jlek ve mii lk.iyetini ona geçirİneKborçlı-n altına girer (BK. m. 182/I). Malın mülkiyeti!!i: n !ıcıya geçmesi, hır borçlarına işleminden ibaret kalan satış sözleşmesinden sonra, ooncu bir hukuki işle (Ou def b4" tasarruf işfeminin) yapılmasını zorun fiilôiai:"lfahis kmıusu tasamıf işlemi ise sat!la !18:tı zilyetliğinin alıcıya nakledilmesi sırasında, tarafların zilyetliğin .Üaklinin. mfilkiyeti alıcıya geçirmek amacı il-vaR ıldı.fılJ onUş!!İlcla anlaşmal j g rçek!.eşecektir ş te, satıcı ve alıcının teslim sırasında doğrudan doğruya mülkiyetin geçmesine ilişkin olarak ya 2tıklan bu sözleşme, bir çg!! tasarruf İşlemi olan aynı sözleşmeyi eyd getirir. Şu noktaya dikkat edilsin ki,- mülkiyetin geçmesi sadece tarafların bu konuda uyuşması ile değil, bu uyuşmaya (aynı sözleşmeye) hukuken bir maddi fiil olarak nitelendirilmesi gereken zilyetliğin (şey üzerindeki fiili iktidarın) devrinin de eklenmesi ile sağlanacaktır. Klasik diye adlandırılabilir görüş gereğince, taşınır (menkul) mülkiyetinin geçmesine ilişkin tasarruf işlemi, aynı sözleşme ve zilyetliğin devrinden ibarettir⁵.

Aynı sözleşme ile (dinglicher Vertrag) real sözleşme (Realvertrag) birbirine karıştırılmamalıdır. Yukarıda bir vesile ile görüldü!..@ gibi, re al teslimli") sözleşme en, sözleşme ol unun tamamlanması veya hüküm ifade etmesiTçin:taraflaiiiiide beyanları dışında maddi bir ol ym(şeyiii7carsı taraJa teslimfnin) gerçekleşmesi, zÖrunl-olan durumlarda bahsedilir. Bu anlamda bir rea l sözleşme bir borçlanma işlemi niteliğini taşıyabileceği

4) v. Tuhr, AT, § 53, II, 1, s. 221.

5) Burada açıklanan klasik fikir, özellikle le menkul mülkiyetinin geçirilmesini illi (sebebe bağlı) bir işlem sayan görüşün yaygınlaşmasından sonra bazı hukukçularca eleştirilmiş, tasarruf işleminin illiliğini kabul eden bir sistemde, aynı bir aynı sözleşmeye gerek kalmadığı iddia edilmiştir. (Bu konuda bir fikir edinmek için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Türl Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul, 1959, s. 33 vd. ile orada anılan yazarlar). Bu anlayış günümüzde geniş ölçüde terk edilmiş bulunmaktadır.

gi bi, tasarrul.islemLniteliği•n de taşıyabilii:•.Oysa.ayni-sözleşmc..hcı:-zaman bir tasan-uf işlemdir.

Real borç sözleşmelerinin, Roma Hukukunun aksine, modern hukukta önem ve uygulama alanlarından çok şey kaybettiklerini daha önce de belirtmiştik. Orneğin ariyet sözleşmesi, Roma Hukukunda real bir borç sözleşmesiydi. Çünkü *borç ilişkisinin doğması* için şeyin ariyet alana teslim edilmiş olması gerekiyordu. Bugün durum farklıdır ve ariyet sözleşmesi real bir sözleşme olmaktan çıkmıştır. Buna göre, sözleşme şeyin karşı tarafa teslimine gerek bulwunaksızın tarafların anlaşmasıyla kurulur ve hükümlerini doğurur. Bwıa karşı TTK. ın. 768/I, c. 2, eşya taşıma sözleşmesinin tamam olmasını (yani borç ilişkisinin kurulmasını) eşyanın taşıyıcıya teslim edilmiş olmasına bağladığından, bu sözleşme bir *real borç sözleşmesi* olarak nitelendirilebilir.

Bir tasarruf işleminin tamamlanması veya hukuki sonuç doğurması için, şeyin karşı tarafa teslimi gibi maddi bir fiil zorunlu kılınmışsa, real tasamıf işlemi söz konusu olur. Yukarıda incelenen, taşınır mülkiyetinin alıcıya geçmesini sağlayan aynı sözleşmede durum böyledir. Mülkiyetin geçmesi sadece tarafların muikiyetin geçmesine dair karşılıklıve bir iruieü--gun iraOe beyanlarııle gerçe eşemeyip yncaseyuu;ilyeWfüp.in ı9yl devre- cfilmesi de arandığına göre, burada bir real tq qr_r.yf_i.şlem.Lv.ardır.

1- Sözleşme kavramının borç sözleşmesi ile aynı şey olmadığını gösteren ikiinci nola:asuractach.r: Sozleşme, sadece birJLukukliJis.k<iy_i (özellikle bQ! il.iş_kisini) kurmak içio. değil, y erine g.ö.ı:e...hö yle b.lı:iliş veya ortadan kaldırmak için de yapılabilir . Borç sözleşmeleri, sözleşmenin bafıis konusu görevlerinden sadece bir tanesini ifade ederler. Mevcut bir borç ilişkisini değiştiren (omeğin kararlaştırılmış bulunan ifa ıri sonradan yfue tar ıJ!!:111 an! aş ı sı ile değ ın ıyor yahut bor ili kisindeg doğan alacak alacaklı tarafından ü çüncü bir kiş.y temlik edili or v a borcu ortadan kald-ıi-an sözleşmeler (ö.meğin....alac.aklıJıorçluY!!ibra ediyor)⁸, hep borç sözleşmes

6) Özel olarak bkz. v. Tuhr, AT, § 53, II, 1, s. 221; v. Tuhr/Peter, § 20, VI, 2, s. 151; § 20, IV, 1, s. 147-148; Schwarz, s. 234, not 3; s. 238 ve not 10; krş. s. 168, not 1.

7) v. Tuhr, AT, § 53, II, s. 220.

8) Tarafların *anlaşarak* borç ilişkisinden (geniş anlamda borçtan) doğan *münferit bir borcu* (dar anlamda borç) ortadan kaldırmalarına (örneğin, satıcı, alıcıya karşı semen alacağından vazgeçiyor) borçtan *ibra* denir. Bunu, *borç ilişkisini* tüm olarak ortadan kaldırmak amacıyla yapılan ve Eski Hukukumuzda *ikale* adı verilen sözleşmeden ayınnak gerekir (Mecelle'nin 163. maddesine göre "İkale, akd-i bey'i ref ve izale etmektir"). Şu noktaya dikkati çekmek isteriz ki, borçtan ibra, alacaklının alacak hakkından vazgeçtiğini bildiren *bir taraflı* irade beyanı ile gerçekleşemeyip borçlunun da rızasını gerekli kılan bir *sözleşmenin* yapılmasına muhtaç bulunmaktadır.

- S Bütün bu açıklamalardan şu sonuç çıkıyor: sözleşme-dey-i-nGe; -bunun yalnız bir borç sözleşmesi (borçlanma işlemi) olabileceğini sanmak doğru cegildir. Tasamı i"Ş't-emi nirefiğ! nae sozleşmeler Q? bul imabi?ir (Omek: aynı sözleşme borçtan İbra sözleşmesi vs.). Biz, bundan sonra esas itibarıyla borç sözleşmeleri üzerinde duracağız. Esasen BK. m. 1 -40'da bu tip sözleşmelerin düzenlenmiş bulunduğunu daha önce de belirtmiştik. Ne var ki, bu hükümlerden borç sözleşmesi niteliğini taşımayan sözleşmelerde de yararlanmak imkanı vardır.
- 9 Son olarak, bir nokta a i aret etmek isti oruz. Bu Lkullarulan s.özleşme eyımı 'arşı-ı ı Bor lar Ka nu akiLdiy..oL-Sık sık rastlanan diğer bir eyım e mukaveledir . Acaba mukavele ile akit arasında bir fark var mıdır? "*Gerek bu kanunda, gerekse diğer kanunlardaki mukavele ve akit sözleri aym nuiiuya gelir*" diyen TTK. m. 1464 karşısında bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir¹¹. Şu halde Türk pozitif hukuku açısından, sözleşme, akit, mukavele eş anlamlı kelimelerdir.
- bir ? → 'b-r +ere+. 'bo-1. c.14-ir-c,
- bb. Borç sözleşmesinin çeşitleri*
- Burada iki ayrım üzerinde durulacaktır:
- V..i?fc..?L 1 q! c--rc-. Vc:d
- aaa. Birinci Ayrım: Bir taraflı ve iki taraflı borç yükleyen sözleşmeler**
- 10 *Bir taraflı borç yükleyen sözleşmelerde* (bütün sözleşmeler iki taraflı oldukları yani iki tarafın irade beyanına ihtiyaç gösterdikleri için, hazan yapıldığı gibi, *bir taraflı sözleşme* deyimini kullanmaktan kaçınmak gerekir), sadece bir taraf borç altına girmektedir. BK. m. 238 gereğince bağışlama vaadi (=taahhüdü), BK. m. 483 gereğince kefalet sözleşmeleri bu konuda akla ilk gelen örnekleri oluşturur.
- İki taraflı borç yükleyen sözleşmeler* ise her iki _tar_afi_ da borç altına sokmaktadır B ar da iki gruba ayrılır:
- 11 1 - Tam iki taraflı borç yükleyen sözleşmeler+ karşılıklı edim.kri!! değiş tokuşunu (mübadelesini) amaç edinen sözleşmelerdir. Bunlarda, taraflardan her J:>jrj_9iğır t _rafi_ e c! i ?ne k.?1]!. borç altına so için borçlan-

9) Akit, (akd), düğüm, bağ, bağlama, bağlanma anJamlanna gelen Arapça bir kelimedir **Karayalçın**, Ticaret Hukuku, I, Giriş-Ticari İşletme, 3. baskı, Ankara 1968, s. 538).

10) Mukavele yine Arapça olan kavı (=söz) den türemiş bir kelimedir. Türkçe tam karşılığının *sözleşme* olması gerekir (**Karayalçın**, not 9'da age, s. 538).

11) Fransız Hukukunda *contrat* (akit veya sözleşme) ve *convention* (mukavele) kelimeleri arasında bir ayrım yapılmaktadır. Buna göre, *contrat* borç doğuran sözleşmeleri, *convention* ise ister borç doğursun, ister borcu değiştirsin veya ortadan kaldırsın, bütün sözleşmeleri ifade etmektedir. Şu halde, *convention*, *contrat*'yı da içine alan daha geniş bir deyimdir. Ne var ki, bir çok hallerde, bu deyimlerden birinin diğeri yerine kullanıldığı da anlaşıyor (Bkz. **Carbonnier**, Droit civil, tome 4, Les Obligations, 16.ed., Paris 1992, s. 42; **Karayalçın**, not 9'da age, s. 538).

JHİŞAL Göiüldüğü gib_i borçlar, !ÖZlc_şmQ!JİJJ tJİlcli_ği gereği, karşılıklı ve birbirine bağlıdır. Her iki tırnf, hem nlıcnklı hem borçludur. Bunlara Yu-
trnılc.1 bir deyimden yarırlnm.ırn.k *si,ıal/agmatlk (karşılıklı)* sözleşmeler <le
denir¹¹. Satış, trampn, kırı, hizmet, istisnn (eser) vs. sözleşmeleri bu katego-
riye girer.

2 - Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler

Bu deyim birbirinden farklı çeşitli ihtimalleri içine almak üzere kullanı-
lıyor:

a - Ariyet (BK. m. 229), karz (=ödünç) (BK. m. 306), vedia (= sakla-
ma, emanet) (BK. m. 463) sözleşmeleri gibi bazı sözleşmelerde, tarafların
borçları karşılıklı olarak ve aynı anda değil, *sıra* ile doğar. B. A'ya 1000
YTL ödünç vennek üzere bir ödünç sözleşmesi yapmışsa, önce B taahhüt
efriğrmiktari ödemek üzere A'ya karşı borçfanır. O, borcunu ifa ed-ip parayı
ya ödeyince, bu defa A, B'ye karşı aldığını geri verme borcu altına girer.
Görüldüğü gibi, sözleşme konusunun A'ya tesliminden önce, sadece B,
A'ya karşı; teslimden sonra, bu defa yalnız A, B'ye karşı borçlu olmaktadır.

b - Bazı sözleşmelerde ise (örnek: vekalet, BK. m. 386 vd.) taraflar-
dan biri,sozTeşmenin-fapıldığı anda kesin olarak borç altına girmekte, di-
ğennın borçlanması ise, olayların gelişmesine göre muhtemel bulunmakta-
dır. Ücretsiz bir vekalet sözleşmesinde, sadece vekil üzerine aldığı işi gör-
mek borcu altına girmiştir. O, borcunu yerine getirirken bazı masraflar
(giderler) yaparsa, vekalet veren (müvekkil) de kendisine karşı borçlana-
caktu (BK. m. 394/I)¹³.

Yukarıda(ve @ altında a anan her iki durumda da tarafların borç-
lan karşılıklı değildir. Ariyet, karz, v edia s ö z i melerinde-gen yern::ie gorcu
karşı edim niteliğini taşımayıp, ş r ş t r fa _ v _ ijlmesinin bir snu
olaral<:karşımıza çıkmaktadu. Vekalet örneğinde, vekilin masraflarına iliş-
kin alacak hakkı hiç bir şekilde onun gördüğü işin *karşılığı* değildir. Taraf-
ların edimleri arasında bir değiş tokuş ilişkisi bulunmadığı, bu edimlerden

12) v. **Tubr/Peter**, § 20, V, 2, a, s. 149 ve not 38; **Schwarz**, s. 169.

13) Bazı yazarlar (**Schwarz**, s. 170; **Esener**, s. 18), bir sözleşme ivazsız veya ivazlı olarak kurulabiliyorsa, yine eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeden bahsediyorlar. Örneğin, vekalet sözleşmesi ücretsiz olabileceği gibi tarafların anlaşması veya teamül sonucu üc-
retli de olabilir (BK. m. 386/III). Aynı şey vedia sözleşmesi için de tekrar edilebilir (BK. m. 463/II). *Fikrimce*, bu açıdan, bahis konusu sözleşmeleri eksik iki tarafa borç yükley-
yen sözleşme saymak doğru değildir. Vekalet sözleşmesi ücretsiz ise, metinde belirtilen esaslar gereğince eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmedir. Ücret kararlaştırılmış ise tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olur. (Ayrıca, bkz. **Schönenberger/Jiiggi**, Art. 1, N. 118).

her biri diğerinin karşılığını teşkil etmediği için, bu gibi sözleşmelere *eksik* ilci tarafa borç yükleyen sözleşmeler diyoruz¹⁴.

- 13 Tam ve eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler arasında yapılan bu aynının pratik önemi vardır. Kanunun bazı hükümleri (örneğin sözleşmenin ifa edilmediği def'i'ne ilişkin BK. m. 81 veya borçlu temerrüdünün sonuçlarını düzenleyen BK. m. 106-108) sadece tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde uygulanabilir.

çcJ.,s

bbb. İkinci Ayrım: Ön Sözleşme ve asıl sözleşme (BK. m. 22)¹⁵.

aaaa. *Öz sözleşme kavramı* ¹⁶ *le... 1e1-d1.-c.1.,l* ¹⁷ *'>0-1..1. c* ¹⁸ *yr.f.)T'C..* *bocv uiv..*

- 14 Ön sözleşme ö le bir bor sözleşme mesidir ki, bununla taraflardan biri veya er si, iler söz 71 g .fill.ilerilro bjr... fil>r ç s sözleşmesinf'yapma borcu altına girerler.

Şu nokta önemlidir: Sonradan yapılacak asıl sözleşme mutlaka bir borçlanma işlemi niteliğini taşımalı yani bir BOLÇ sözleşmesi olmalıdır. Sonradan yapılan sözleşme bir tasarruf işlemidir, onu taşıyan borç sözleşmesi örneğin ön sözleşme değildir, Aksi halde, en önemli bütün borç sözleşmelerini @meğin otomobilini A'ya satan B'nin yaptığı bu satış işlemini sonradan yapılacak tasarruf işlemine nispetle) ön sözleşmesaymak-icap edemez. Buna karşı satış vaadi sözleşmesi (bununla bir borç sözleşmesi olan satış sözleşmesinin yapılması taahhüt edildiğinde) ön sözleşmedir.

Yukarıda verilen tarifi gösterdiği gibi, ön sözleşme *bir tarafa* veya *iki tarafa borç yükleyen* bir sözleşme niteliğinde olabilir. A ile B arasında yapılan ön sözleşmede, sadece B (biç bir karşılık almadan) asıl sözleşmeyi yapma borcu altına girmişse, bir tarafa borç yükleyen ön sözleşme vardır. Hem A, hem B asıl sözleşmeyi yapmayı taahhüt etmişlerse ön sözleşme her iki tarafı da borç altına sokmuştur¹⁷.

- 15 Ön sözleşme kavramı, real borç sözleşmelerine yer veren bir hukuk sisteminde önemli bir rol oynar. Asıl sözleşmenin kurulması, tarafların irade beyanlarından başka, bir de şeyin teslimini gerekli kıhy. orsa, şey teslim edilmeden tarafların }ağlanması c k bir ön sözleşme çerçevesinde ger-

14) v. **Tubr/Peter**, § 20, V, 2, b, s. 149-150.

15) BK. 22'nin kenar başlığında geçen "Akit yapmak vaadi" şeklindeki deyim, ortada sadece *bir taraflı bir vaat* bulunduğu sanısını uyandırabileceğinden yanıltıcıdır.

16) Özel olarak bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, not 5'de age, s. 44 vd. ile orada anılanlar; **Benrich**, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, 1965, s. 1 vd., s. 59 vd.; **Herzog**, Der Vorvertrag im schweizerischen und deutschen Schuldrecht, Zürich 1999.

17) **Koller**, I, N. 1514.

eklcse.l.ileJ cktir. Ne var ki, firiycet, knrz (ödünç), vedia gibi sözleşmeler bugünkü hukukunuzda real sözleşme oluştuktun çıkmış bulunuyorlar. Bu durumda aynı bir ön sözleşme knvnnnına gerek olup olmadığı haklı olarak sorulabilir.

Öğretide, bu konuda, iki farklı görüş karşımıza çıkıyor:

- Birinci görüş, modern hukukta ön sözleşme kavramını, ö cfilkk her iki tarafın da asıl söz eşmeyi kunna taahhüdü d tına girdikleri ön sözleşme-
en ge eksizvean amsız buluyor."rbmeğin, A 1 e B-s7nınaTtiay sonra
ösaacak evine ilişkin olarak imdiden kira bedelini ve kira süresini de
be ır eme sure ıy e bir ön sözleş me ya tıklan takdirde, altı a sonra taraf-
ann aynı içerikte o mak üzere kuracakJan asıl kira sözleşmesinin, önceden
on sozleşmede kararlaştırılmış olanın-ykyk n f,r anlam ta. ım-aan-biçim-
de taraflarca doğrulanıp onaylanmasından ibaret kalacağı belirtiliyor¹⁹.
G"erçekten, ouornelde, taraflarınalt-ıa y-sönra yururlul<kazanrriak üzere
vadeye bağlı bir asıl kira sözleşmesini şimdiden yapmalarına bir engel bu-
lunmuyordu. Bu noktadan hareket ederek, bu görüş taraftarları, bu gibi
durumlarda taraflarca bir ön sözleşme yapılmış olmasına rağmen bunu asıl
sözleşme (örneğimizde asıl kira sözleşmesi) olarak anlamak gerektiğini
ileri sürüyorlar.

Diğer taraftan, ön sözleşmede asıl sözleşmenin konusunun kesin olarak belirtmek zorunluluğu ulunmadığı, bu belirlemenin ilerdeki bazı hal ve şartlara bırakı alnleceği, u. bakındaLön.sözleşme has.YJiananm ur an-
lam taşıdğı yolundaki düşünc e deJıaklı olar:ak eleştiriliyor. Zira, modern
hukukta, sözleşmenin k.9n us.unl.m nıll!!ka b elfJ i (":"E???)Yenl o?c! sı cgan-
mayıp, sadece belirle !l b ilir olması ile yetinildiğine, bahis konusu belirle-
nefü!l oıma şartı ilerde yapılacak asıl sözleşmenin esaslı nokta arına ı işkin
olarak ön sözleşmede de g rçleşme zorunda bulunduğuna göre;-bu-ba-
İfii:ıdai da ön sözleşmeye başvurmaın bir ihtiyaca cevapverdiği açıklan-
ılı olın yor²⁰.

- Alman Hukukunda hakim olan, İsviçre Hukukunda çok sayıda yaza-
rm desteğini sağlayan, bizim de üstün tuttuğumuz ikinci görüş ön sözleşme

18) Bu görüşte olanlara örnek olarak bkz. v. Tuhr/Peter, § 33, I, s. 274 vd.; v. Büren, s. 213 vd.; Giger, Berner Kommentar, VI/2, 1, 3, Der Grundstückskauf, Bern 1997, Art. 216, N. 33; Sungurbey, Modern Hukukta taraflar arasında ön sözleşmeye yer yoktur (Madeni Hukuk Sorunları, IV, İstanbul 1980, s. 391 vd.). Şurasını ekleyelim ki, anılan yazarlardan Giger, aynı taraflar arasında yapılan ön sözleşmenin sadece "gereksiz" olduğunu, fakat "geçersiz" olmadığını ayrıca belirtiyor.

19) Bkz. Merz, Vertrag, N. 301.

20) Örnek olarak bkz. Gauch/Schluep/Schmid, N. 1079, 1084; Herzog, not 16'da age, N. 280.

kavramını kabul ederken şu noktadan hareket ediyor: Bir sözleşmenin (içeriği açısından) geçerli olarak kurulabilip kurulamayacağı konusundaki denetim (İsviçre-Türk Hukukları açısından) sadece BK. m. 19-20'de yazılı sınırlara uyulup uyulmadığı açısından yapılabilir. Hukukumuzda Anayasa (m. 48/I) tarafından da teminat altına alınmış sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca, taraflar BK. m. 19-20'de öngörülen sınırları aşmamak şartıyla diledikleri içerikte bir sözleşme yapmakta özgürdürler. Hukukun te el taşlarından birisini oluşturan sözleşme serbestisi ilkesi, s. u. L. C. J. S. J. ndan, tanıfları arzu ettiği sonuca götürür ce k d. direkt ve elverişli yollar varken onların dolambaçlı sayılabilecek (n. n. ! ül) re -ş yur} a. hiçbir şekilde ya silsile -özleşme serbestisi sinin esas olduğu bir sistemde Jiangi... hukuki fönüle üstünlük tanınacağını belirlemek hukuk öğretisine d. il, doğrudan doğruya Ve sadece taraf iradelerine ait olmak gerekir²¹. Kaldı ki, yerine göre, gereksiz gibi gözükse bir çözüm pekala çok anlamlı da olabilir²². Bunu açıklamak üzere şu örnek verilebilir²³: A tarafından inşası planlanan büyük bir binanın zemin katında içkili bir restoran açma isteyen B, bu katı kiralamak isremeldedir Ne var ki, inşaatın ne zaman a . IR ne zam biteceği, oraa içli bir restoran açmak için yetkili idari mercilerin ruhsat verip e-rme-ye-a-ğ(henüz l@li degifdir. Budurumda, yıllar sonra- {şını lç Isazanaçak asıl ki. rasözleşmesi yerine tarafların sadece bir ön... sözleşme ile yetinmeleri çok normaldir. Böylece, ön sözleşmenin kurulduğu anda hukuki veya fiili bazı engeller dolayısıyla yeterince olgunlaşmamış bir konuda, şimdiden sadece ileride kurulacak asıl kira sözleşmesine ait esaslı noktaların belirtilmesi ile yetinmek suretiyle bir bağlılık yaratılmakta²⁴, o an için ayrıntı sayılabilecek bir sürü konunun kararlaştırılıp sözleşmeye eklenmesi ileriye (asıl kira sözleşmesine) terk edilmiş olmaktadır.

Şu noktayı hiç gözden kaçırmamak gerekir ki, ön-sözleşmeyi yapan taraflar zün e asıl ön... J. a ş!yan husus, ileride asıl S Öleşmederi dğak edimler değil, doğrudan doğruya asıl sözleşmenin yapılmasıdır. Ön sözleş-

21) Bu açıklamalar için bkz. **Kramer**, Art. 22, N. 95; **Gauch/Schlueter/Schmid**, N. 1080; **Herzog**, not 16'da age, N. 24-25; **Reber**, Zum "Durchgriff" beim Vorvertrag, recht 1993/3, s. 97, 100; **Schwenzer**, N. 26.06; **Köhler**, 28.A., § 8, N. 50; **Palandt/Heinrichs**, 64.A., Einf. vor § 145, N. 19; **Leipold**, N. 470; **Larenz**, SR I, s. 86; **Henrich**, not 16'da age, s. 76 vd., 113 vd. Türk Hukukunda aynı doğrultuda açıklamalar: **Ayrancı**, Ön Sözleşme, Ankara 2006, s. 70 vd. -Şurasını ekleyelim ki, Alman Federal Mahkemesinin, ön sözleşmenin Alınan Federal Cumhuriyetinin özgürlüklere ve piyasa ekonomisine dayalı ekonomik düzeninde sözleşme serbestisinin bir görünümü olarak ortaya çıktığını belirten karar da bu anlayışı desteklemektedir (**Herzog**, not 16'da age, N. 24).

22) **KoUer**, I, 2.A., § 22, N. 34-35.

23) Bu örnek için bkz. **Köhler**, 28.A., § 8, N. 50.

24) Bkz. **Herzog**, not 16'da age, N. 36,283; **Benrich**, not 16'da age, s. 115; **Larenz**, SR I, s. 86.

mc. herşeyden önce *asıl söz"/şmeiui klrlulmaslll* teminut altına bir kurumdur ve bu niteliğiyle bir anlam tıtır². Yukarıda verdiğimiz kira örneği bunu çarpıcı biçimde kanıtlar.

İlriyct, öyle durumlar vardır ki, bunlarda derhal asıl sözleşmeyi yapmak hukuken imihikiln-olıncıfıgı ffilac, ön sözleşme bakımından böyle bir engel yoktur. Örneğin, Türk Hukukunda ön sözleşme olarak kabul edilen taşınmaz satış vnatleri açısından, bir kiniscinbir-taşınmazınhenüz ifraz edilip (parsellenip) bağımsızlık kazanmamış belirli bir bölümünü veya kendisine ait olmayan bir taşınmazı (ölüm döşğinde yatan babaya ait bir taşınmaz oğlu ve tek mirasçısı tarafından satılmak isteniyor) satmak istemesi halinde, tapuda resmi satış senedi düzenlemek mümkün olmadığı halde, noter önünde bir taşınmaz satış vaadi yapmak İllKanı açıktır^{16,26ır.27}.

- 25) Özellikle bkz. **Herzog**, not 16'da age, N. 283; **Reber**, not 2J'de age, s. 97; **Ayrancı**, not 21'de age, s. 61. **-Gauch/Schluap/Schmid'e** göre (N. 1087), her iki taraf yine kendi aralarında asıl sözleşmeyi kunnak üzere taahhütte bulunmuş olsalar bile, "kurulması taahhüt edilen" bir sözleşme hiçbir zaman "kurulmuş" bir sözleşme sayılamaz.
- 26) İsviçre-Türk Hukuklarında, Yargıtay tarafından da benimsenen hak.im göiişe göre, taşınmaz satış vaadi, taşınmaz satış sözleşmesinden farklı bir ön sözleşmedir (Bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2006, s. 311). Öğretide rastlanan bir azınlık görüşüne göre (**Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, age, s. 313; **Tandoğan**, 1/1, s. 249-250), bu ön sözleşmeden karşı taraf lehine asıl sözleşmenin (satışın) yapılmasını isteme hakkı doğar. Bu hak bir yenilik doğuran hak niteliğini taşır. Ancak bu hakkın kullanılmasıyla ki, satış vaadine dayalı olarak asıl sözleşmeyi yapma (satma veya satın alma) borçlan varlık kazanacaktır. Biz bu göiişe hiçbir şekilde katılmıyoruz. İsviçre BK. m. 22/1, ön sözleşmeyi "sözleşmeyle ilerde bir sözleşme kurma taahhüdü altına girilebilir" biçiminde tanımlamıştır. Bizim metnimizdeki başarısız çeviriye rağmen, BK. m. 22'nin "Akit yapmak *vaadi*" diyen kenar başlığından ön sözleşmenin yapılmasıyla birlikte asıl sözleşmeyi yapma *borcunun* doğacağı açık biçimde anlaşılmaktadır. Her ne kadar 26.12.1944 tarihli Türk.iye Büyük Millet Meclisinin yorum karan kenar başlıklarının kanun metninden sayılamayacağı sonucuna vannişsa da, öğretide bu yasak sadece kenar başlıkların doğrudan doğruya uygulanmasını engellemeye yönelik olarak anlaşılmakta ve yorum yapılırken kenar başlıklarından da yararlanılabileceği kabul edilmektedir (**Oğuzman/Barlas**, Medeni Hukuk-Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 13. bası, İstanbul 2006, s. 59). Şu halde, ön sözleşmeyle (satış vaadiyle) karşı taraf yenilik doğuran bir hak değil, asıl sözleşmenin (satışın) yapılmasını istemek hususunda bir alacak hakkı elde eder. Satış vaadi sonucu karşı tarafın sadece bir yenilik doğuran hak elde edeceği yahında ileri sürülen görüş, bir borçlanma işleminden ibaret olan ve bu niteliği anılan azınlık görüşü dışında Alman, İsviçre ve Türk Hukuklarında herkes tarafından kabul edilen ön sözleşme kavramına aykırıdır.
- 26a) Taşınmaz satışının geçerli olması için resmi şekilde yapılması (MK. m. 706/1, BK. m. 213/c. 1) ve resmi senedin tapu sicil müdürü tarafından düzenlenmesi gerekir (Tapu K. m. 26/1). Taşınmaz satış vaadi sözleşmesini düzenleme yetkisi ise, Noterlik K. m. 60/b. 3 gereğince noterlere verilmiştir (*Bizce*, tapuda düzenlenen satış vaadi sözleşmeleri de evleviyetle geçerlidir). Bu hüküm BK. m. 22/11'ye bir istisna teşkil eder mi? Her iki halde de resmi şekle uyulmak şart olduğundan (sadece resmi senedi düzenleyebilecek resmi memur açısından fark vardır) tam ve gerçek bir istisnadan bahsedilemez (**Kocayusufpaşaoğlu**, not 5'de age, s. 118, not 7). Acaba noterde düzenlenen senet bir taşın-

- 19 Ön sözleşmenin asıl sözleşmeden farklı statüde bulunduğu başka ihtima er e vardır. Bız, şu ömeklerle yeliniyoruz².

- Aşağıda göreceğimiz gibi, BK. m. 1111 uyarınca, kanun tarafları koruma amacıyla asıl sözleşme i bir erlilik ekline ba-lamışsa, ön sözleşmenin-geçer i o ası 9. Y!!!-klJ:2.ağlıdır. B!l.İla karış!. bu şekil tarflan koruma amacına yönelik j gi'asıl sözleşme eni!! g çeriligt ş}4 bğ olağı halde, ön sözleşmeyi bu sekile uymad an y ap.ro.alunümkündür.

- Yine aşağıda göreceğimiz gibi, ön sözleşmeden doğan borç yerine getirilmediği takdirde, asıl olan, borcun a erine etrilinesi (yani asıl ---"s'o'Zte-şnrentn-lcufulinus sayılması) için d ya açıl ası 1 -!! ak imdan, a raflarca bunun aksinin kararl tınlıgıy Jıynen ifa talebL bertaraf ediliş sa ece.oir-t n y u:p.İşn gqrıldüQ vaki!. bOyle bir ön sözleşmeyi asıTsOz meile bir tutmak söz kon.! ISU Q lamaz.

- Sadece *bir tarafın* asıl sözleşmeyi kurma taahhüdü altına girdiği ön sözleşmenin asıl sözleşme olarak yorumlanamayacağı pek açıktır. Bunun gibi, A ile B arasında yapılan ön sözleşme ile, taraflardan birinin üçüncü bir kişi ile asıl sözleşmeyi masioii örülmü ş anı ön s.ö.z enin tarafları ile asıl sözleşme i afl a tı. aY-D,J değilse (A ile B arasındaki ön sözleşme,-A:ya,..ü Jle-asıl..sözleşme.y.i-yapmayı aat e diyor:.) ön sözleşme 14-menin a..sılsözle.şnie..den..farklı...bk k yram old.Jlfill gg1 ellikle k@ul edil-melctedir. Bu gibi durumlarda, üçüncü kişinin asıl sözleşmenin kumlroasına yönelik olarak doğrudan doğruya B'ye yönelik bir talep...hakkma sahip. plup olmayacağı (yani ortada "tam" üçüncü kişi yararma b ir s özLe smeJ'in bulunup bulun.madıg-lj BK. m. 1111 hükmü çerçevesinde çözüme bağlanmak gerekh-2².

- 20 Son olarak şunu ekleyelim ki, her iki tarafın karşılıklı olarak asıl sözleşmeyi yapma taahhüdü altına girdikleri bir sözleşmenin, onların gerçekte

maz satışı niteliğinde ise ne yapılacaktır? Noterlerin taşınmaz satışı sözleşmesini düzenleme yetkileri yoktur. Buna rağmen, yorum yolu ile tarafların gerçekte bir taşınmaz satış vaadini kastettikleri anlaşılamasa bile, konversiyon (=tahvil=çevirme) teorisinin yardımı ile, satış olarak batıl olan işlemi satış vaadi olarak ayakta tutmak mümkündür (Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, not 5'de age, s. 124-125).

- 27) Bu konuda bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, not 5'de age, s. 76 vd.; **Çenberci**, Gayrimenkul Satış Vaadi, 3. baskı, Ankara 1986, s. 119 vd., 133 vd.; Tapu Sicili Tüzüğü, m. 11 vd.-Bir başkasına ait mala ilişkin olarak (ilerde borç yerine getirilemediği takdirde tazminat ödeme yükümlülüğü saklı kalmak üzere) taahhüt altına girilmesi mümkündür. Bu bakımdan, maddi hukuk açısından, başkasına ait bir malın satışı da (tıpkı satış vaadi gibi) geçerlidir. Bu tip taşınmaz satışlarında tapuda resmi satış sözleşmesinin düzenlenmemesi tapu mevzuatında yer alan ve böyle bir satışa imkan bırakmayan bazı düzen hükümlerinin bir sonucudur.-Bu konuda ayrıca bkz. Yarg. 13. HD., 14.12.1981, E. 6350, K. 8132 (**Uygur**, cilt 1, s. 1067 vd.).

- 28) Bkz. **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1081.

- 29) **Koller**, I, N. 1513; v. **Tuhr/Peter**, § 33, I, s. 274; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1078.

, imdiden asıl sözleşmeyi kuınnk ist.edikleri, yani gerçek iradelerinin bu yolda olduğu anlaşıldığı znmnn, BK. m. J 8/I'de yer alan fa/sa *demonstratlo mm nvcet* (yanlış belirtme zınnr verinezi kuralı uyarınca asıl sözleşme olarak değerlendirilmesine bir engel yoktur⁰

bbbb. *Ön sözleşmede şekil*

Kanun, tarafları korumak amacıyla bir sözleşmenin geçerli olmasını 21 şekle bağlamışsa, ön sözleşmede de aynı şekle uyulmak gerekir (BK.. m. 22/11). Aksi halde ön sözleşme e erli olmaz. Bu hük.. m ok erindedir. Şekle bağlı söz eşmeye ilişkin ön sözleşmenin şekilsiz geçerli olacağı kabul edilseydi, şeklin koruyucu etkisinden yoksun kalan borçlu, alacaklı tarafindan asıl sözleşmeyi yapmaya (aşağıda görülecek esaslar dahilinde) zorlanabilecek ve asıl sözleşmenin yapılmasını, borçluyu düşünceye sevkctrne? acele kararlardan korumak için şekle bağlayan kanun hükümleri bu yoldan uygulamasız bırakılabilecekti³¹.

cccc. *Ön sözleşmeden doğan borcun ifa edilmemesi* <;c. ?u... ? ? :: ; ,

Borçlu, ön sözleşmeden doğan borcunu yerine getirmez, asıl sözleşme- 22 nin kurulması için gerekli irade beyanında bulunmaktan kaçınırsa nasıl hareket edilecektir? Bu konuda iki görüşe rastlanıyor.

- *Birinci görüş:* Bazı yazarlar tarafından öne sürülen ve aşağıdaki açıklamalarımızdan anlaşılacağı gibi yerinde olmayan bir düşünceye göre, hiç kimse bir irade beyanında bulunmaya zorlanamayacağına göre, ön sözleşmede alacaklı durumunda bulunan kişinin borcun aynen ifasını talep ve dava etmesi mümkün değildir. O, borcun yerine getirilmemesinden doğan zararının tazminini istemekle yetinmek mecburiyetindedir³².

Bu görüşün modern ve değişik bir versiyonu *Bucher* tarafından savunulmuştur³³. Buna göre, ön sözleşmeye bağımsız bir varlık ve anlam kazandırmak üzere, aşağıda yazılı iki alternatiften birisi kabul edilmelidir:

30) **Koller**, I, N. 1541; **Reber**, not 21'de age, s. 97.

31) Kanunumuzda, *alacağın tem/iki*, sözleşmesinin geçerli olması yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlandığı halde, *alacağın tem/iki*, *vaadini* içeren sözleşme şekilsiz muteberdir (BK. m. 163). Bu hüküm, BK. m. 22ff'i'nin bir istisnası sayılamaz. Çünkü, alacağın temliki, alacak hakkı üzerinde doğrudan doğruya etki yapan (bu sözleşme ile alacak hakkı devreden alacaklının malvarlığından çıkıp devralan alacaklının malvarlığına geçiyor) bir *tasarruf işlemidir*. Bu böyle olunca, alacağın temliki taahhüdüne ilişkin sözleşme, bir *ön sözleşme* niteliğini taşımaz ve BK. m. 22'nin kapsamı dışında kalır.

32) Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, not 5'de age, s. 153-154'de anılan yazarlar.

33) **Bucher**, Die verschiedenen Bedeutungsstufen des Vorvertrages, *Bemer FG zum Schweizerischen Juristentag* 1979, s. 183 vd.; **Bucher**, *Basler Komm.*, Art. 22, N. 36 vd.

- Birinci alternatif olarak, (yazarın görüşüne göre İsvi reJ!CJiçlar Kanununun 22. maddesini düzenleyen kanun koyucunun aynen ifayı düşünmemiş olmasından hareket etmek suretiyle) ön sözleşmenin ifa edilmemesi halinde hiçbir zaman aynen ifaya yer olmamalı ve sadece bjt tazminat Y<!P-tınmı ile ye mine ı-dir. Böylece aynen ifa talebine izin veren asıl sözleşme ile aynenifa talebinin bulunmadığı ön sözleşme açık biçimde birbirinden farklı iki kavram oluşturmaktadır.

- Birinci alternatifi kabul edilmemesi halinde, bu defa, özellikle doğrudan doğruya asıl sözleşmeyi yapma imkanı bulunduğu halde ön sözleşme yoluna başvuran tarafların örtülü biçimde (zımnem) aynen ifa talebini bertaraf ettikleri yolunda bir karine kabul edilmeli ve bu karine çürütülmedikçe, ön sözleşmeden doğan taahhütlerin yerine getirilmemesi halinde sadece tazminat istenebilmelidir.

Bizim katılmak imkanını göremediğimiz bu görüş İsviçre öğretisinde de kabul görmemiştir³⁴. Şurasını ekleyelim ki, ön sözleşmeyi yapan tarafların dilerlerse aynen ifa talebini ortadan kaldıran ve yalnız tazminat taleplerine açık kapı bırakan bir anlaşma yapmalarına hiçbir engel yoktur. Nitekim, Borçlar Kanunu'nun borcun ifası ve ifa edilmemesine ilişkin hükümleri ilke olarak emredici olmadığından, aynı imkan asıl sözleşme bakımından da mevcuttur³⁵. Fakat böyle bir çözümü karine olarak kabul etmek mümkün değildir.

- *İkinci görüş* - Alman Hukukunda, ZPO (Usul Kanunu) § 894 şöyle bir hüküm içeriyor: "*Borçlu bir irade beyanında bulunmaya mahkum edilmişse, hükmün kesinleşmesi ile beyan yapılmış sayılır.*" Bizde, böyle açık bir kanun hükmü bulunmamakla beraber, Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda bazı özel durumlar için öngörülen hükümlerden kıyas yolu ile yararlanarak benzer bir sonuca ulaşmak imkanı vardır³⁶. Şu halde, borçlu, asıl sözleşmeyi yapmaktan kaçınırsa, alacaklı onu borcunu aynen ifa etmesi için dava edebilecek ve hakimın karar, *borçlunun asıl sözleşmenin kurulmasına ilişkin irade beyanının yerini tutacaktır.*

23 Mahkemece verilecek bu kararın hukuki niteliği nedir? Burada da iki görüş karşımıza çıkıyor:

34) **Reber**, not 21'de age, s. 96 ve not 36; **Koller**, I, N. 1531; **Gaub/Schluep/Schmid**, N. 1083.

35) **Reber**, not 21'de age, s. 97; **Kramer**, Art. 22, N. 122.

36) Burada ilk akla gelen hüküm, yargısal (kazai) temlik'ten bahseden BK. m. 164 hükmüdür. A'nın, alacağın temliki vaadi sözleşmesi dolayısı ile B'ye karşı olan alacağını Ü'ye geçinnek borcu altında olduğunu farz edelim. O, bu borcunu yerine getirmez, yani alacağın devri sözleşmesinin kurulması için gerekli irade beyanında bulunmaktan kaçınırsa, Ü'nün açacağı davada verilecek hükmün kesinleşmesi ile alacak Ü'ye geçer. Aynca bkz. **v. Tuhr/Escher**, § 67, **M**, s. 90; § 97, I, s. 370; II 2, s. 371-372.

= Çok ufak bir azınlık tarafından savunulan birinci görüşe göre, mahkeme bu ihtimalde asıl sözleşmeyi kuran *yenilik doğurucu hir karar* vermektedir. Şu halde açılan dava bir yenilik doğurucu davadır³⁷. Bizce, bu sonuca ancak şu gerekçe ile ulaşılabilir: Tartışmalı olmasına rağmen, çoğunluğun (bizim katılmadığımız) fikrinde kabul beyanı, kabulcünün kendisine yapılan icabı uygun bulduğunu bir taraflı olarak bildirmesiyle sözleşmenin kurulmasını sağlar ve bu sebeple yenilik doğuran bir hukuki işlem sayılmak gerekir³⁸. O halde, mahkemece bu kabul beyanının yerine geçmek üzere verilen hüküm de, yenilik doğuran bir hakkın mahkeme eliyle kullanılması anlamını taşıdığından yenilik doğuran bir hüküm sayılmalıdır. Şurasını ekleyelim ki, bu konuda açılan davanın, ifa davası ve yenilik doğuran dava karışımı bir dava olarak nitelendirilmesi de düşünülebilir. Tekrar edelim ki, bu sonuç, ancak kabul beyanını yenilik doğuran hukuki bir işlem olarak niteleyen görüş açısından geçerli olabilir.

= Büyük çoğunluk tarafından benimsenen hakim görüşe göre ise³⁹, ortada bir edim (ifa) davası vardır. Dava, davalının ön sözleşmeden doğan asıl sözleşmeyi yapma borcunu ifa etmesi için açılmıştır ve mahkemeden davalının kabul beyanının yerini tutan bir hüküm vermesiyle ifayı gerçekleştirmesi istenmektedir. Ne var ki, davacının dava dilekçesinde yer alan icabı ile, mahkemenin karşı tarafın kabul beyanının yerini tutan kararı dolayısıyla sözleşme kurulmuş olmakta ve sonuç itibarıyla mahkeme kararı asıl sözleşmenin yerine geçmektedir. Bu da, pratik sonuçları açısından, yenilik doğuran dava görüşü ile edim (ifa) davası görüşleri arasında kayda değer bir fark kalmadığını göstermektedir.

Bizce, alacaklının asıl sözleşme ilişkisinin mahkeme kararı ile kurulmasını sağladıktan sonra, asıl sözleşmeden doğan borcun ifası için yeni bir dava açması anlamsız bir formalite olacağından, ona, dilerse *hem asıl sözleşme ilişkisinin kurulmasını, hem de asıl sözleşmeden doğacak borcun ifasını* aynı anda (aynı dava ile) talep etme imkanı da tanınmalıdır. Nitekim hakim görüş bu yoldadır⁴⁰. 24

Buraya kadar yapılan açıklamalar, "iki aşama teorisi" (*Zweistufen-theorie*) diye adlandırılan görüşe uygun düşüyor. Derhal belirtelim ki, İsviçre Federal Mahkemesi, 6.3.1992 tarihli karar ile, ön sözleşmenin ifası konusunda önemli bir adım atmış ve asıl sözleşme, ön sözleşmede öngörü- 25

37) Bu konuda bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, not 5'de age, s. 163, not 56.

38) Bu konunun tartışılması için bkz. aşağıda§ 20, N. 1.

39) Örnek olarak bkz. **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1082-1083; **Reber**, not 21'de age, s. 99 ve not 60; **Herzog**, not 16'da age, N. 338.

40) **Kocayusufpaşaoğlu**, not 5'de age, s. 170 vd.; **Reber**, not 21'de age, s. 100; **Kramer**, Art. 22, N. 121; **Herzog**, not 16'da age, N. 321,333; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1088-1088a; **Palandt/Heinrichs**, 64.A., Einf. vor § 145, N. 22; **Eren**, 9. bası, s. 283. Ayrıca bkz. **Ayrancı**, not 21'de age, s. 180-182.

len şartlarla yine aynı taraflar arasında kurulacak ise, artık ifa aşamasında asıl sözleşme-ön sözleşme ayrımını yapmaya gerek kalmadığını kabul etmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre, bu ihtimalde, ön sözleşme asıl sözleşme ile bir tutulmalı ve ön sözleşmeye dayanarak doğrudan doğruya asıl sözleşmeden doğacak borcun ifası dava edilebilmelidir (tek aşama teorisi, *Einstufen-theorie*)⁴¹.

- 26 Ön sözleşme ile asıl sözleşmeyi, *ifa aşamasında* bir tutan bu çözüm haklı olarak eleştirilmiştir⁴². Doğru çözüm, Yljkanda.b.elirttiğ-i.m.i.z_gfüi.. her iki talep hakkı birleştirilerek açılan bir day.a s onuc u mahk emenin.Jl?lt sözleşmenin kurulmuş saJ!lmasına ve buna dayalı olarak ?sıl sözleşmeden doğan borcun ifasına karar vermesidir. Buna rağmen, FederaCMahkeme'nin ararufu11 ilci aşama teorisine göre değerlendirerek denebilir ki, mesele yenilik doğuran hüküm görüşü açısından ele alındığı takdirde, mahkemece doğrudan doğruya asıl sözleşmeden doğan borcun ifasına karar verildiği zaman, bu kararın arkasında asıl sözleşmenin kurulmasına ilişkin *gizli bir yenilik doğurucu hüküm* yatmaktadır⁴³. Zira, asıl sözleşme kJlrulmadan, ondan doğacak borcun ifasına karar verilmesi söz ko nusu olamaz. Bunun gibi, haGm görüşTe birlikte, maj ikeme hükmü sade.c.e.d?valımn k?b.lll ?eyanın yerini tutan hır edim (ifa) hükmü olarak değerlendirildiği takdirde, doğrudan doğruya-asıl sözleşmeden d?ğarı borcun ifas! talep ?dil9iği vakit, ouôefa öğretiôe de belirtildiği gibi, mahkemece verilen ifaya mahkumiyet hlilaiunfüi -aynı zamanda ve zoniilü olarak,- *ortulü biçimde (zımnen) asıl sözleşmeyi kurulmuş farz eden bir hüküm* olduğu kabul edilmek gerekir⁴⁴. Bir başka anlatımla?söz konusu ifa hükmünün arkasındaki perde kaldırıldığı takdirde (*Durchgriff*), karşımıza yine gizlenmiş olarak asıl sözleşmeyi kurulmuş sayan bir karar çıkacaktır⁴⁵.

Ön sözleşme alacaklısı, yerine göre, borcunu ifa etme en ön s..z e me borçlusundan aynen ifa yerine tazminat talep edebilir İki ihtimali ayn ayn ele almak yerinde olur:

- 41) BGE 118.II.32. Aynı görüşte: **Schwenzer**, N. 26.09. Yargıtay da, eski görüşünden ayrılmak suretiyle, bir ön sözleşme olarak nitelediği taşınmaz satış vaadi sözleşmesine dayanılarak (asıl satış sözleşmesinin kurulmasına ilişkin bir talep hakkından hiç söz etmeksizin) doğrudan doğruya MK. m. 716/1 (eski MK. m. 642/1) hükmü uyarınca mülkiyetin alıcıya geçirilmesine yönelik bir dava açılabilmesini kabul etmektedir C'arg. HGK., 8.1.2.2004, E. 2004/14-610, K.. 2004/656, İBD. cilt 79, 2005/5, s. 1681).
- 42) Özellikle bkz. **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 1088, 1088a; **Herzog**, not 16'da age, N. 331 vd.; **Koller**, I, 2.A., § 22, N. 24.
- 43) Alman öğretisinde genellikle kabul gören "gizli yenilik doğuran hüküm" kavramı ve buna ilişkin örnekler için bkz. **Lare02**, SR, I, s. 80-81 ve not 10; **Larenz**, Lehrbuch des Schuldrechts, WI, 13.A., München 1986, s. 55-56 ve not 68, 69.
- 44) **Gemhuber**, Handbuch des Schuldrechts, Band 8, Das Schuldverhältnis, Tübingen 1989, s. 139-140.
- 45) Bkz. **Reber**, not 21'de age, s. 100.

- Ö❖❖❖❖le_şmeden doğan burcwLifasL.bınçlunun kusuru ile il.11kansız 21 hale gelmişse ondan jfa değil, sadece BK. m. 96 hükmüne-göre tazminat istenir⁴⁶.

- İfa mümkün olup borçlu temerrüde düşmüşse, *kurulması taahhüt edilmiş asıl sözleşme tam iki tarafa bo,ç yükleyen bir sözleşme niteliğini taşıyorsa*, BK. m. 106 hükmü uygulama alanı bulur. Görüldüğü gibi, BK. m. 106 hükmünün uygulanması doğrudan doğruya değil, kurulacak asıl sözleşmenin iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdünü düzenleyen BK. m. 106 hükmünün kapsamına giren bir sözleşme niteliğini taşıması halinde dolaylı yoldan gerçekleşmektedir⁴⁷. Buna göre, alacaklının belirlediği mehil içinde taahhüt yerine getirilmediği takdirde, alacaklı derha ita an vazgeçtiğini bıldmp. di erse olum u zararlarının cfilerse sözleşmedenönüp olümsüz- zararlarının tazminini isteyebilir⁴⁸. Tazmini istenen o Uill Ü-zararlardan m❖sat asıl sözleşm.e:ı:ın kurulma m !S ve buna bağlı olan ıfa e ı mel:İliş o❖❖❖a❖ından dO.ğan zararlardır⁴⁹.

Ön sözleşme ile ilgili meseleleri sürekli olarak ön sözleşme-asıl sözleşme ilişkisini göz önünde tutarak çözüme bağlamak gerekir. Ön sözleşmenin ifa edilmemesi demek, doğurduğu sonuç açısından asıl sözleşmenin kurulup ı a e memesi eme . u e, on sözleşme dolayısı ile emerru e uşen orç unun urumunu, ister istemez asıl sözleşmenin ifa edilmemiş o ası afinieuygülaııacak liıldimlen dikkate alarak e eme zoruiulüğü vardır. Bu yuzdeıı, ancak asıısöz eşmeııııı-ifa edftmemesi B m. 106 ükrnünün uygulanmasına yofaçacak idiyse, ön sözleşmeye de aynı ııffıııüüı uygulanması söz lconusu olur. onun gıfı❖ asıl sözleşme ııın sonıisüzfiik kayıtlıruı.ni engelleven özel o-ırsınırlama varsa, bu sınırlama ön sözleşme için de geçerlidir. Bu çözümlerin arkasında, ön sözleşme borçlusunun, asıl sözleşme borçlusuna nazaran daha avantajlı bir konum elde ederek bundan hak-sız bir yarar sağlamasının kabul edilemeyeceği yolundaki düşünce yatar⁵⁰.

28

46) Bkz. **Eren**, 9. bası, s. 283-284.

47) Bu çözümün gerekçesi için bkz. aşağıda N. 28. -BK. m. 106 hükmünün her iki tarafın da asıl sözleşmeyi kurmayı taahhüt ettiği ön sözleşmelere sadece asıl sözleşmeyi kurma taahhüdüne dayanarak doğrudan doğruya uygulanması şu bakımdan mümkün değildir ki, bu durumda taraflardan birinin borcu diğerinin karşılığını oluşturmadığından (her ilci taraf da aynı şeyi, yani asıl sözleşmenin kurulmasını taahhüt etmektedir), ortada karşılıklı borç doğuran (sinallagmatik) bir sözleşme mevcut değildir. (**Herzog**, not 16'da age, N. 113). Şu var ki, ön sözleşme ivazlı ise, yani taraflardan biri diğerinin ödeyeceği bir bedel karşılığı asıl sözleşmeyi yapma taahhüdü alına girmişse, durum değişir ve BK. m. 106 doğrudan doğruya uygula❖. Burada sözü edilen bedeli asıl sözleşmeden doğacak karşı edimle karıştırmamalıdır. Örneğin, B, A'ya beş bin lira karşılığı, bir malını ilerde elli bin liraya satmayı vaat etmişse durum böyledir. Buradaki beş bin lira, B'nin ön sözleşme ile giriştiği asıl sözleşmeyi kurma borcunun, elli bin lira ise ilerde kurulacak satış sözleşmesi dolayısı ile satılıp mülkiyeti geçirilecek malın karşılığıdır (Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, not 5'de age, s. 86; **Herzog**, not 16'da age, N. 113). -Tekrar hatırlatalım ki, metinde belirttiğimiz gibi (bkz. N. 27-28), taraflarca kurulması öngörülen asıl sözleşme iki tarafa borç yükleyen (sinallagmatik) bir sözleşme niteliğini taşıyorsa, BK. m. 106 hükmünün ön sözleşmede bu defa bu yoldan dolaylı biçimde uygulama alanı bulması mümkündür.

48) Bkz. **Kramer**, Art. 22, N. 122; **Herzog**, not 16'da age, N. 363; **Becker**, Art. 22, N. 14.

49) **Herzog**, not 16'da age, N. 355.

50) **Herzog**, not 16'da age, N. 359.

dddd. Ön sözleşme ve benzer kavramlar

- Opsiyon^h a^{kkid} oguran söz eşme^{sl}

29 Taraflar bir sözleşme ile (o siyon sözleşmesi L i çlerinden 'irine bir borç 1 iş ısını önceden aral^{onda} aralılaştırdıkları şartlarla bir taraflı ifiide ^{eyq!1!} ile^{alcha!} <l<IJ!.1! anim^s ^{rsa} OP.SiY91?-!}ak.kında!} bahsedilir.

Kurulacak ilişki kira ilişkisi ise kira opsiyonu, satış ilişkisi ise satış opsiyonu vs. söz konusu olur. Görülüyor ki, bu hak çok çeşitli ilişkileri kurmak için bahsedilmiş olabilir.

Medeni Kamin satış opsiyonuna *alım (iştirā)* hakkı demektedir (MK. 736, 1009. BK. m. 213/c. 2). Bu, bütün opsiyon hakları gibi, *yenilik doğuran bir haktır*.

Ön sözleşme ile opsiyon hakkı arasında en başta gelen fark şuradadır:

O n'sözleşmeden bir a^{qc} a-k^q <lg^{ğoga:r} ye al^{caklı} borcunu ifa etmeyen (asıl sözleşmeyi yapmayan) borçlu aleyhine-bir edim (= ifa) davası ile ha-^{t^gm} euorundadır. Oysa, *opsiyon sözleşmesi, nitelikçe yenilik ^{ğuran bir hak olan} opsiyon hakkına varlık kazandırır. Opsiyon hakkı sahibi, opsiyon konusu borç ilişkisini kurmak için (ön sözleşmeden farklı olarak) hiç bir şekilde karşı tarafın irade beyanına muhtaç değildir. O, bir taraflı v^{ası} ger^{kli} irade beyanı ile (yeni^o an beⁿ tüm şartları*

- **Sözleşme Tasarısı (Projesi) (Punktationen, Punctuation, Memorandum of understanding)** ³

Bir sözleşmenin kurulması, ç^{oluiefu} taraflar arasında cereyan eden-müzakerelerden sonra mümkün olur. Bu önışmelerinilerlemiş bir-aşamasında, tarafların üzerlerinde^{J!Y!!}ştıkları noktalan....tespit eden bir ş^{özleşme} tasarısı (projesi) hazırlamaları imkanı vardır. Acaba bölle bir..tasarı.ön söz-

51) Opsiyon hakkı ve bunun hukuki niteliğine ilişkin çeşitli görüşler için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, not 5'de age, s. 101, not 42 ve s. 91 vd.; **v. Tubr/Peter**, § 33, II, s. 277 ve not 19; **Larenz**, AT, s. 522; **Henrich**, not 16'da age, s. 1, 63 vd., 227 vd.; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 487.

52) Bir yenilik doğuran hak kuran sözleşme yapıldığı zaman, diğer taraf henüz *borçlu* değildir (onun edim mükellefiyeti yenilik doğuran hak sahibinin bu hakkını kullanıp borç ilişkisini kurmasından sonra doğacaktır), fakat *bağlıdır*. Çünkü, diğer tarafın yenilik doğuran hakkını kullanarak borç ilişkisini kurmasını engelleyecek şekilde yaptığı sözleşmeden dönemez. Tam tersine buna katlanmak zorundadır. Geciktirici şarta bağlı olarak yapılan bir sözleşmede de aynı durum vardır (Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, not 5'de age, s.99)

53) Bu konuda bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, not 5'de age, s. 88 vd.; **Schirer**, Vertragsverhandlungsvereinbaningen, In Sachen Baurecht, Freiburg, 1989, s. 23-24; **Henrich**, not 16'da age, s. 99 vd.; **Kramer**, Art. 22, N. 54, 63 vd.

keşif sayılabilir mi? Şüphesiz ki. İlayırl Çünkü, ilerde ynpılncak sözleşme- nin kurulması için gerekli bütün esnslı noktaları içermesi zorunlu bulunma- yan bu tasarı turaOnrca imzalanmış bile olsa, ilke olarak, hukuken *bağlayıcı* değildir, tarafları bir borç (edim yükümlülüğü) altına sokmaz. Onlar, böyle bir tasarı hazırlamakla sözleşmenin yapılıp yupılmamasına ilişkin scrbesti- lerinden herlumgi bir şekilde vazgeçmiş sayılamazlar. Şu var ki, ilerde söz- leşme kurulursa, onun *yorumlanması* bakımından bu gibi projeler, taslaklar önemli bir rol oynar.

Ana ilke yukarıda belirtildiği gibi olmakla birlikte, bazen BK. m. 2/1 hükmünün işe 31 karışması ile, hiç değilse karine olarak, şimdiden bağlayıcı bir sözleşmenin kurulduğu sonucuna varılabilir⁵⁴. Gerçekten, BK. m. 2/1 uyarınca taraflar sözleşmenin objektif açıdan esaslı noktaları üzerinde uyuşmuş iseler, karine olarak sözleşme kurulmuş sayılır. Bu sonucu önlemek üzere, taraflarca hazırlanan tasarı metnine sözleşmenin henüz k. ul:llmadığına veya bu metnin bağlayıcı olmadığına ilişkin bir kaydı;ı eklenmesi çok ycnndeolur^{54b}.

- Niyet Mektubu (Letter of intent)⁵⁵

Bununla, (içeriği yeterince belirlenmemiş veya yerine göre tam olarak 32 belirlenmiş) bir sözleşmenin kurulmasını sağlamak niyeti açığa vurulur ve bu sonuca ulaşmak üzere görüşmelerin ciddi olarak sürdürülmesi taahhüt edilir. Ne var ki, kar ı tarafı a benimseni kabul edildikten sonra dahi, bu taahhüt (bazan çıkça belirtilmek, b C!Zan ise hal ve artlardan an aşmak suretiyle. ba gfuylcı bir nitelik ta ımaz ve tarafları sö g:ıi kurma yü- kümlülüğü altın solgnaz. Bu durumu ifade etmek üzere, bu kavramın kö- lcenı o an Anglo-Sakson hukuk çevrelerinde "no binding clause" deyimini kullanılır⁵⁶.

Şurasını ekleyelim ki, karşılıklı niyet mektubunun bazen (örneğin, aşā- ğıda § 16, N. 8'de açıklanan türde bazı anlaşmaların ger çekl e şmesine yol aç3 !jK v? v? !! on soz eşme oluşturarak). b!!kYkenJ>ağlayıcılık kazanması ğla inJ.ldinsı? değildir. Bu konuda, herşey hal ve şartların özelliklerine bağı- 1. rc

- Centilmen anlaşmaları (Gentlemen's Agreement) 33

Burada taraflar arasındaki anlaşma, onları hukuki bir yükümlülük altına sokmaksızın, sadece bir "şeref sözü" verilmesi ve ahlakı anlamda bir taah-

54) Bkz. **Kramer**, Art. 22, N. 64 vd.

54a) BK. m. 2/I ile ilgili açıklamalar için bkz. aşağıda§ 17

55) **Scharer**, not 53'de age, s. 26 vd.; **Kramer**, Art. 22, N. 56 vd., 54; **Gauch/Schluep/ Schmid**, N. 1100; **Laren7/Wolf**, 9.A., § 23, N. 109 vd.

56) "Subject to contract" (sözleşme yapılmasına bağlı olarak) ifadesi, bu anlamda bağılı- ğı ortadan kaldıran bir kayıt sayılır (**Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1100).

57) Özellikle bkz. **Kramer**, Art. 22, N. 54; **LarenJWolf**, 9.A., § 23, N.111.

hüt altına girilmesi anlamını taşımaktadır⁵⁸. Bununla birlikte, tamamen lınl.'1.1.k dışı kalan centilmen anlaşmaları ile hukuk ilkelerinin kapsamına giren klasik sözleşmeler arasında bir derecelendirmenin düşünülebileceği de öne sürülmüş, hatta bazan centilmen anlaşmaları, tarafların uyuşarak karşılıklı dava açma haklarını kaldırdıkları huku.kı yükümlülükler olarak izah edilmek istenmiştir⁵⁹. Görülüyor ki, bu kavramın niteliğinin tam olarak ortaya çıkarılmasında ve sınırlarının çizilmesinde hayli yüksek oranda bir belirsizlik vardır.

- Çerçeve sözleşme (Rahmenvertrag, contrat-cadre)⁶⁰

- 34 Burada, ilerde kurulacak münferit sözleşme ile ilgili bazı hükümleri (öneğin m. 1.1.1.k dışı kalan centilmen anlaşmaları ile hukuk ilkelerinin kapsamına giren klasik sözleşmeler arasında bir derecelendirmenin düşünülebileceği de öne sürülmüş, hatta bazan centilmen anlaşmaları, tarafların uyuşarak karşılıklı dava açma haklarını kaldırdıkları huku.kı yükümlülükler olarak izah edilmek istenmiştir⁵⁹. Görülüyor ki, bu kavramın niteliğinin tam olarak ortaya çıkarılmasında ve sınırlarının çizilmesinde hayli yüksek oranda bir belirsizlik vardır.)

- 58) **Reuss**, Die Intensitätsstufen der Abreden und die Gentlemen-Agreements, AcP 154, s. 489; **Poltier**, Les gentlemen's agreements a participation publique, ZSR, N. F. 106, 1987/1, s. 372 vd; **Weber**, Rahmenverträge als Mittel zur rechtlichen Ordnung langfristiger Geschäftsbeziehungen, ZSR, N. F. 106, 1987/1, s. 413.
- 59) Bkz. **Baumann**, Gentlemen's Agreement-Zulässigkeit und Anwendungsbereich im Privatrecht, SJZ, 87 (1991), s. 3 vd.; **Staudinger/Dilcher**, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I, Allgemeiner Teil, 12.A., Berlin 1980, Vorbem. zu §§ 145ff., N. 16. - Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, asıl olan centilmen anlaşması ile tarafların herhangi bir hukuki bağlılık altına girmemiş olmalarıdır. Sadece dava hakkının ortadan kaldırılmış olması, ancak tarafların bu yolda bir anlaşmasının bulunduğu anlaşılıyorsa kabul edilebilir (**Herzog**, not 16'da age, N. 163). Ne var ki, bu sefer de karşımıza tarafların anlaşarak bazı alacakları dava hakkından yoksun bırakmak suretiyle eksik borçlar yaratmasının ne dereceye kadar caiz olduğu problemi çıkar.
- 60) **Ulmer**, Der Vertragshändler, München 1969, s. 300 vd.; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1099; **Larenz**, SR, I, s. 88; **Weber**, not 58'de age, s. 410 vd; **von der Crone**, Rahmenverträge, Zürich 1993, s. 1, 248-249, 250; **Tandoğan**, 1/1, s. 32, not 63; **Staudinger/Dilcher**, Vorbem. zu §§ 145 ff, N. 50; **Terre/Simler/Lequette**, Droit civil, les obligations, 5.ed., Paris, 1993, s. 148, no. 186; **N. Barlas**, Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmenin Özellikleri, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 1999, s. 807 vd.
- 61) Bununla birlikte, çerçeve sözleşmenin, bazen ilerde münferit sözleşmeleri yapma borcu doğuran bir ön sözleşme ile bir arada bulunabileceği kabul ediliyor (**Kramer**, Art. 22, N. 76; krş. **Tandoğan**, 1/1, s. 32, not 63; **İşgüzar**, Tek Satıcılık Sözleşmesi, Ankara 1989, s. 33). Bu ihtimalin dışında kalan hallerde, münferit sözleşmeJeri yapmaktan kaçınmanın yaptırımını, çerçeve sözleşmeden dönme ve tazminattır (**Weber**, not 58'de age, s. 412). -Farklı: **Barlas**, not 60'da age, s. 815 vd.

op❖iyon hakkt kuran sözleşşl❖} 'l!.12❖- 1❖ruilor _gqj_cc_ç_ğc_ilişk.ULkanır alma
ö.1 ürnıl.:.)❖)ınıl:ayoetmi❖-durumdadırlar. Zira, ön sözleşşmede, usıl sözleşş-
meyi k'lİnnak için şiindiacn bağlanılmış❖opsiyon hakkı bahşeden sözleşş-
mede ise, bundan da ileri gidilerek, karşı tarafa bir taranı irade beyanı ile
borç ilişkisini kunna imkanı verilmiştir. Çerçeve sözleşşme ile kurulan borç
ilişkisinde durum böyle değildir ve taraflar geleceğe yönelik kararlar alma
özgürlüklerinden bu tarzda yoksun kalmayıp, sadece bu kararların alınacağı
ulanın sınırlarını çizmek ve bazı esasları şimdiden belli etmekle, yani temel
mekanizmayı kurmakla yetinmiş ve diğer ayrıntıların belli edilmesini, bu
❖mır ve esaslar dahilinde kurulacak münferit sözleşşmelere bırakmışlardır.

erçeve sözleşşmenin en güzel örneklerinden birisi tek satıcılık sözleşş- 35
mesidir. orç af-Ranuiiumuzaa ayrıcaçfi.1zen enmemiş u unan ve sürekli
biroorç ilişkisi doğuran bu-sbzleşmecfe ,yapımcı, iliiinlerinin tümünü veya
bir bölümünü belirli bir coğrafi b°iÜgede-tekelesalıp-olaral<-satınaK üzere
tek satıcıya 5edeli arşı ıgı g❖n: _enneyi, buna karşı tele satıcı el-a, sözleşşme
konusu mallan kendi adına ve hesabına satarak bu malları-n sürümünü ar-
fırmak için faaliyette bulunmayı üsflenmişti.r. Söz konusu sürekli nitelikteki
çerçeve 1 1 ş 1 çin e, is er is emez, füiliiri ardına malların bedeli karşılığı
❖ yapımcıdan tek satıcıya gönôenifüesine ilişkin- müiifent satış sö"zleşmeleri
yapılacaktır. Ne-var ki, -söz konusff riün°ferit satışların, daha-ö"nce sınırlan
çizilmiş çerçeve içinde gerçekleşmeleri gerekmektedir^{62, 63}.

b. Karar⁶⁴ bir -topvlvr ❖ il'-jil.vd.;-s-ı or-k❖ bu- ,se. (1k; b,-r sona
s<<❖ ❖ -l-GJ"of-/ı b, Y\I,\$

Karar, bir kişi topluluğunun tümünü ilgilendiren ortak bir işte nihai (ke- 36
sin) bir sonuca varılmasını sağlayan çok taraflı bir hukuld işlemdir.

Karan sözleşşmeden ayıran belli başlı özellikler şunlardır:

1 - Kararda, irade beyanları karşılıklı olmaym, bir merkeze örneğin,

bir tüzel lGşının GenerKurulunaaba ka.11❖) d 9ğfu ❖öneltiılmıştır.

2 - Kararın alınması için, kural olarak, iradelerini beyan edenlerin ço-
ğunluğu yeter⁶⁵. Oysa, çoğunlukla sözleşşme kurulması düşünülemez.

3 - Karar, ilgili topluluğun iç ilişkilerini ilgilendirir, iç ilişkide hüküm
doğurur. Dış ilişki üzerinde doğrudan doğruya etkili değildir. O, dış ilişkide

62) Bkz. **İşgüzar**, not 61'de age, s. 14, 32-33. **Tandoğan**, I/1, s. 27-28, 32.

63) Bir çerçeve sözleşşme oluşturup oluşturmadığı tartışmalı bir başka sözleşşme "kredi açma
sözleşşmesi"dir. Bu konudaki görüş ayrıntıları için bkz. **Tekinalp**, Banka Hukukunun
Esasları, İstanbul 1988, s. 352 vd.

64) Özel olarak bkz. **v. Tuhr**, AT§ 53 IV, s. 232 vd.; **Heini**, Die Vereine, in: SPR/II, Basel
1967, s. 562; **LarenJWolf**, 9.A., § 23, N. 17 vd.

65) Bununla beraber, kanunun veya ilgili kuruluşun statüsünün oybirliği aradığı özel durum-
lar da bulunabilir.

yapılacak hukuki işlemin dayanacağı temeli hazırlar. Dış ilişkide bu işlemi yapmak söz konusu topluluğu yetkili temsilcisine veya organına düşer.

- 37 Durumu bir örnek ile izah edelim: X Derneğine, taşınır bir malını satmak iste en A a t,-1 icaP- ile ilgili olarak de mek Yönetim Kurulun\! ne karar alacağını ok merak etti-i i jn, demekte...g ö r e vli hizmetlilerden birinden-fuplantıyıkapıdan dinlemesini ve sonucu kendisine telefonla bildirme- n-caain-iştir. Yönetim Kurulu oybirliği ile icabın kabul edilmesini kararlaştın or. Kapıdan..oylamanııı sonı??unu d!liieyel!..h izmetT1:-Rya telefon ederek durumu haber veriyor. A, sözleşmenin kurulmuş olması; sebebiyle nırinmektelialchısayılabilir mi? Hayır, bunun için vakit çok erkendir! Der-n-e""Yorietim'7<.ürulu'hwı A'nın teklifini.JJY-gun b_ula11_kEl.ran gir kabul beyanı değildir. Bu_k<!rar sadece denek..içi.-ilişkide hüküm doğurur. Sözleş-??finasİ için, bu karara dayanarak derneğin yetkili organının veya derneği temsil yepcisine sahjp kişinin dış ilişkide A'ya bir -l_<abul beyanında bulunması hatta bu beyanın A'ya varması şarttır. Üstelik demek için, söz konusu kabul beyanını BK. m. 9'da öngörülen sınırlar içinde geri alarak, bu aşamada bile sözleşmenin kurulmasını engellemek imkanı açıktır.

m. Hukuki İşlemin Doğurduğu Hukuki Sonuçlara Göre Çeşitleri

Bu açıdan hukuki işlemler, özellikle şu ayrımlara tabı tutulabilir:

- 1 - Sağlar arası ve ölüme bağlı hukuki işlemler,
- 2 - Kişiyeye ilişkin (malvarlığı dışı) ve malvarlığına ilişkin hukuki işlemler,
- 2- Borçlanma (taahhüt) işlemleri ve tasarruf işlemleri,
- 4 - Kazandırma kavramının içinde yer alan kazandırıcı işlemler.

Biz, bilinenleri tekrar etmemek için, sadece *kazandırma* ve *kazandırmanın hukukf sebebi kavramları* üzerinde biraz durmak ve bu vesile ile BK. m. 17'de düzenlenen soyut (mücerret) borç sözleşmelerini incelemek istiyoruz.

1. Kazandırma Kavramı⁶⁶

a. Genel Olarak

- 38 Kazandırma öyle bir fiildir ki, bununla bir kimse malvarlığından veya çalışma gücünden diğerine *malvarlığına ilişkin* (= mameleki) *bir menfaat sağlar. Bu menfaat, ya karşı tarafın malvarlığının aktif kısmında bir artma*

66) Bkz. v. **Tuhr/Peter**, § 26, s. 198 vd.; v. **Tuhr**, AT, § 71, s. 49.

olması, ya da bahis konusu malvarlığımdan bir şey çıkmasına engel olun-
!n ası şe • nne l<effdını ösforir

Kazandınna, hukuki işlemler alanını aşın, daha geniş bir kavramdır. Çünkü bir kimse hukuki işlem niteliğini taşımayan bazı hukuki fiillerle de kazandınna yapabilir. Örneğin, maddf bir fiil de kazandırma teşkil edebilir. MK. m. 775'de düzenlenen işlem (mku ı tagyir) halinde, emeğin değeri işlenen şeyin değerinden az ise, mal şeyin malikine ait olacak, böylece işleyen maddi fiili ile ona bir kazandırmada bulunmuş sayılacaktır.

Bunun dışında, kazandırma özellikle hukuki iş- -yolu ile yapılır. Bu gibi lmk'uld işlemlere ka2-ndırıcı işlem diyon!Z, _B!}ndan böyle kazandırma derken de, ayrıca belirtme.dilççş, _ sayılan ..v.e..}!a _önerilerLnispeten az diğer ihtinüilleri"bir yana bırakıp, sadece hukuld-işlem niteliği taşıyan kazandır- maları. göz önünde tutacağız.

Kazandırıcı işlem bir tasarruf işlemi olabileceği gibi, bir borçlanma iş- lemi de olabilir. Satıcı B, alıcı A'ya satış konusu menkul malı teslim ettiği vakit (bunu *ayuf sözleşme* + *teslim* diye anlamak gerektiğini daha önce gördük), A'ya malın mülkiyetini kazandıran bu işlem tasarruf işlemi niteli- ğinde bir kazandırmadır. Aynı şey, A'nın B'yi borcundan ibra etmesi (ibra sözleşmesi) hali için de söylenebilir. Fakat, bir borçlanma işlemi de kazan- dırıcı bir işlem niteliğini taşıyabilir. Bir satış sözleşmesi ile hem satıcı alı- cıya, hem de alıcı satıcıya bir kazandırmada bulunmuş olurlar. Çünkü, satı- cı bu yoldan *alıcıya* şeyin teslimini ve mülkiyetini geçirilmesini istemeye, alıcı ise *satıcıya* satış bedeline (semene) ilişkin birer *alacak hakkı* kazan- dınnışlardır. Bir bağışlama vaadi sözleşmesinde ise, sadece bağışlayan bağışlanana (yine ona bir alacak hakkı kazandırmak suretiyle) bir kazan- dırmada bulunur.

b. Bazı kazandırma çeşitleri⁶⁷

aa. İvazlı (= karşılıklı) ve ivazsız (= karşılıksız) kazandırmalar

Kazandırmayı yapan kişi, karşı tarafa sağladığı malvarlığı menfaati kar- 39
şılığı bir edim elde ediyorsa kazandırma ivazlıdır. Yeter ki, söz konusu karşı edim, tarafların iradelerine göre, yapılan kazandırmanın karşılığını teşkil etsin. Bu açıdan satış, kira, hizmet vs. gibi iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerle yapılan kazandırmalar (örneğin gerek satıcının alıcıya, gerek- se alıcının satıcıya yaptığı kazandırma) ivazlı sayılır. Zira, taraflardan her biri, elde ettiği alacak hakkı karşılığı diğer tarafa karşı bir borç altına gir- mektedir.

67) Ayrıca bkz. **Enneccerus/Nipperdey**, § 147, IV, V, s. 913-914.

Buna karşı, kazandırma bir karşı edim mukabili yapılmıyor, karşı taraf kazandırmanın karşılığını teşkil etmek üzere mukabil bir fedakarlık altına girmiyorsa, kazandırma ivazsızdır (Bağışlama vaadinde olduğu gibi).

*bb. İştirakli (katımlı) kazandırmalar*⁶⁸

- 40 İvazlı kazandırma (Özel-ol-çeşidi-sayılabilecek-bu-gibi-durumlarda, A, B'ye bir kazandırma yapıyor (özellikle bir edim yükümlülüğü altına giniyor), onunla k 1 B'nin kazancına belirli bir nispette katılma hakkını elde ediyor. --- --

Bu gibi iştirakli (katımlı) kazandırmaların doğrudan doğruya kanun tarafından düzenlenmiş bazı çeşitleri vardır. Örneğin, hizmet sözleşmesine ilişkin BK. m. 323ff'i'ye göre "Ücretle birlikte *kardan bir hisse verilmesi* mukavele edilmiş ise iş sahibi işçiye yahut onun yerine iki tarafın veya hakimin tayin ettiği bigaraz kimseye kar ve zarar hakkında muktazi malfunatı vermeye ve lüzumu olan hesap defterinin muayenesine mücade etmeğe mecburdur" (iştirakli hizmet sözleşmesi). Hasılat kirası sözleşmesinin de iştirakli olarak yapılabilmesi BK. m. 270ff'i'de öngörülmüştür. Maddeye nazaran "Kira, ya nakit yahut devşirilecek semere veya hasılatın bir hissesi olabilir; ikinci surete *iştirakli kira* denir." Bunun gibi, bir neşir (= yayın) sözleşmesinin de (BK. m. 372 vd.) iştirakli olarak yapılması düşünülebilir. Yayınlayan (naşir), yayınlata (yazara) eserinin satışından elde edilecek kazanç üzerinde bir pay tanımışsa durum böyledir⁶⁹.

2. Kazandırmanın Hukuki Sebebi (Causa)⁷⁰

a. Hukuki sebep (Causa) kavramı ve çeşitleri

- 41 Bir kazandırma (sırf karşı tarafın bir malvarlığına menfaati sağlama) (sırf kazandırma) için yapılmaz. Her kazandırma onun yapılmasına yol açan bir *anracte (gaveye)* ayanır:- Kazandırma ile takip edilen amaç da, başka bir *enşme* için irvasıta olarak istenmiş olması mümkündür. Böylece her kazandırmanın *enşme* içindeki amaçlar yer alabilir. Örneğin, A, B'ye bir bağışlamada bulunurken, önce ona karşılıksız bir malvarlığı menfaati sağlamak, sonra da bu yoldan onu kendisine (ilerde bir

68) Ayrıca bkz. **Lehmann**, § 25, li, s. 145; **Oser/Schönenberger**, Vorbem. zu Art. 1-40, N. 59.

69) **Enneccerus/Nipperdey**, § 147, V, s. 914.

70) Bkz. ve karşı. **v. Tuhr**, AT, § 72, s. 62 vd.; **v. Tuhr/Peter**, § 26, II, s. 200 vd.; **Jiggi**, Art. 1, N. 85 vd.; **Lehmann**, § 25, III, s. 145 vd.; **Enneccerus/Nipperdey**, § 148, I, s. 914 vd.; **Schwarz**, s. 279 vd.; **Sungurbey**, Borç ikrarı ve borç vaadi, İstanbul 1957, s. 3 vd.; Creutzig, Das selbständige Schuldversprechen, Basel 1969, s. 93 vd.

ba,.kn işt yardımcı olabileceği düşüncesi ile) minnettar bırakmak istemektedir.

Kazandımla ile dof:rudan doğruya tnk i[>edilen, k azand:'. a hukukf karakterini , eren yanı ona uygu anacak hukuk kurallarını tayin eden) tipik amaca /111 -uki' sebc.u U > ven ır. Ancak burada tarafların oir taraflı amaçları (gayeleri) değil, üzerinde (sarih veya zımni olarak) anlaştık/arı amaf esas tutulur (sebeup anlaşması = kazandırmanın amacına ilişkin anlaşma)^{71, 2}.

Kazandının hukukı sebepleri, Roma Hukukundan gelen bir ayırım 42 esas alınarak, genellikle üç gruba ayrılır:

- 1 - Alacak veya iktisap (= kazanma, edinme) sebebi (*causa credendi* veya *acquirendi*).
- 2 - İfa sebebi (*causa solvendi*)
- 3 - Bağışlama sebebi (*causa donandi*).

İJ... 'lisap (veya daha dar bir ifade ile alacak) sebebi halinde A, B'ye, onun da kendisine bir kaza dırma a ması amacı ile, başka bir deyişle -giriştiği fed kJrJı kar.şihği mukabiL.b.ir.ha.k y e y menfaat elde etmek üzere (tarafılır bu konuda anlaşıyorlar) qi!: kazandırmada b l nuy-or. Bfr satış sözleşmesinde satıcın alıcıya, alıcının satıcıya yaptığı kazandırmalar (her • ilösünün de malvarlığında diğerine karşı öne sürülebilecek bir alacak hakkı d.9-ğuyor) buna iyi bj.r ÖfTiy}ç olabilir. A, B'ye yüz bin lirayı ödünç olarak verdiği zaman da durum böyledir. B öyJ_e_çe A, qir yandan B'nin !Jlalvarlıgındaöir artma sağlarken, diğer yandan B'ye karşı, verdiği parayı geri al- ~ mak üzere bir alacak elde ediyor, bu nokta tarafların amaç (gaye) anlaşma-sına konu oluyor.

İfa sebebi, özellikle tasarruf işlemlerinde karşımıza çıkıyor ve an kazandırmam amacının önceden mevcut bir borcu yerine getirmek olduğu hususunda tarafların anlaşmış bulunduğunu ı a 9jy ul , sa, tış...sözleşme-s({ ! \$ l ? orçlandığı halıy_ ı lıcı B'ye'te slıip. ettiği v t., bu !agruf i l ifa ~ sebebLile yapılıyor)⁷³.

Bağışlama sebebinde ise, bir borcun ifası veya kazandırma yapanın

71) İstisna olarak, bazen, bir taraflı hukuki işlemlerde, kazandırmayı yapanın hukuki sebebi de *bir taraflı* olarak tayin etmesi mümkündür. Örneğin, vakıf kurma işleminde, ilan yolu ile ödül (mükafat) vaadinde (BK. m. 8), bir vasiyetname ile yapılan ölüme bağlı kazandırma vs. durum böyledir (v. **Tuhr**, AT, § 72, III, s. 80-81). Burada verilen ilan yolu ile ödül vaadi örneği, bunu bir taraflı bir hukuki işlem sayan hakim görüşe dayanıyor.

72) Hukuki sebep kavramına ilişkin, bizim katılmadığımız bir başka anlayış için bkz. **Creutzig**, not 70'de age, s. 106 vd. ve oradaki yollamalar.

73) "Teslim" derken "aynı sözleşme+ teslim"i kastettiğimizi tekrar hatırlatmak isteriz.

mul-abil bir hak elde etmesi söz konusu olmaksızın, sırf karşı tarafa ivazsız (karşılıksız) bir malvarlığı menfaati sağlamak amacı ile hareket ediliyor⁷⁴.

Bahis konusu üçlü ayırım (en çok rastlanan, en önemli sayılabilecek *causa*'ları ihativa etmekle *berabef*) *Taliaidf* (=sınırlayıcı) değildir:- Bunların dışınaalcalan başka hukuki sebepler de bulunabilir-Öi:ffelec olarak *tecdit*(= *yenileme*) *sebeoini* (*causa novandi*) gösterebiliü; şur ada taraflar, yerine y_enisini geçirmek üzere.eski borcu.ortadan kaldırıyorlar.

- 43 Hukuki sebebi, *saiklerden* dikkatle ayırmak gerekir. *Hukuki sebep* belirli tip kazandırmalarda daima aynı kalan, esasen ilgili kazandırmaya hukuki karakterini veren, taraflar arasında uyuşma konusu olmuş tipik amaçtır. Bir satış sözleşmesi ile yapılan kazandırmalarda hukuki sebep daima iktisap (alacak) sebebi, bir bağışlamada hukuki sebep daima bağışlama sebebidir. *Saikler* ise, tarafları bahis konusu kazandırmayı yapmaya sevk eden, geçmişe, şimdiye veya geleceğe ait çok çeşitli, her şahsa ve her olaya göre değişebilen tasavvurlardır. A'run B'ye malını satmasına, onun ilerde bu malın fiyatının düşeceği yolundaki kanaati veya üçüncü bir kişinin ricasını yerine getirme amacı yol açmış bulunabilir. Her iki halde de, saikin farklı olması kazandırmanın hukuki karakteri, ona uygulanacak hukuk normları üzerinde etkili olmaz. Esasen her şahsın bir taraflı olarak takip ettiği bu gibi uzak amaçların tarafların anlaşmasına konu olmasına, yapılan hukuk<l işlemin içeriğine girmesine, hatta diğer tarafça bilinmesine bile ihtiyaç yoktur. Bunlar, taraflardan birinin, çok defa tamamen *bir taraflı* kalan kişisel amaçlarıdır, onu bu işlemi yapmaya iten düşüncelerdir.

*Saikler, kuı qı olgı;ak, 'l. uku arçı al nımaz, önem taşımazlar. Bununla beraber, bu kuralın bazı istisnaları varçır*⁷⁵.

1- Taraflardan birinin hukuki işlemi ypmasına sebep olan saik, yine tarafların arilaşmasıileliillrukf işlemin *şartı* haline getirilmiş olabilir. (BK. m.1'49""9"d. . J--;-i-sranbul 'a"tayin ofacağı kanaati ile B'nin evini kiralarsa, A'run bahis konusu saiki hukuki işlemin hükümleri üzerinde bir rol oynamaz. A ile B anlaşarak, kira sözleşmesinin hüküm doğurmasını A'run İstanbul'a tayin edilmesine bağlarsa (şartlı kira sözleşmesi) durum değişir.

2 - *Hile* (aldatma) ve *ikrah* (korkutma) (BK. m. 28, 29) hallerinde, hukuk düzeninin uygun bulmadığı saiklerin etkisi altında yapılan hukuki işlem iptal edilebilir.

74) *Bağışlama* sebebine çok yalan bir sebep de vakıf sebebidir. Bunun gibi (prensip olarak ivazsız olan) *ölüme bağlı kazandırma* sebebi de, v. **Tuhr** tarafından geniş anlamda bağışlama sebebine dahil ediliyor (v. **Tubr**, AT, § 72, II, 3, s. 75; v. **Tuhr/Peter**, § 26, II, 3, s. 192).

75) **Lebmann**, § 25, III, 2. a, s. 147; v. **Tuhr/Peter**, § 36, II, s. 300.

3 - Alclfid saik hntnları, hukuki işlemin geçerliliği üzerinde etkisiz olduktan lınlđ. bahis konusu snik hntnsı BK. m. 24/1, b. 4 nınlumındn bir temel hatası niteliğini kazanmışsa durum değışir. Zira temel hutosı yapılan işlemin iptalini mümkün kılan esaslı bir hatn sayılmıştır.

b. ScbcJuiğlı illi .c sch_g>tcn mficc_ri! (soyut) kı znn_dir:mılır

aa. Genel Olarak

Taraflarca takip olunan ve üzerinde uyuşulan hukuki amaç (gaye), ka- 44
zanatınayı içefenlfüRuRıışlemiiCbfr parças-i(cüzü) haline gctirilırüşsc,
kiiandınna sebebe-bağlıdır-İillidir). Bu dununda kazandırmanın geçerli
-orınası ve hüküm doğurması için, geçerli bir hukuki sebebin mevcut olması
şarttır.

Buna karşı hukuki sebep, kazandırmayı içeren hukuki işlemin (geniş
anlarıda) olgusundan çıkarılmış, kazandırma hukuki sebepten soyutlanmış
olabilir. Bu gibi, hukuki sebebi göstermeyen, ondan ayrılmış bulunan ka-
zandırmalar mücerrettir (soyuttur). Öyle ki, kazandırma geçerli bir hukuki
sebebe bulunmasa bile geçerli olur ve hüküm ifade eder. Ancak karşı tarafın
bu yoldan elde ettiğı malvarlığı menfaati geçerli bir hukuki sebebe dayan-
madığından "sebepsizdir" ve kazandırmanın bir sebepsiz iktisap talebine
konu teşkil eder (BK. m. 61 vd).

bb. Sebebe bağlı ve sebepten mücerret (soyut) borçlanma işlemleri
(Özellikle soyut borç ikrarı) (BK. m. 17).

Borçlanma işlemleri, kural olarak, sebebe bağlıdır. Satış, kira vs. gibi 45
borç sözleşmelerini,,le alım. !?unlar<!a l! e bt tih ısqzleşmerun
içinde, kendindedir- . Satıcı A, şeyj B'y onun se_me_n borcu karşılığı (ikti-
sap Veya alacak sebebi), B'de satı-ş delin_i A'ya onUILşeyi-kendisine dev-
r t me borcu Karşılığı (yine iktisa veya alalcsebebi) borçlanmışlardır.
Aynı şey-kira-örneğı erfoden tekrar ilebiVr.

Bununla beraber, istisna olarak, bir borç sözleşmesinin soyut (mücerret)
olarak kurulması da mümkündür. B'nin A'ya bir senet vererek "A'ya bin

76) Flume'nin (§ 12, II, 4. b, s. 169 vd.) ifadesi ile, sebebe bağlı borç sözleşmesinde üzerin-
de uyuşulan alacakların hukuki sebebi her zaman tümü ile sebebe bağlı işlemin kendisi-
dir (Aynca krş. Schwarz, s. 284; v. Tuhr/Peter, § 32, I, s. 266). - Öyle sanıyoruz ki,
gerçekte, borç sözleşmesinin değil, borç sözleşmesi ile yapılan kazandınnanın veya ka-
zandınnalann hukuki sebebinden bahsetmek daha doğru olur (Ayrıca bkz. Carbonnier,
Droit civil, tome 4, Les Obligations, 16. ed., Paris, 1992, s. 125). İki tarafa borç yükle-
yen bir sözleşmede, bu sözleşme ile taraflardan her biri diğerine borçlanarak ona bir ka-
zandınnna yapmış durumdadır.

lira borçluyum" demek le yetindiğini farz edelim. Bu ömekt... B'yi A'ya karşı bin lira borç altına sokan borç sözleşmesinin⁷⁷ hukuki sebebi b dır. B, örneğin a önce yaptıkları satış sözleşmesi den doğan semerelerden dolayı veya A'dan aldığı ödünç karşılığı olarak düzenlenmiş olabilir yahut söz konusu senet bir bağışlama taahhüdünü içerebilir. Böyle hukuki sebebi göstermeyen, hukuki sebepten soyutlanmış olarak düzenlenen borç sözleşmelerinin (mücerret= soyut borç ikrarı veya borç vaadi)⁷⁸ geçerli olduğunu BK. m. 17 şöyle ifade ediyor:

"Borcun sebebini ihtiva etmemiş olsa bile borç ikrarı muteberdir."

Soyut borç ikrarının en büyük pratik yaran, ihtilaf halinde, alacaklıya borca esas olan hukuki sebebi isata mecbur olma<: n, sırf bahis konusu borç senede ayanara avamak imkanını bahsetmesidir. Hukuki sebebi ve onun geçerli olmadığı ispat borçluya düşmektedir⁷⁹. Örneğin, davacının başka bir şeyi ispat etmeye gerek bulunmaksızın sadece soyut borç ikrarına dayanan çeki, irade, davalı, önce bu ikrarı hangi hukuk sebebiyle dayandığını (yerine göre bir satış, kira, ödünç sözleşmesi veya başka ilişki olabilir) ispat ettikten sonra, bu sebebe dayalı olarak tüm itirazları defileri (sözleşme hukuka, veya ahlaka aykırıdır, muvazaa, hırs, sövüşme şekli eksikliği vardır, zamanaşlı süresi geçmiştir biçimindeki savud. illalar birer örnek olarak gösterilebilir) öne sürmek imkanını kazanır.

77) Soyut borç ikrarı veya borç vaadi durumunda bir taraflı bir taahhüt söz konusu olmayıp, taraflardan yalnız birini borç altına sokan bir sözleşme vardır. Karşı taraf bunu açık biçimde veya yerine göre iradeyi gösteren hareketlerle kabul etmiş olabilir (Schmidlin, Art. 17, N. 35; **Schwenzer**, Basler Komm., Art. 17, N. 3; **Bucher**, AT, s. 60; v. **Tuhr/Peter**, § 32, I, s. 267; **Eren**, s. 179; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Aktop**, s. 137). Buna karşı, bazı İsviçreli yazarlara göre, burada bir sözleşme değil sadece borçlunun bir taraflı bir beyanı söz konusudur (**Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 1177; **Tevini Du Pasquier**, CR., Art. 17, N. 4; **Krauskopf**, Der Begriff, die Erscheinungsformen und die Bedeutung der Schuldanerkennung im Obligationenrecht, recht 2005/5, s. 172).

78) "Borç ikrarı" (borcun tanınması) ile "borç vaadi" arasında kavram olarak fark vardır. Borç ikrarında, borçlu sadece bir borcunun bulunduğunu belirtmekle yetinmektedir ("A'ya bin lira borçluyum"). Borç vaadinde ise, daha ileri gidilerek bir borcun yerine getirilmesi taahhüt edilmektedir ("A'ya bin lira ödemeyi kabul ediyorum"). Ne var ki, bir borcun varlığını kabul etmek, ister istemez, hiç değilse örtülü biçimde onun ödemesini de taahhüt etmek (yani tanınan borcun gereğini yerine getirmeyi vaat etmek) anlamını da taşıdığından, bu aynın pratik bir değer taşımaz ve her ilci halde de BK. m. 17 hükmü uygulama alanı bulur (Özellikle bkz. **E. Muster**, La reconnaissance de dette abstraite, Geneve, Zürich, Bale, 2004, s. 81, 87; **Schmidlin**, Art. 17, N. 18; **Eren**, s. 179; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 137).

79) Yargıtayın 12.4.1933 tarihli ve 30/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararıma göre "...Eğer borcun sebebi tayin olunmamış ise, müddealeyle evvela ikrarın bir sebebi *muayyeni bulunduğunu, saniyen bu sebebin tahakkuk etmediğini* isbat hakkını haizdir." Ancak yerleşmiş Yargıtay içtihatlarına göre "her ilci nitelikteki iddianın da tanıkla ispatına Usulün 290. maddesi engeldir" (Yarg. 4. HD., 22.9.1978, E. 11673, K. 10275, **Uygur**, cilt 1, s. 717). Bu noktanın sadece yazılı borç ikrarları için geçerli olduğu kuşkusuzdur.

Davnlının hukuki sebebi bir yana bırakıp, "duvn konusu borç ikrnrı benden ikrah (tehdit) yolu ile alındı" veya "bu borç ikrarını imzalayıp verdiğim sırada ayırt etme (temyiz) gücünden yoksun bulunuyordum" şeklinde *domi-*
nidan doil;n()'a borç ikrarına yönelik snV1ınnınlr yapması da mümkündür ¹.

caba soyut borç sözleşmesinin mutlaka *yazılı* biçimde düzenlenmesi 46
şart mıdır? BGB §§ 780-781, elcktTonik şekle bnşvunılmasını açık biçimde yasaklayarak, ya.zılı biçimde düzenlemeyi şart koşuyor. İsviçre-Türk Hukuklarında. BK. m. 17 bir şekil şartı öngörmediği halde, azınlıkta kalan bir görüş, "vaadi, ona esas teşkil eden sebepten ayrılarak ifade etmek i?in herhangi bir şekle ihtiyaç vardır" gerekçesiyle yazılı şekli şart koşuyor ¹. Buna karşı, büyük çoğunluğa göre, (bazen şekilsizliği esas alan BK. m. 11/I hükmünden de hareket ederek) BK. m. 17'deki soyut borç ikrarı için mutlak.-a yazılı şekle uyma zorunluluğu bulunmadığı kabul ediliyor⁸². Ne var ki, bu fıkre göre de, soyut borç ikrarının dayandığı hukuki sebep şekle uyulmayı zorunlu kılmış olabilir. Örneğin soyut borç ikrarı bağışlama sebebiyle yapılmışs? tıpkı sebebe bağlı bir bağışlama vaadi sözleşmesinde olduğu gibi, BK. m. 238/I hükmü uygulanır ve yazılı şekil zorunlu olur⁸³. Bizce, *de lege ferenda*, tıpkı Alınan Hukukunda olduğu gibi, BK. m. 17'yi sadece "yazılı" borç ikrarları için geçerli bir hüküm olarak düzenlemek yerinde olur. Aşağıdaki açıklamalarımızda da, yalnız yazılı borç ikrarlarını esas alıyoruz.

BK. m. 17'de sözü edilen soyutluktan ne anlaşılacağı son derece tartışmalı olup, karşımıza üç görüş çıkmaktadır: 47

1 -*Birinci görüş*: Fransız Hukukundan gelen, günümüz İsviçre öğretisinde neredeyse oybirliğiyle kabul edilen, Federal Mahkeme tarafından da benimsenen bir görüş olup buna göre, BK. m. 17'de düzenlenen soyut borç ikrarı bir *ispat mücerret/iğini (soyutluğunu)* ifade etmekten öteye geçmemektedir⁸⁴. Böyle bir senedin borçlu tarafından verilmesi ile, alacaklı hak-

80) Özellikle bkz. **Schmidlin**, Art. 17, N. 51-52; **Muster**, not 78'de age, s. 113 vd.

81) **Schwarz**, s. 286; **v. Tuhr/Peter**, § 32, I, s. 249.

82) Örnek olarak bkz. **Muster**, not 78'de age, s. 92; **Oser/Schönenberger**, Art. 17, N. 9; **Schmidlin**, Art. 17, N. 38; **Tevini Du Pasquier**, CR, Art. 17, N. 5; **Schwenzer**, Basler Komm., Art. 17, N. 3; **Sungurbey**, not 70'de age, s. 66; **Eren**, s. 179. Her şeye rağmen, şunu belirtmek gerekiyor ki, büyük ispat zorlukları yüzünden (bkz. belirli bir değer üstündeki alacaklar için senetle ispat zorunluluğunu öngören HUMK. m. 288) yazılı olmayan soyut borç ikrarlarının uygulamada fazla bir değeri bulunmuyor (Bkz. **Muster**, not 78'de age, s. 93-94).

83) **Sungurbey**, not 70'de age, s. 68.

84) Örnek olarak bkz. **Oser/Schönenberger**, Art. 17, N. 13, 19 vd.; **Yung**, La theorie de l'obligation abstraite et la reconnaissance de dette non causee en droit suisse, Geneve 1930, s. 93 vd.; **Schmidlin**, Art. 17, N. 50 vd.; **Schwenzer**, N. 3.47; 3.48; **Muster**, not 78'de age, s. 99; BGE. 131.III.268 veya Praxis 2006/2, s. 146. -Türk Hukukunda bu görüşte: **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö**, s. 140-142; **Tandoğan**, Notions, s. 101;

kını ileri sürmek için sadece bu borç ikrarına dayanarak davasını açabilmekte, böylece hukuki sebebi ispat külfetinden kurtulmakta, tam tersine geçerli bir hukuki sebebin bulunmadığı borçlu tarafından ispat olunmak gerekmektedir. Borçlu bunu ispat etmeğe muvaffak olursa, alacaklının dayandığı alacağın hükümsüz olduğu tespit olunacaktır. Görüldüğü gibi, *bu görüş açısmadan, BK. m. 17, borcun sebebini bildirmeyen bir borç ikrarında, aksi borçlu tarafından ispat edilmedikçe, haklı ve geçerli bir hukukîf sebebin bulunduğunu karine olarak kabul etmeA.'ten başka bir şey yapmaJ..1adır*⁸⁵. Ortada sadece bir ispat sözleşmesi vardır.

Bu görüş çerçevesinde, hakim dava dosyasından ileri sürülen soyut alacağın temelinde kesin hükümsüz bir borç ilişkisinin yattığını veya borcun ödeme, takas gibi yollardan sona ermiş bulunduğunu anlarsa, bunu re'sen (kendiliğinden) göz önünde tutup davayı reddedebilir.

- 48 Bu görüşü savunanların bir bölümüne göre, soyut bir borç vaadinde bulunan borçlu, bununla içeriği bakımından temel borç ile aynı, fakat ona bağımlı yeni bir borç meydana getirir. Öyle ki, borç ikrarından doğan bu borcun varlığı ve geçerliliği temel borç mevcut ve geçerli olmasına bağlıdır. Temel borç mevcut veya geçerli değilse, borç ikrarı veya vaadinden de bir borç doğmaz yahut doğan borç geçerli olmaz.⁸⁶ Görüldüğü gibi, bu görüşte, sadece bir ispat soyutluğu ile yetinilmemekte ve temel ilişkiye (hukuki sebebe) bağlı yeni bir borcun doğumuna imkan tanımak suretiyle borç ikrarına aynı zamanda kurucu bir nitelik de kazandırılmaktadır.
- 49 2 - İkinci görüş: Alman Hukukunda benimsenmiş bulunan ve başta v. Tuhr olmak üzere bazı yazarlar tarafından savunulan ikinci fikir, soyut borç ikrarına kurucu (= ihdası) bir nitelik tanıyor⁸⁷. Buna nazaran, soyut borç ikrarı ile birlikte, temel borç ilişkisinden doğmuş alacağın yanında, onunla yataklı (= telahuk eden), temel alacaktan bağımsız yeni bir alacak kurulur⁸⁸. Bu görüşün doğal bir sonucu olarak, temel borç ilişkisi geçersiz bile

Esener, Türk Hususi Hukukunda muvazaalı muameleler, İstanbul 1956, s. 44 vd.; **Kılıçoğlu**, 7. bası, s. 35; **Eren**, s. 180. Ayrıca krş. **Esener**, s. 187 vd.

85) **Yung**, not 84'de age, s. 101.

86) **Schönenberger/Jürgi**, Art. 17, N. 13 vd.; **Gauch/Schjuep/Schmid**, N. 1 181; **Merz**, Vertrag, N. 67, 70 ve not 50. Bu anlayışın eleştirilmesi için bkz. **Tevini du Pasquier**, CR, Art. 17, N. 8.

87) Bu fikirde; v. **Tuhr/Peter**, § 32, III, s. 250; **Sungurbey**, not 70'de age, s. 40 vd.; **Schwarz**, s. 286; **İnan**, s. 126, 127; **N. İnan**, Türk Hukukunda hatır senetleri ve özellikle hatır bonoları, Ankara 1969, s. 99; **Oğuzman/Öz**, 4. Bası, s. 162. Yeni İsviçre öğretisinde, çok büyük bir istisna olarak bu görüşte: **Huwiler**, Basler Komm., Art. 67, N. 2, 13.

88) Aynı hukuki sonucu meydana getirmeye yönelmiş birden fazla hakkın yan yana bulunması halinde *hakların yanışması* (= telahuku) söz konusu olur. Yanışma özellikle talep haklarında önem taşır. Bir kimse aynı içerikte iki talep hakkını haiz ise, yani iki ayrı hukukî sebepten ötürü aynı edimin yerine getirilmesini isteyebiliyorsa, *taleplerin yanışmasından* bahsedilir. Bu durumda hak sahibi, hakkını sadece bir defa elde edecektir. Talep haklarından bir tanesinin konusu borçlu tarafından ifa edilirse, diğeri de düşer (Özel olarak bkz. v. **Tuhr/Peter**, § 5, s. 36 vd.). Örnek: Malını B'ye kiraya vermiş bulunan malik A'nın, kira

olsa. so ut borç ikrnn geçerliliğini konır. Ortada sndece alıcının in alıncınlr-
hğmdn sebepsiz iktisaba yol açan geçerli bir nlncak hakkı vardır. Bu yüz-
den. birinci görüşten farklı olarak, hakim durumu dnuv dosyasından öğren-
se bik bunu re'sen gözönünde t1ltup davayı redelcdeinczR⁹

İnceleme konusu yaptığımız ikinci görüş açısından ilk akla gelen soru
şu olacaktır: So **bor ikrarı ile yeni** ve bağımsız bir alaca⁹ ku⁹lduğuna
göre. bu alacanın eskisinin yerime geçliği, **yeni 1:irlecat** (= yenileme) yolu-
na gidilmediği söyl :ııcm-ez mi? B. A'ya aralarındaki satış ilişkisi sebebiyle on
'bın lira borçlu olsun. O, A'ya karşı **soyutoıroörç-ıl<faiıııııd5ufi@augu** za-
man. bu ikrartie-1rnn1lnı. confbin liralı<yeni-alacanın⁹ temel borç ilişkisin-
den doğan oıı bin liralık alacağı düşürüp onun yerine geçtiği düşünülemez
Jl:li? Bu, şüphesiz, imkan dahilindedir. Ne var ki, BK. m. 114 gereğince,
tecdit (yenileme) lehine bir karine yoktur. Tam tersine, tarafların tecdit
niyeti ile hareket ettiklerinin açıkça anlaşılması gerekir. Özellikle, BK. m.
114/II'ye göre, "... *mevcut bir borç için ... yeni bir alacak senedi ... imza*
etmek, tecdidi tazammun etmez. Bununla beraber, bu hükmün aksine dair
akdolunau mukaveleler muteberdir."

Şu halde, açıkça aksi kararlaştırılmamışsa, mevcut borç için soyut bir
borç senedi verildiği zaman, bu, *ifa uğruna (ifa amacı ile)* verilmiş sayıla-
cak⁹⁰; alacaklının, borçluya karşı biri temel ilişkiden, diğeri soyut borç ikra-
rından doğan ve yansıyan iki alacak hakkı bulunacaktır. Ancak, taraflar ara-

sona erince malını B'den geri almak için yansıyan talep hakkı vardır: Borç (kira) ilişkisin-
den doğan talep hakkı (BK. m. 266/1) ve mülkiyet hakkından doğan istihkak talebi (MK.
m. 683). A, kiradan doğan talep hakkını öne sürüp malı geri alınca diğeri talep hakkı da dü-
şer. - Taleplerin yarışması kavramına karşı, özellikle modern Usul Hukuku prensipleri
açısından **Larenz'in** yönelttiği eleştiriler için bkz. **Larenz**, AT, s. 266-267; **Kocayusufpa-**
şaoğlu, Annales, 12. Année, tome XIII, No. 19, 1963, s. 116 vd. daki yazı.

89) Bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak**, s. 141; **Oğuzman/Öz**, 4. Bası, s. 162.

90) Alacaklı ve borçlu, ifa sırasında, borçlunun borç konusu edim dışında kalan bir başka
edimi yerine getirerek borcunu ifa etmesi hususunda anlaşılırsa, *ifa yerine edim (datio*
in solutum) durumu vardır. Örneğin, bir otomobil teslim etmesi gereken borçlu, tarafla-
nın anlaşması ile 40.000 lira veya değerli bir halı vererek borcundan kurtuluyor. *İfa uğ-*
runa (amaç ile) edim halinde durum farklıdır. Bu halde, yine tarafların anlaşması ile,
borçlu alacaklıya borç konusu edim dışında kalan bir şey veriyor (örneğin, 40.000 lira-
lık borcunu ödemek için otomobilini yahut Ü'ye karşı olan 40.000 liralık alacağını
A'ya devrediyor). Ne var ki, *borç*, bir önceki ihtimalden farklı olarak, *şeyin verilmesi*
ile ifa edilmiş olmuyor, düşmüyor. Borcun düşmesi için, alacaklının kendisine verilen
şeyi paraya çevirip alacağını elde etmesi (ifa uğruna verilen otomobil satılıyor, devre-
dilen alacak Ü'den tahsil ediliyor) gerekiyor. Alacaklı, verilen örnekte ifa uğruna veri-
len otomobili 30.000 liraya satarsa, B'nin borcu da ancak 30.000 lira nispetinde düşe-
cektir. Aynı satıştan alacaklı 50.000 lira elde etseydi, alacağını aşan kısmı borçluya ge-
ri vermesi icap edecekti (Bkz. v. **Tuhr/Escher**, § 56, s.11 vd.; BK. m. 170). - *ifa yeri-*
ne edim ile tecdit(= yenileme) (BK. m. 114) arasında da fark vardır. İfa yerine edim
halinde borçlu borcundan tamamen kurtulduğu halde, tecditte eskisinin yerine geçen
yeni bir borçla yükümlü olmaktadır (**Sungurbey**, not 70'de age., s. 89).

sındaki anlaşmadan veya ifa uğruna (amacı ile) girilen soyut borç ikrarının amacından şu sonuca vannaak gerekecektir: Alacaklı, alacağını elde etmek için *önce* soyut borç vaadine dayanmak zorundadır. O, bu alacağı k.7.İllanmadan, doğrudan doğruya temel ilişkiden doğan alacağını takip ederse, borçlu kendisine karşı *geciktirici bir defî* ileri sürmek hakkına sahiptir⁹¹.

Alacaklı, *soyut alacağını* elde edince, temel ilişkiden doğan alacak da düşer. Bu sonuç, soyut alacağın hukuki sebebinden (ifa uğruna yapılmış olmasından) kolaylıkla anlaşılır. Buna karşı, *temel ilişkiden doğan borcun* borçlu tarafında ifa edilmesi halinde soyut alacak kendiliğinden ortadan kalkmaz. Zira, söz konusu alacak hukuki sebepten soyutlanarak kurulmuştur. Kural olarak, geçerli bir hukuki sebebi bulunmadığı veya hukuki sebebi gerçekleşmediği zaman da (borçlunun sebepsiz iktisap talebi saklı kalmak üzere) mevcuttur. Aynı şekilde, ifa yolu ile temel alacağın düşürülmesi suretiyle hukuki sebebi sonradan ortadan kalksa bile, geçerli olarak kalır⁹². Şu var ki, bundan böyle alacaklının malvarlığında devam edegelen bahis konusu soyut alacak hakkı, bir sebepsiz iktisap teşkil eder ve borçlunun bu alacağın ibra yolu ile ortadan kaldırılmasını ve verilen borç senedinin iadesini *sebepsiz iktisap* talebi ile (BK. m. 61 vd.) öne sürmesi veya alacaklı kendisini soyut alacağa dayanarak dava ettiği zaman sebepsiz iktisap define dayanması imkan dahiline girer⁹³. Bütün bu anlatılanlardan da, temel ilişkiden doğan alacak hakkı ile soyut alacak hakkı arasındaki yarışmanın tam değil *eksik bir yarışma* olduğu sonucu çıkar⁹⁴.

SO Türk öğretisinde hayli taraftar toplayan ikinci görüşün kanunda kendisine açık bir dayanak bulduğunu belirtmek icap eder⁹⁵. Gerçekten Borçlar Kanununun sebepsiz iktisaplarla ilgili 66. maddesinin 2. cümlesi aynen şöyle demektedir:

"Eğer mal il...-tisabı mutazarrır olan taraf aleyhinde bir borç teşkilinden ibaret ise mutaza,nrın liakJ..1 mürru zaman ile salrı olmuş olsa bile bu borcu ifa etmez."

Bu hüküm, ancak soyut borç ikrarının ikinci görüş anlamında kuruculuğunu kabul eden bir hukuk sisteminde anlam taşır. Çünkü, ancak bu haldedir ki, geçerli bir hukuki sebep bulunmadığı halde alacaklının malvarlığına sebepsiz olarak giren, bu yüzden de borçlu aleyhine bir sebepsiz iktisap teşkil eden bir alacak hakkı söz konusu olur. BK. m. 66/c. 2'ye göre, borçlunun bahis konusu alacağa karşı ileri sürebileceği sebepsiz iktisap

91) **Sungurbey**, not 70'de age., s. 91; **v. Tuhr/Escber**, § 56, II, s. 13.

92) **Sungurbey**, not 70'de age., s. 91.

93) **Schwarz**, s. 286-287; **v. Tuhr/Peter**, § 32, ili, s. 270.

94) **Sungurbey**, not 70'de age., s. 91. Ayrıca bkz. **v. Tuhr/Escber**, § 56, not 20.

95) Bu görüş taraftarlarının, soyut borç ikrarının kurucu olduğunu ispat için dayandıkları en başta gelen gerekçe budur.

rnlebi zamannşımına uğrasn bile (BK. m. 66/c. 1), o, kendisinden bu alacağı isteyen alacaklıya karşı her zaman *sebepsiz iktisap deflni* (daimi=sürekli defi) öne sürüp ifadan kaçınabilcccctir. Birinci görüşe uygun biçimde, soyut borç ikrarının bir ispat sözleşmesinden ileri gitmediği, temel borç ilişkisinden doğan alacak yanında, ondan *bağımsız* yeni bir soyut alacak kurulmadığı kabul edilirse, geçerli bir hukuki' sebebin (dolayısı ile mevcut geçerli bir temel alacağın) bulunmadığı hallerde, soyut borç ikrarı sonucu alacaklının malvarlığında sebepsiz iktisap teşkil etmesi düşünülebilecek herhangi bir alacak hakkı meydana gelmeyecektir. Esasen birinci fikir taraftarları, BK. m. 66/c. 2'ye ölü bir hüküm gözü ile bakmaktadır.

3 - *Üçüncü görüş*: Bizim de üstün tuttuğumuz bu görüşe göre, BK. m. 17'nin ifadesi renksizdir. Bu madde, sadece sebebi gösterilmeyen bir borç iktanın geçerli olduğunu belirtmekte, fakat bundan söz konusu ikrara hangi sonuçların bağlanması gerektiği anlaşılmamaktadır. Borçlar Hukuk.Ulluzun temel ilkesi olan "sözleşme serbestisi" (BK. m. 19/1) uyarınca, tarafların dilerlerse birinci görüşe uygun biçimde sadece bir ispat soyutluğu ile yetinmeleri mümkün olduğu gibi, onlar isterlerse, ikinci görüş anlamında kurucu bir borç vaadi de düzenleyebilir⁹⁶. Bu ikinci yol tercih edildiği zaman, BK. m. 66/c. 2 hükmü uygulama alanı bulacağından, bunun ölü bir hükme dönüştüğünden söz etmek imkanı da hiç kuşkusuz kalmaz.

Bu görüşün biraz değişik bir versiyonuna göre⁹⁷, soyut borç ikrarında iki ihtimal vardır: Birinci halde, borçlu, (güven ilkesine göre karşı tarafça anlaşılabilir biçimde) yeni bir borç altına girme iradesini taşımaksızın, sadece kendi bilgisine göre bir borcunun mevcut olduğunu ifade etmekle yetinmekte, yani borç doğurucu bir irade beyanında bulunmamaktadır. Bu beyan bir bilgi (görüş) bildiriminden ibarettir. *Her iki tarafın da, borcun* (hiç değilse borç ikrarına konu olan miktar itibariyle) *varlığı konusunda mutabık oldukları durumlarda*, borçluda yeni bir borç doğurma iradesinin varlığını kabul etmek, aksi ispat edilmedikçe söz konusu olamaz. Buna karşı, *borcun varlığı veya miktar taraflar arasında ihtil<ijli veya kuşkulu ise*, borçlu (sulh sözleşmesindeki duruma benzer biçimde) söz konusu ihtilaflı veya kuşkulu durumu ortadan kaldırmak için, tedit (yenileme) söz konusu olmaksızın, yeni bir borcun doğumuna yol açan kurucu bir irade beyanında bulunmuş olabilir. Bu halde, temel ilişkiden soyutlanmış yeni bir borç doğar. Ne var ki, bu son halde (tartışmalı olmakla birlikte) bu görüşe göre borçlunun *bir taraflı* irade beyanı ile gerçekleşen borç doğurucu işlemin hukuki sebebinin temel borç ilişkisinde değil, bizzat kendi içinde, yani doğrudan doğruya borç ikrarına ilişkin irade beyanının temelinde yatan "alacaklının alacağını her türlü kuşkudan anndınlnuş olarak tahsil etmesini emniyete almak ve kolaylaştırmak amacıyla" aramak gerekir⁹⁸. Bir

96) Bkz. **Creutzig**, Das selbständige Schuldversprechen, Basel 1969, s. 60, 72 vd., 78 vd.

97) Bu görüş için bkz. **Krauskopf**, not 77'de age, s. 173 vd.

98) **Krauskopf** tarafından savunulan bu görüşün klasik anlayıştan ayrıldığı önemli bir nokta şudur: Klasik kurucu ve temel ilişkiden soyutlanmış borç ikrarı anlayışına göre, temel ilişki tamamen veya kısmen geçersiz olduğu, dolayısıyla borç ikrarı gerçekte geçerli bir sebebe dayanmadığı zaman, bu alacak alacaklının malvarlığında bir sebepsiz iktisap oluşturur ve bununla ilgili hükümler (BK. m. 61 vd.) uygulanır. Bunun gibi ispat soyut-

olaydı;1, bu iki ihtimnlden hangisinin gerçekleştiği tereddüt uyandırıyorsa, asıl olan çözüm, borç ikrannın kurucu değil sndece bildirici bir nitelik taşımasıdır, yani yukarıda birinci ihtimal çerçevesinde açıklanan çözümdür⁹⁹.

- 53 Şu nok'tayı eklemek gerekir ki, (ister birinci ister ikinci görüş anlamında olsun) bütün sebepsiz borç ikrarlarında ispat soyutluğu vardır. Zira böyle bir borç ikrarına dayanan alacaklı, hukuki sebebi ispat külfetinden kurtulmuş olup, hukuki sebebe yönelik iddiaları ispat yükü karşı tarafa geçmiştir. Buna karşı, sebepsiz bir borç ikrarına (ikinci görüş anlamında) kurucu bir nitelik verebilmek için bundan daha fazla bir şeyin, bir başka deyimle maddi anlamda soyut, temel borçtan bağımsız yeni bir borcun doğumuna ilişkin (bu hukuki sonuca yönelmiş) açık veya örtülü irade beyanlarının bulunması gerekir. Bu durum karşısında soyut borç ikrarlarının, bizce de ilice olarak, birinci görüş anlamında *sadece bir ispat soyutluğu* sağladığı kabul edilmelidir. *Tarafların, bu ikrara, bunun ötesinde bir sonuç bağlamak istediklerini, yani ikinci görüş anlamında kurucu bir borç ikrarının söz konusu olduğunu ileri süren taraf bu iddiasını ispat ile yükümlüdür.*

- 54 İsviçre öğretisinde hayli yaygın olan bir düşünceye göre, herhangi bir sebep göstermek.sizin yapılan borç ikrarındaki soyutluk üç biçimde gerçekJeşebilir¹⁰⁰:

- *Mutlak soyutluk*: Burada, yukarıda incelenen ikinci görüşe uygun biçimde, temel ilişkiden doğan borçtan tamamen bağımsız yeni bir borç yaratılmaktadır.
- *İspat soyutluğu*: Yukarıda birinci görüş olarak açıkladığımız bu ihtimalde, temel ilişki ile borç ikrarı arasındaki bağlantı (yeni bir borcun kurulması söz konusu olmaksızın) devam etmekte olup, sadece alacaklıya bir ispat kolaylığı getirilmiştir.
- *Temel ilişkiden doğan defi/ere ilişkin soyutluk*: Bununla, soyut borç ikrarı düzenleyen borçlunun bu yoldan temel ilişkiden doğmuş tüm defi haklarından veya bunların bir bölümünden vazgeçmesi anlaşılmaktadır¹⁰¹. Örneğin, A'dan bir mal satın alan B,

luğunu esas almakla birlikte, soyut borç ikrarından her zaman varlığı ve geçerliliği temel ilişkideki borcun varlığına ve geçerliliğine bağlı, kurucu fakat sebebe bağlı yeni bir borç doğacağını ileri süren göüiş (bkz. yukarıda N. 48) açısından, temel borç geçersiz ise, borç ikrarından doğan borç da geçersiz olur. Oysa, bu yoldan doğan yeni borcun hukuki sebebini temel ilişkide gönneyen (bizim katılmadığımız) **Krauskopf'un** görüşü açısından, borç ikrarı sonucu doğan borcun hukuki sebebi bizzat kendi içindedir ve bu borcun geçerli olup olmaması sadece kurucu borç ikrarının geçerli olarak beyan edilmiş olup olmadığına bağlıdır. Bu durumda, temel ilişkiden doğmuş geçerli bir borcu bulunmayan borçlu, kurucu bir borç ikrarında bulunmuşsa, onun, bu görüşe göre ilke olarak geçerli sayılan bu ikrara karşı yapabileceği şey (şartlan varsa) Borçlar Kanunu'nun hata hükümlerine (BK. m. 23 vd.) dayanmak suretiyle borç ikrarının hükümsüz kalmasını sağlamaktan ibarettir (**Krauskopf**, not 77'de age, s. 173, 175, 178-179).

99) Bkz. **Krauskopf**, not 77'de age, s. 171, 172, 173, 174. Ayrıca bkz. Creutzig, not 96'da age, s. 142,159,179.

100) Özellikle bkz. **Schmidlin**, Art. 17, N. 21 vd.; **Muster**, not 78'de age, s. 124 vd.

101) Öğretide, burada kullanılan "defi" deyiminin "itirazlan"da içine alacak biçimde geniş anlamda kullanılıp kullanılmadığı çok defa yeterince açıklığa kavuşturulmamıştır (Bu yerinde gözlem ve eleştiri için bkz. **Krauskopf**, not 77'de age, s. 175). Buna karşı, açık

mal ayıplı (bozuk) olduğu holde. durumu bile bile semen borcu için soyut borç ikrarında buhimmi, tur. Bu ihmüldc, B'nin ayrı lükülmclcrinin kendisine bohşcığı ıom sn-ımmn am, lnnnd:m (delilerden) ferngai elliği süylcnbıllr¹⁰². Ne vur ki, gerek öğreti gerekse f-cdcrnl Mahkeme. böyle bir feruğun karine oluruk söz konusu olnmnyaengını, bunun belirli bir defi hakkına yönelik oluruk lınl ve şnrılardnı nçık biçimde nnlaşılınısı g<. 'rckıgını yerinde olarak knbul cımekıedir¹⁰. Böylece, (fcrugntin knbul edilebileceği durumlarda) hukuki sebebi güsiennceyn bir boç ikrarının nrkusııdu, borçlunun bazı deli haklanndan yoksun kaldığı bir temel borç ilişkisi (hukuki seher) yer almakta ve bu durum. yoksun kalınan defiler soyut borç ikrarına ynnsınadıgı için (çok tartışma götürür biçimde) özel bir soyutluk hali olarak nitelendirilmek istenmektedir¹⁰¹. Şurasını ekleyelim ki. temel ilişkiye yollama yapmak suretiyle, bu ilişkiden doğan de(ılcrden vazgeçilincsine ilişkin bir kayıt borç ikrarında yer alıyorsa, arlık bu ikrarın soyutluğundan söz etmeye imkan knlm::ıy::ıeağı çok açıktır.

Soyut borç ikrarı *kurucu* olduğu zaman, karşımıza (sırf ispat soyutluğu- nu öngören görüiş çerçevesinde hiçbir zaman söz konusu olamayacak) şu problem çıkar: Temel borç ilişkisi, konusunun *kanuna* veya *ahlaka aykırı* olması yüzünden BK. m. 20 uyarınca batıl ise, yine de alacaklının borçluya karşı bir soyut alacak hakkı elde ettiğinden bahsedilebilecek midir? Bu meseleyi aşağıdaki iki görüşten birine göre çözüme bağlamak imkanı vardır:

SS

- *Birinci görüş*: v. *Tuhr'a* göre¹⁰⁵, hukuki sebep (burada, temel borç ilişkisi anlamında), konusunun kanuna veya ahlaka aykırı olması sebebiyle kesin hükümsüz olsa bile, buna dayanarak yapılan soyut borç ikrarından bir *alacak hakkı doğar*. Yalnız bu alacak hakkına karşı, borçlu sebepsiz iktisap talebini öne sürebilir veya yine sebepsiz iktisaba dayanan defi hakkını kullanabilir. BK. m. 65'de yer alan ve "*Haksız veya ahlaka (adaba) mugayir bir maksat istihsali için verilen bir şeyi istirdada mahal yoktur*" diyen hüküm, borçlu tarafından ileri sürülecek sebepsiz iktisap talebini engelleye-

biçimde, defiler gibi itirazların da buraya girdiğini belirten yazarlara da rastlanmaktadır (Örnek olarak bkz. **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1182). Bizce, defilerden farklı olarak, hakim tarafından re'sen göz önüne alınabilecek olan itirazlardan vazgeçmenin ilke olarak hukuki bir değeri olamaz. Örneğin, temel ilişkiden doğan borcun hukuka veya ahlaka aykırı olması hallerinde, hukuka veya ahlaka aykırılık savunmalarından geçerli olarak feragat edilmesi mümkün değildir (**Schmidlin**, Art. 17, N. 26, 57; **Muster**, not 78'de age, s. 128-129 ve not 665). Ayrıca bkz. aşağıda not 104.

102) **Schönenberger/Jaggi**, Art. 17, N. 15; **Muster**, not 78'de age, s. 115-116.

103) Bkz. **Schmidlin**, Art. 17, N. 26; **Bucher**, AT, s. 61; **Schwenzer**, Basler Komm., Art. 17, N. 11; BGE 65.11.82.

104) Temel ilişkiden doğan defilere ilişkin soyutluk kavramına genel olarak ve tümüyle karşı: **Krauskopf**, not 77'de age, s. 175-176. Bu yazar, itirazlardan vazgeçmenin hukuken bir değeri olmadığını yerinde olarak belirttikten sonra, böyle bir feragatin olsa olsa, vazgeçenin dava sırasında söz konusu itiraz hakkını kullanmama taahhüdü olarak değerlendirilebileceğini kaydediyor. Bizce, özellikle hukuka veya ahlaka aykırılık hallerinde böyle bir taahhüdün geçerli sayılması çok zordur.

105) v. **Tuhr/Peter**, § 32, ili, s. 271.

mez. Çünkü bu madde, hukuka veya ahlaka aykırı bir sonuç elde etmek üzere *verilenin* geri istenmesini yasaklamaktadır. Oysa, soyut borç ikrarında bulunan borçlu, alacaklıya bir şey vermiş değildir. O, sadece alacaklıya karşı *borçlanmıştır*. Bu sebeple de, olayda BK. m. 65 uygulanamayacak ve bu hülane rağmen borçlu, alacaklıdan sebepsiz iktisap talebi (ve davası ile) soyut alacak hakkının ortadan kaldırılmasını isteyebilecektir.

- *İkinci görüş*¹⁰⁶, *fikrimizce*, üstün tutulması gereken şu düşünceden hareket ediyor: Soyut alacaklara bağlanan temel borç ilişkisinden bağımsız olarak geçerli olma sonucu, kanunda yer alan diğer bazı temel kurallarla sınırlandırılmak gerekir. Yoksa bu niteliğin soyut alacaklara sınırsız olarak tanındığı söylenemez. Kumar ve bahis halinde, BK. m. 505/I, c. 1 uyarınca,

"Kumar oynayan veya bahis eden kimse tarafından imza edilmiş adi borç veya kam-biyo senedi üçüncü bir şahsa devredilmiş olsa bile bunlara müsteniden hiçbir kimse bir bak talep edemez."

Görüldüğü gibi, kumar ve bahis "borçları" için düzenlenen soyut borç ikrarlarında, *kanun, soyutluk kuralını bir yana bırakmış ve temel ilişki.deki bozukluğun soyut alacağa da bulaşmasını kabul etmiştir*. Öyle ki, kumar veya bahis "borcuna" dayanan kurucu bir soyut borç ikrarından da ancak doğal bir borç doğar ve hakim böyle soyut bir alacak dava edildiği zaman dava malzemesinden (dosyadan) bunun arkasında bir kumar veya bahis ilişkisinin yattığını görürse, davayı *re'sen* reddeder.

Bu durum karşısında, ya kumar ve bahis borçları için BK. m. 505/I'de öngörülen çözümün kanunda yer alan ve genişletilmeye elverişli olmayan bir istisnadan ibaret bulunduğu kabul edilecek, ya da onlardan çok daha ağır bir nitelik taşıyan, konusu kanuna veya ahlaka aykırı borçlar için *evleviyetle (a fortiori)* uygulanması gerektiği ileri sürülebilecektir ki, bu son anlayışa üstünlük tanındığı takdirde, soyut borç ikrarı sonucu temel borç ilişkisinden tamamen bağımsız yeni bir borç doğduğu görüşü uygulama alanından çok şey kaybetmiş olacaktır. Tekrar ve önemle hatırlatalım ki, bütün bu açıklamalar sadece soyut borç ikrarının "kurucu" sayıldığı ihtimaller için geçerlidir.

- 56 Son olarak belirtelim ki, BK. m. 135/II hükmü gereği, borçlu (kurucu bir nitelik taşıyan veya taşımasın) soyut borç ikrarını içeren bir senedi alacaklıya verdiği vakit, temel ilişkiden doğan borca ilişkin zamanaşımı (borç ikrarında belirtilen miktar ile sınırlı olarak) kesilir ve on yıllık yeni bir süre

106) Creutzig, not 96'da age, s. 173 vd.; Schwarz, s. 287. - Yalnız Creutzig'in kumar, bahis veya evlenme tellallığından doğan borçlar sebebiyle kurulan soyut alacağı batıl (kesin hükümsüz) sayması doğru değildir. Bu durumda, sadece temel borç ilişkisine ait *doğal borç* niteliği aynen soyut alacak hakkına da geçer (Özel olarak bkz. Schönerberger, Zürcher Kommentar, Band V: Obligationenrecht, 3. Teil, 2.A., Zürich 1945, Art. 514 OR, N. 2, 7; Sungurbey, not 70'de age, s. 99).

işlemeye bınır¹⁰⁷. Hiç kuşkusuz, bu sonucun gerçekleşebilmesi için, soyut l rç ikrarının hangi l cml ilişkiden doğan borcu karşıldığı ispat edilmiş olmalıdır.

cc. *ebebe bağı ve soyut tasarruf işlemleri*

erek Ortak Hukukta Pande t liukuruia) gQ.J.:eks,c_Al.ma.u.:lukukun- 57
da hakim olan görüşe gşre tasanl1fi len e• p.re,usip_olaca QY. ,ttur. fsviç-
-re=Tiirk Hukukları için böyle genel bir kural kabul etmek inkıftı olmamak-
la beraber, soyutluğa bu alanda borçlanma (taahhüt) işlemlerine nazaran
daha sık rastlanabileceği söylenebilir.

İsviçre 'de, yeni eğilimler, alacağın tcmliki de dahil olmak üzere, tasamıf işlemlerini
sebebe bağı olarak gönnek biçimindedir. Ancak bu konu çok tartışmalıdır¹⁰⁸.

Tasamı f işieminin sebe_be_bağı. Y-eya..so..y.u.Lolmasından-ne?ı:lia?ıJır? Ta-
sarrüf işemi sebebe bağı ise, onun geçerli olması borçlanma işlemi niteli-
ğindeki temel ilişkinin geçerli olması halinde gerçekleşecek; tasarruf işlemi
sebepten soyutlanmış ise, temel ilişki (borçlanma işlemi) geçerli olmasa
bile, tasarruf işlemi geçerli olacak, (sebepsiz iktisap talebi saklı kalmak
kaydı ile) hükümlerini doğuracaktır.

Taşınır mülkiyetini geçiren tasarruf işlemi üzerinden durumu açıklaya-
lım: İsviçre-Türk Medeni Kanunlarında, bu işlemin illi mi, soyut mu oldu-
ğunu gösteren açık bir hükme kamında rastlamak imkanı yoktur. Bu sebep-
le mesele çok tartışmalıdır. Yalnız İsviçre'de, Federal Mahkeme bir karan
ile (yerinde olarak) illiliği kabul etmiş, o zamandan beri de gerek İsviçre
uygulaması, gerekse doktrindeki büyük çoğunluk illilik (sebebe bağılık)
tezi lehine cephe almışlardır¹⁰⁹. Türk Hukukunda konu henüz açık bir sonu-
ca bağlanmış değildir.

Bahis konusu tasarruf işleminin *illi* (sebebe bağı) olduğu kabul edile-
cek olursa, satış sözleşmesindeki butlan tasarruf işlemine de bulaşacak, onu
da hükümsüz kılacaktır. Bu yüzden, (üstün tuttuğumuz bu görüşe göre)
yapılan tasamıf işlemi alıcıya mülkiyeti geçiremeyecek, alıcı malı teslim
aldığı halde onun maliki olamayacaktır. Satıcı, bu durumda (mülkiyet ken-
disinde kaldığı için) istihkak davası açarak (MK. 683/II) malını geri iste-
mek hakkına sahiptir.

Buradaki tasarruf işlemine sebepten *mücerret (soyut)* gözü ile bakılırsa
sonuç değişir. Satış sözleşmesindeki butlana rağmen, aynı sözleşme ve

107) **Tevini Du Pasquer**, CR, Art. 17, N. 12; **Muster**, not 78'de age, s. 119.

108) Alacağın temliki açısından meselenin tartışılması için özellikle bkz. **Gauch/Schluep/Rey**, N. 3710 vd. - Ayrıca bkz. **Merz**, Vertrag, N. 78 ve not 60.

109) Bu konunun tartışılması için bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, I I.
Bası, İstanbul 2006, s. 572 vd.

teslim ile *maim mülkiyeti alıcıya* geçer. Yalnız, alıcının söz konusu *iktisabı* sebepsizdir. Bu yüzden, satıcı bir *sebepsiz iktisap* talebi ile (BK. m. 61 vd.) malı geri isteyebilir. Birinci ihtimale nazaran önemli bir pratik fark kendini şu noktada gösterir ki, orada satıcı malik kalmakta, herkese karşı öne sürülebilecek aynı hakkını muhafaza etmektedir. Soyutluk görüşünde ise, mülkiyet alıcıya geçmiştir. Satıcının, yalnız alıcıya karşı öne sürülebilecek sebepsiz iktisap talebi, *borç ilişkisinden doğan (nisbf) bir hak* olmaktan öteye geçmemektedir.

Şurasını ekleyelim ki, *taşınmazlar* üzerindeki aynı hakların (özellikle mülkiyet hakkının) kazanılmasını sağlayan tasarruf iflemlerinin *sebebe bağlı* olduğu kamın tarafından açıkça kabul edilmiştir ¹⁰. Bu yüzden, bu alanda tartışmaya yer kalmamıştır.

§ 12. Hukuki İşlemin Temel Unsuru Olarak İrade Beyanı Kavramı¹

I. Genel Olarak

- 1) Hukuk, kural q lar?k, g?ol??ğu bilinmeyen iç iradeye değil, bunun dı
a]!!rneşansımış şekline öne!Il y?rjr ve hüküm bağlar. Şu halde esas olan (iç)
irade değil, ira e beyanıdır.

Dar??gerçek anlamda irade beyanını şu *unsurlara* ayırabiliriz:

- h/ W? :
i?..'v1"t: :
_t? - ? ?
oc''\ _e_?
- >D'--
'-fl't,1
.e.'
'l..>\
- 1 - Beyan: Bu, dış alemde kendini gösteren öyle bir hareket tarzıdır ki, iş (alışveriş) hayatındaki görüş ve adetlere yahut tarafların anlaşmasına dayanarak, bahis konusu hareket tarzından, o hareketi yapan kişinin belirli bir hukuki işlem yapmak iradesinin bulunduğu hükmedebiliriz. Esasen, o da, bu hareketi böyle bir işlem iradesini başkalarına bildirmek, onu yürürlüğe koymak için yapmış bulunmaktadır. Bu anlamda söz, yazı, el kol veya baş hareketleri vs. hep birer beyan teşkil eder^{2 3}

2 - İrade: İç olguyu oluşturan irade de gerçekte *üç ayrı unsurdan* kuruludur:

110) Bkz. MK. m. 1024.

1) Bu konu için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Güven nazariyesi karşısında borç sözleşmelerinde hata kavramı, İstanbul 1968, s. 22 vd.; **Kramer**, Art. 1, N. 30 vd.

2) Ayrıca bkz. **Lehmann**, § 24, IV, s. 134.

3) Şu noktaya dikkati çekeriz: Öteden beri sanıldığığının aksine, beyan, sadece iç iradeyi dış aleme *bildirmek* için değil, yürürlük nazariyesinin (*Geltungstheorie*) ortaya koyduğu gibi, onu *gerçek/eştirmek*, *yürürlüğe koymak* için de yapılır. Beyanın amacı, sadece o anda mevcut bir iradeyi *bildirmekten* ibaret olsaydı, bununla beyan sahibinin hukuken *bağlanması* açıklanamazdı. (Bu konu, özellikle yürürlük nazariyesi için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, not 1'de age, s. 13 vd.; **Larenz/Wolf**, 9.A., § 24, N. 29 vd.).

a •- *Fiil (eylem) iradesi*, ynni dış dünyııdn iradeyi göstermek için yapı- 2
lın fiil-eyoİlclen *irnôc*. Örneğin, beyan fiilini teşkil eden sözü söylemeyi, yazıyı yazmayı, baş hareketini yapmayı istemek gibi.

b - *Beyan iradesi (veya biliuci)*. *fumu*., *lşini*!..ı iradesini dı❖ aleme aksettirmek ve yürürlüğe koymak arzusu diye ifade edebiliriz. (*Beyan iradesi*). Fakat onün, hareket tarzının hukuken önem taşıyan bir beyan olduğunu, başkalarının kendisinin bu davranışından onda belirli bir hukuki sonuç iradesinin bulunduğu sonucunu çıkarabileceklerini bilmesi de yeter (*Beyan bilinci*).

c - *Hukuki sonuç jı❖adesi (işlem iradesi* de denebilir), beyan sahibinin belirli bir.İ❖❖kuki yahut (hukuken teminat altına alınmış biçimde istenen) ekonomik, sosyal, maddi bir sonuca yönelmiş, yapılan beyanın *içeriğini* oluşturan iradesidir.

Bir örnek üzerinden, her üç iradeyi ayrı ayrı gösterelim: A, B'ye on bin lira bağışlama vaadinde bulunuyor. BK. m. 238/lgereğince bağışlama vaadi *sözleşmesi* yazılı şekilde düzenlenmek gerekir. Metnin A'um-sekreteri ❖afinaan daktilo edildiğini farz edelim. A'nın bu metni imza için gerekli el hareketini yapmaya yönelen iradesi *fiil iradesini*; hazırlanan metni imza-
- !ayarak bağışlama konusundaki iç iradesini dış dünyaya yansıtmaya ve yürürlüğe koyma arzusu (hiç değilse imza ile hukuken önemli bir davranışta bulunduğu noktasına ilişkin bilinci) *beyan iradesi* veya *bilincini*; nihayet belgenin metninde yer alan, on bin lirayı B'ye bağışlama taahhüdü altına ginne iradesi ise, *hukukf sonuç (veya işlem) iradesini* meydana getirir.

Şimdi şu soru sorulabilir: İradeye ilişkin bahis konusu unsurlardan biri eksik ise, yine geçerli bir irade beyanının varlığından söz edilebilir mi?

Fiil (eylem) iradesi bakımından sorunun cevabı kolaydır. Oybirliği ile kabuleôılen-fikre göre,-fiil iradesi bulunmayan -durumlarda-(ömeğin hipnotize edilen yahut eli tutulup zorla imza attırılan kişinin belirli sözleri söylemeye, yazıyı yazmaya vs. yönelmiş bir iradesinden bahsedilemez), sadece *görünüşte* bir irade beyanı vardır. Gerçekte irade beyanı hiç yoktur (*yokluk*).

Buna karşı, *hukukf sonuç* veya *beyan iradesi* bulunmayan ihtimallerde nasıl bir sonuca varılacağı tartışmalıdır. Bu problemi bir çözüme bağlayabilmek için ise, önce bütün irade beyanlarına hakim temel prensip olarak, güven ilkesini gözden geçirmemiz icap eder (Bkz § 13).

II. Otomatikleştirilmiş İrade Beyanları

Elektronik bilgi işlem merkezleri tarafından açığa vurulan "irade be-

yanlan", Borçlar Hukuku anlamında bir irade beyanı sayılabilir mi? Burada kısaca üzerinde duracağımız mesele budur. Olayın özelliği şuradadır: Elektronik bilgi işlem merkezi, önceden programlanılabilecek, hal ve şartlardaki değişikliklere göre, durmadan yem şart arayan, içengr değişimsajlar yollarla. Böyle bir merkezi kuşanan ve ondan yararlanabilen kişi, her an, belirli bir irade beyanının yapıp yapılmadığı ve yapılması içeriğinin ne olduğunu ve kime gönderildiği bilebilecek durumda değildir. O sadece, elektronik bilgi işlem merkezi vasıtasıyla önceden programlanan biçimde gerçekleşecek somut irade beyanlarının, kendisini bağlamasını kabul etmiştir. Bu durumda, bu şekilde "otomatikleştirilmiş irade beyanları", hukuken, gerçek irade beyanları ile bir tutulabilir mi?

Tartışmalı olmasına rağmen, hakim görüşü (söz konusu beyanların özelliklerinin dikkate alınması kaydı ile) bu soruya olumlu cevap veriyor⁵. Buna göre, en girift sistemler dahi... ancak insanlar tarafından ne şekilde programlanırlar? -2. eğer de çözümlenemezse!.. İşte bu keşif dillerine verilen program eylemler. Şu halde, elektronik bilgi işlem merkezlerince gerçekleştirilen irade beyanlarının arkasında, onları programlayan ve devre dışı bırakıp bırakmama konusunda son sözü söyleme hak ve iktidarına sahip bulunan insan iradesi yatar. Elektronik bilgi işlem merkezinin her mesajının arkasında somut bir insan iradesi yoktur. Fakat, bilgi işlem merkezini otomatik olarak irade beyanlarında bulunabilecek biçimde programlayan ve işleten kişi, bu davranışı ile önceden ve genel olarak, "eylem", "hukuki sonuç" ve "beyan" iradelerini açığa vurmuş sayılır.

§ 13. Güven İlkesi Ve İrade Beyanının Unsurlarına İlişkin Eksikliklerin Bu İlke Karşısında Değerlendirilmesi¹

I. Güven İlkesi ve Bunun İrade Teorisi Karşısındaki Yeri

- 1 Bir irade beyanına, bir çok hallerde beyan sahibi başka, beyana muhatap olan kişi başka bir anlam bağlayabilirler. Bu gibi durumlarda, beyanın nasıl anlaşılacağı sorusu ortaya çıkar. Bu soruya aşağıdaki üç cevaptan biri verilebilir:

4) Kuhn, Rechtsbandlungen mittels EDV und Telekommunikation, München 1991, s. 57.

5) Özellikle bkz. Kuhn, not 4'de age, s. 58 vd.; Köhler, Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge, insbesondere von Willenserklärungen, AcP 182 (1982), s. 132 vd.; Köhler, 28.A., § 6, N. 8; Medicus, AT, N. 256.

1) Bu konuda yapılan açıklamalar için özellikle bkz. :1 (ocayusufpaşaoğlu, Güven Nazariyesi karşısında borç sözleşmelerinde hata kavramı, İstanbul, 1968, s.5 vd.; Meier-Bayoz, Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss, Aarau 1948, s. 105 vd.

1 - *BeJ mı sa/ı; bini,ı beyanına verdiği anlam* esas alınır.

... - T_?mainen objektif ölçülre göre *üçül lci flir kişinin* bu beyanı nasıl inla.)!.acu.ğı araştırılır.

3 - *Beyan mılıatab111JJ1_bey_nıLmısılanıladı_* anlıtması gerektiği esas ?'U?bueHilir.

Anıhm üçüncü ihtimalde de iki şekilde hareket etmek düşünülebilir. Ya beyan muhatabının fiilen o beyanı nasıl anladığına (*anlam verme prensibi, Deutrmgsprinzip*), ya da kendisince bilinebilen bütün hal ve şartları dürüstlük (objektif iyiniyet) kuralları gereğince değerlendirerek nasıl anlaması gerektiğine (*güven ilkesi*) bakılır.

Şimdi, bu üç ihtimali teker teker ele alalım:

- *Birinci imkan*, gerçekte irade teorisinin bir başka şekilde tekrarından ibarettir. Beyan sahibi, beyanını kendi iç iradesine göre anlamakta, esasen o iradeyi açığa vurmak için bu beyanı yapmış bulunmaktadır. Onun karşı tarafça bilinemeyen bu yorum tarzının, beyana verilecek anlam üzerinde etkili olarnıyacağı kesinlikle söylenebilir. Karşı taraf beyan sahibinin gerçekte ne düşündüğünü değil, sadece kendisine ulaşan şekli ile beyanını öğrenmiştir ve hareket tarzını sadece bu beyana göre düzenlemekte haklıdır.

- *İkinci imkan*, klasik *beyan teorisini* (hiç değilse en saf ve aşın şekliyle) dile getiriyor. İrade beyanı olayla ilgisiz üçüncü kişinin değil, doğrudan doğruya karşı tarafın hukuk alanında etki yaptığına göre, bu beyana verilecek anlamda somut olay dışındaki üçüncü bir kişinin objektif yorum tarzını üstün tutmak tatmin edici gözüküyor.

- *Üçüncü imkanın* birinci şıkkı da, kabulü imkansız bir sisteme işaret etmektedir. Karşı taraf (gerekli dikkat ve özeni göstermeden, bildiği veya bilmesi gereken bütün olguları dürüstlük kuralı gereğince değerlendirmeden) irade beyanını fiilen nasıl anladıysa bu anlamı esas almak, muhatap yararına irade prensibine paralel bir sonuca varmak demektir. Karşı tarafı bu gibi hallerde korumak için sebep olmadığı meydandadır. Bu sebeple, en uygun çözüm olarak, geriye üçüncü ihtimalin ikinci şıkkı, yani *güven ilkesi* kalmaktadır.

G...erçektir; h= r ikinin; t ar: a f m b. e: y a: n' s: a: h: i b: i v: e: b: a: n a n m u h a t= 'a b l) men f a t l e r i arasında bır denge kurına amacını güden güven ilkesine göre, bir irade beyanının ne anlama gel iğini anlamak için, *karşı tarafın* kendisince bilinebilen itün o -uall-hal ve şartları) i l K...m.2L.r.de düzenlenen dürüstlük kuralının ışığı alt a gereği gibi değerlendirilir.eikk l: > u hey.ana...n.e nla !ll ver-nesi_g_e_r_ektiğine bakılı:.. Görüldüğü gibi, korunan karşı tarafın *haklı* güven-

nidir. Onun, yapılan beyanı gerekli özeni göstermeden fiilen yanlış anlamlandırılması önem taşımaz. Muhatap, kendisince bilinen veya bilinebilen hal ve şartlar altında, yapılan beyanı o şekilde anlamaya mezon olmalı, onun beyanı bu şekilde anlamlandırılması MK. m. 2/1 hükmü uyarınca haklı görülebilmelidir.

Burada karşılıklı gözetme ve bağlılık esasına çınıyanan bir ilke söz konusudur. Çünkü bir y aıldJln, k?1 tarafın dürü&tlük oJjektif i y?tiy(ill kuralla-
?a g?re-?Üdiği ??ilebileceği bü!fl'n olgul? _Qeğerlend4"??e!< bexana v
mesi - er.ek.en-anlama-
haklı gü.v.eni korunmakta; diğge Ly?n..dan da. beyan
?..! ibinin gerekli özeni göstererek formüle ettiği beyan???' J!!aku L ye dürüst
bir soz eş.en tarafından anlaşılmas ımutat olan l:tiçjmd? arı.l?..!f?ğına dair
hafılgüveni teminat altiria alİİnıaktadır. Görüldüğü gibi, bu anlayış çerçe-
vesinde: hıry?dan beyan sahibü beyanının karşı tarafça nasıl anlaşılacağı-
na; diğer yandan da karşı taraf, beyan sahibinin bu beyanının nasıl anlaşıl-
masını istediğine dikkat etmek zorundadırlar^{1a}.

- 3 Acaba İsviçre öğreti ve içtihatlarında tamamen hakim olan, bizde de öğretide ve Yargıtay kararlarında² yerinde olarak benimsendiği görülen güven ilkesi, irade teorisini tamamen bertaraf eden bir görüş sayılabilir mi?

Bu sorunun cevabını verirken bir ayrım yapmak gerekir³:

- *İrade teorisi*, irade beyanının hukuki sonuçlarını doğurmasını (iç) iradeye bağlayan, böyle bir iradenin desteğinden yoksun olan beyana hukuki hüküm tanımayan bir teoridir. Gerçekte, güven ilk.esinin hakim olduğu bir sistemde dahi, *normal* diye nitelenen durumlarda (bir kimse iradesine tamamen uygun bir beyanda bulunuyor) hukuki sonuç istendiği için meydana gelmekte, *irade özerkliği*. (*Privatautonomie*) kuralı yürürlükte bulunmaktadır. *Hiç* kuşkusuz, asıl olan budur ve her iki tarafın birbirlerinin gerçek iradesini doğru biçimde anlayıp rızasını bildirdiği bu gibi durumlarda gerçekleşen uyuşmanın, *tabif* (doğal) veya *normal* yahut *fiili uyuşma* biçiminde adlandırılması gerekir.

- Güven ilkesinin önemi, kendisini *anormal* (patolojik, sağlıklı) durumlarda (yani iradeye uymayan bir beyan mevcut ise ve karşı taraf bunu fiilen doğru biçimde anlamamışsa) gösterecektir. Bu gibi hallerde, irade

1a) Bkz. **Keller**, Die Auslegung obligationenrechtlicher Vertrag, SJZ 57, 1961, s. 314; **Meier-Hayoz**, not l'de age, s. 111; **Kocayusufpaşaoğlu**, not l'de age, s. 9.

2) Türk Hukuku açısından örnek olarak bkz. **Oğuzman/Öz**, 4. Bası, s. 61 vd.; **Eren**, s. 139 vd.; **Karabasan**, TBH, GH, cilt 1, 2003, s. 114; Yarg. 4. HD., 8.11.1984, E. 7125, K. 8253 (**Karabasan**, age, s. 115 vd.).

3) Bkz. **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 309 vd.; **Kramer**, Art. 1, N. 121 vd.; **Kramer**, Grundfragen der vertraglichen Einigung, München 1972, s. 96; **Kocayusufpaşaoğlu**,

not l'de age, s. 11 vd.

teorisin' 1k1 sıkıya bağlı kalmak ve beyanın her znmnn hükümslüz olduğu-
mı söylemek *beyan salıibini* (sanki o ycıyüzünde tek haşının imiş gibi) aşırı
öl -üdc konıyan bir düşünüşdür. Özellikle ulışveriş hnyntındı, bir muhatbba
karşı yapılan beyanlarda. *mulıatıahuı* (nrkasındn bir iç iradenin desteği bu-
lunsun veya bulunmasın) görünüşteki bu beyana haklı güvenini korumak
zorunluluğu bütün şiddeti ile kendini hissettirmektedir. Güven ilkesi duru-
ma bu noktada müdahale etmekte ve karşı tarafın haklı güvenini korumak
amacı ile, beyan sahibinin sadece *görüüüişle bir iradeyi içeren ve gerçek
iradesine uymayan beya111111a, sanki bu beyan gerçek bir iradeye dayanı-
_ronmuş gibi lu'iküm bağlamaktadır.* Görülüyor ki, bu halde gerçek iradeler
amsında bir uyuşma olmadığı halde, bir takım değerlendirmeler sonucu,
11ormatifveya.farazf (varsayımsal) bir uyuşma gerçekleşmiş sayılmaktadır.

Bu açıklamalardan çıkan sonuç şudur: Güven ilkesi, irade ilkesinden
tamamen bağımsız, onun yerini alan bir ilke değildir. Tam tersine, irade
ilkesinin varlığını farz etmekte, ona dayanmaktadır. Yalnız, karşı tarafın
haklı güvenini korumak endişesi altında, irade teorisini *düzeltilmekte, onu
tamamlamaktadır.* Böylece, klasik irade özerkliği prensibi, dürüstlük (ob-
jektif iyiniyet) kuralının (MK. m. 2/1) doğal bir sonucu olan güven ilkesi ile
sınırlanmış bir şekilde yürürlüğünü muhafaza etmektedir.

İsviçre Hukukunda çok ufak bir azınlık tarafından⁴ benimsenen (*Eren'in* çevirisi ile)
"meram anlatma teorisi" (Das Auslegungsprinzip des Sichverständlichmachens) güven
ilkesinin daha gelişmiş bir şekli olarak sunulmak istenmiştir. Bu teori İsviçre öğretisi ve
İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında hiçbir yankı bulamamıştır. O kadar ki, günü-
müzde İsviçre'de yayımlanan Borçlar Hukuku eserlerinin büyük çoğunluğunda bu teo-
rinin adına dahi yer verilmemektedir. *Eren'in* bu teoriye ilişkin açıklamaları, bunun ne-
den dolayı böyle olduğunu kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde ortaya koymaktadır. Bu
yazarın belirttiği üzere "fiili meram anlatma teorisi", BK. m. 18/I'de düzenlenen "yanlış
belirtme zarar vermez" (falsa demonstratio non nocet) kuralının tekrardan ibarettir.
"Farazi meram anlatma teorisi" ise, yine *Eren'in* yerinde olarak işaret ettiği üzere, yeni
güven teorisinden (yani günümüzde geçerli olan anlayış çerçevesinde uygulanan güven
ilkesinden) başka bir şey değildir.

4

il. Hukuki Sonuç İradesinden Yoksun İrade Beyanları

J.l. _ cbv-.....,?

P"" ıcEr\9ırc v' 'VİR hk.,t: 50""vC., l<c.. ç,? :I'

1. Genel Olarak /

Beyan, içeriğine uygun bir hukuki sonuç iradesine dayanmadığı takdir-
de (örneğin, icapçı A, yanlışlıkla, satmak istediği malın sayısını 1000 yeri-
ne 10.000 olarak göstermişse, 10.000'lik beyan buna uygun bir hukuki so-
nuç iradesinden yoksundur) yukarıda incelenen *güven ilkesi* esaslan uygu-

S

4) Özellikle bkz. **E. Lange**, Das Auslegungsprinzip des Sichverständlichmachens, Zürich
1981; **Keller/Schöbi**, s. 126 vd.

5) **Eren**, s. 145. -Bu teoriye hiçbir şekilde ihtiyaç bulunmadığı hak.kında ayrıca bkz. **Bau-
mann**, Zürcher Kommentar, Einleitung, VI, Zürich 1998, Art. 2, N. 85.

O'lll?itlc, Sc.-hrr-ct ,5.1. SCtjsırı 1a:u (1), bQ dcre:t M\5Se.
j 1uJ 1.000 'UL "I" b..l-c v::fY' rvw XIV:, d--dl2- S* f:(. 'ul"Ô/ 135

-rr 'tch} ..,JJ, te. S0 u kt _ _CrOC. p scr!(jriej ,.ç_c) e

\??\ hJk \J, \c.dc?c'<-

= Karşı taraf. le !alJJ Q.hibiwi gei-çekJ.mdc siui i/en aulamac/Jğ! aııcak lıa! - rnrtlara „öre....gerekli özeni .gösterseyd' aulaması gerektiği zaman, gt'i, •cu ilkesi uygulama a/auLbulur vc_s özleşor c, :xinc ! Jc an s blbinin gerçek iradesine göre kuulunuş naz IJ i ! e bakılır. Ne var ki, artık normal (fiili) değil, nounatıf (farazi) bir uyuşmadan söz açmak gerekecektir. Zira, karşı taraf kabul beyanında bulunurken başka içerikle bir sözleşmenin kunı-lacağı kanaati ile hareket etmekte, ancak güven ilkesi gereği, o, beyan sahi-binin (fiilen farkına vannadığı) gerçek iradesini anlaması gerektiği için, onun "evet" cevabı işte bu iradeye yönelik bir cevap olarak değerlendiril-mektedir.

Örnek: A ile B arasında ya ılan ve kesin b' so_nuca..bağlanmay_an_mü-
z a.11... e, A, B'e metresi 11,7 liradan kumaş satmayı teklif etmiş, bu
-attan bii kuruşasağı inmesine.jmkai olınadığını fıldinniştir. Bir kaç gün
sonra, A, B'y gönderdiği mektubW1da icabını tekrarlıyor ve B'ye düşünüp
.karar vermek üzere (son defa olmak kaydı ile) beş gynlük bir süre tanıyor.
Ne var ki me!mmtq ') anJışlıkla.metresi.11,7 Jira_y.erine 1,JJ lira üzerinden
bir !.klifyapılıyor. B'nin kabulhaberini_gön.dermesi üzerine, sözleşme 1,17
değil, 11,7 üzerinden meydana gelecektir (Bu örnek yukarıdaki şıklardan
her ikisi için de geçerli olabilir).

- **İkinci ihtimal:** Karşı taraf, b e y.JJJJ S Cilb inin hata a düştüğünü anla-
dığı veya anlaması gerektiği halde; onun, beyanına uymayan gerçek irade-
;;J;ine olduguriu tespit edebilecek quruJJ da değildir. Bu gibi çeşitli an-
lamlara gelen veya çelişkili beyanlarda, belirli j)jr anlama üstünlük tanımak
@!canı yoktur. Hatanın farkına varan karşı t<!ffillll beyanın içerigine_güve-
njni korumak düşcesı d rol oynayam_ay c ağına göre, beyan hükümsüz-
şf.-Sözleşme hiç meydana gelmemişfi:-

Örnek: B'nin apartına0m-dalıe 8_n.o.lu.daireler-boştur.-Bunları gezen
A her ikisini de beğeniyor, yalnız kira bedellerini biraz yüksek buluyor, en
-fazla 100 liraoöeyebileceğini söylüyor. B, 3 no.lu daire için aylık 1200, 8
no.lu daire için 1250 lira istemektedir. Birkaç gün sonra A, B'ye bir mek-
tup yazarak "Geçen gün gördüğüm daireyi aylığı 1175 liradan kiralamaya
hazmın" diyor ve bu icap B tarafından kabul ediliyor. Taraflardan her iki-
şinin de, çeşitli_anlamlar gelen beyanlarda bulW1urken (icap 3 no. lu daire
ile_de ilgili olabileceği gibi, 8 no.lu daire ile de ilgili olabilir) aynı şeyi dü-
...şimg_ükleri sabit olmadıkça, sözleşme BK. m. 1 anlamında meydana gelmiş
sayılamaz. Özellikle, taşınmak üzere apartmana gelen A, 8 no.lu daireyi
kiralamış olduğunu iddia ettiği halde, B, kira sözleşmenin konusunW1 3
no.lu daire olduğunu ileri sürerse durum böyle olacaktır.

- **Üçüncü ihtimal:** Karşı taraf, beyan sahibinin hataya düştüğünü,

8

Karı bed ve beyan sahibi aynı konuda anlaşmışlar
beyan hükümsüz

gerçek iradesine uymaya,ı bir beyanda bulwıduğunu bilmiyor, dürüstlük kuralımı ışığmda yapması gereken bir yon,ma göre bilmesi de gerekmiyor.

Burada da bir ayırım yapmak gerekmektedir:

= *Karşı taraf. kelldisi11e karşı yapılan beyan, fiilen, güven ilkesine göre bu beyana vermesi icap eden anlama göre anlamışsa, sözleşme bu anlam üzerinden k.'1.11Ulur. Dikkat edilirse, bu ihtimalde beyana her iki tarafın verdikleri anlam farklıdır (örneğin Avrupa Birliğinde avro (=euro)'nun tedavüle çıkmasından önce gerçekleştiğini farz ettiğimiz bir olayda, beyan sahibi ..frank" derken İsviçre frankını kastediyor, buna karşı, diğer taraf bunu Fransız frankı olarak anlıyor ve onun bu anlayışı, olayın özellikleri gereği, güven ilkesine göre varılması icap eden sonuca uygun düşüyor). Ne var ki, sözleşme karşı tarafın güven ilkesine göre varılacak sonuçla uyumlu anlayışı çerçevesinde Fransız frankı üzerinden kurulmuş sayıldığı vakit, bu, iki taraftan birinin anlayışının güven ilkesine göre korunup üstün tutulması demek oluyor. Gerçek iradesine uymayan bir beyanda bulunmuş duruma düşen beyan sahibinin, BK. m. 23 vd.na dayanarak hata sebebiyle sözleşmeyi iptal hakkı da şüphesiz saklı kalıyor.*

= *Beyan sahibi gerçek iradesine uymayan bir beyanda bulunmuş, karşı taraf ise, buna fiilen güven ilkesine göre vermesi gereken anlamdan farklı bir anlam vermiştir. Bu anlam, beyan sahibinin gerçek maksadına da uymamaktadır. Örneğin, beyan sahibi "dolar" derken ABD dolarını düşündüğü, karşı taraf ise fiilen bunu Avustralya doları olarak anladığı halde, güven ilkesine göre yapılacak bir yorum sonucu onun bu beyanı Kanada doları olarak anlaması gerektiği ortaya çıkabilir. Bu durumda, güven ilkesine göre varılacak sonuç, sözleşmenin Kanada doları üzerinden kurulmuş sayılmasıdır. Oysa, bu sonucu beyan sahibi hiçbir şekilde istemediği gibi, karşı tarafın iradesi de bu yolda değildir. Her iki tarafın gerçek irade ve anlayışlarına ters düşen bir sonuca ulaşıldığı vakit, hakim görüşe göre, artık güven ilkesi uygulanmaz ve sözleşmeye hiç kurulmamış nazarı ile bakılır⁹. Tersini kabul etmek, çok defa, her iki tarafın da hata sebebiyle iptal beyanında bulunmak için yarışacakları bir sözleşmeye hayat hakkı tanımak anlamını taşırdı.*

- 9 Görülüyor ki, sadece karşı tarafça bilinemeyen (anlaşılamayan) hatalara ilişkin üçüncü ihtimal (o da sadece bu ihtimalin birinci şikkında) hata hükümlerinin (BK. m. 23 vd.) uygulanmasına yol açabilmekte; karşı tarafça

9) **Gauch/Schluemp/Schmid**, N. 220; **Guggenheim**, s. 113; **Piotet**, La theorie de la conclusion du contrat et son evolution en droit suisse, *ZBN* 121 (1985), s. 151, 154; **Jahr**, Geltung des Gewollten und Geltung des Nicht-Gewollten, *JuS*, 1989, s. 252. - Farklı: **Keller/Scböbi**, s. 132.

bilinebilen hntnlrnrn ilişkin birinci ve ikinci ihtimnllerde, mesele, irade beyanları yonımlımdıktnn sonra BK. m. 1 çerçevesinde bir çözüme bağlanmaktadır. Bu da bize şu önemli kuralı gösteriyor: *Bir irade beyanının (dolayısı ile sözleşmenin) hata liüldimleri (BK. m. 23 vd.) gereğince iptaline gitme>den önce. onu yorumlamak zorun/uluğu vardır.* Buna, "yonım iptal-den önce gelir" kuralı diyoruz. İmde beyanının gerçek anlamını bulma amacını güden yanını, bazı hallerde, beyandaki hatanın BK. m. 1 çerçevesi içinde (yerine göre sözleşmenin beyan sahibinin gerçek iradesi anlamında meydana geldiği veya hiç kurulmadığı sonucuna götürerek) düzeltilmesine yol açmaktadır. Bu gibi hallerde BK. m. 23 vd. anlamında bir hata yoktur, bu hükümler hiç uygulanamaz. Diğer bir ifade ile, *hataya ilişkin BK. m. 23 ,d. liükiimleri, sadece karşı tarafça bilinmeyen (anlaşılamayan) beyan /hatalarında uygulanabilir. Karşı tarafça bilinebilen (anlaşılabilen) hatalar, BK. m. 23 vd. anlamında bir hata niteliğini taşımazlar ve sadece BK. m. 1 çerçevesi içinde sözleşmenin meydana gelip gelmemesi üzerinde etkili olurlar.*

Belirli bir olayda, BK. m. 1'in mi, yoksa BK. m. 23 vd.nın mı uygulanacağını bilmesi *pratik sonuçları* açısından fevkalade önemlidir. Hata BK. 111. 1'e göre değerlendirilmek gerekiyorsa sözleşmenin *varlığı* ile, BK. 111. 23 vd.na göre değerlendirilmek gerekiyorsa, kurulmuş sözleşmenin *geçerli* olup olmaması ile ilgilidir. 10

Sözleşme hiç kurulmamışsa (yokluk), bu, her zaman olumsuz bir tespit davasına konu olabilir ve ilgili herkes, hatta hataya düşmemiş olan karşı taraf yolculuğun riialıReiııecelükiııııı altına alınmasını sağlayabilir. Sözleşme, fiataya düşenin g?e"k-iraöesine uymayan beyanına göre kurulmuşsa, BK. m. 1'e göre yazılı bir yıllık süre içinde (bu süre hatanın öğrenildiği tarihten işlemeğe başlar) sınaee-hataycidüşen tarafça iptal edilebilir. Bu süre kaçırılır veya daha önce sözleşmeye yanılan tarafından icazet verilirse, sözleşme kurulduğu andan başlamak üzere geçerlilik kazanır.

Yalnız burada bir noktaya işaret etmek istiyoruz. Özellikle yukarıda incelenen üçüncü ihtimal d o lqvısı jI e görüldüLki karşı-taraf.bey.an-hatasının farlana varamayacak durumda ise, onun kendis.iue karşıLJapılan b ey ana naKlı güveni oıJınmakta..Y.e...sözleşme-1Je.y.ana-muhatabın_v,eı:mesi gereken anlama göre kurulmakta?dır. Ne var ki, güven ilkesinin yardımı ile elde edilenbi sonuç, hiç değilse hakim fikir açısından geçicidir. Zira, hataya düşen taraf, bu defa kurulduğunu kabul ettiğimiz sözleşmeyi hata hükümlerine dayanıp iptal etme imkanına sahiptir. Sistemi eleştiren yazarlar, böylece bir el ile verilenin diğer el ile geri alındığını iddia ediyorlar. Bunda bir gerçek payı vardır. Ancak, hata sebebiyle sözleşmeyi iptal edene, karşı tarafın bu yüzden (sözleşmeye güveninden ötürü) uğradığı zararı tazmin mükellefiye-

tini yükleyen BK. m. 26 hükmünü de unutmamak gerekir. Ne yazık ki, BK. m. 26, BGB § 122'den farklı olarak, burada bir *kusur sorumluluğunu* ön-görmüş ve sadece ihmaliyle hataya düşenden tazminat istenebilmesine izin vermiştir. Oysa, hataya düşeni, kendi riziko (tehlike) alanında kalan hata-sından ötürü kusuru olmasa bile tazminatla yükümlü kılmak gerekirdi. Fe-deral Mahkeme de bu noktada kanunun getirdiği çözümün tatmin edici olmadığını kabul ediyor ve hataya düşenin davranışının sıkı bir şekilde değerlendirilmesi suretiyle kolay kolay onun ihmalinin bulunmadığı sonu-cuna varılmaması gerektiğine işaret ediyor⁸.

M. Beyan İradesi Veya Bilincinden Yoksun İrade Beyanları⁹

- 12 Klasik ve özellikle eskiden Alınan Hukukunda yaygın sayılabilecek bir görüşe göre, iradesinin bulunmaması halinde hılaiken-hağlayıcı bir beyan da mevcut olamaz (yokluk). Buna karşı, günümüzde Alınan, özellikle İsviçre-Türk Hukuklarında savunulan ikinci bir görüş, güven ilkesi esasla-rını bu ihtimalde de uyguluyor. Bu görüşe göre, karşı taraf açısından, beyan sahibinde hukuki sonuç iradesinin bulunmaması ile beyan iradesinin bu-lunmaması arasında hiçbir fark görülemez. Her iki durumda da, o, dürüst-lük kuralı (MK. m. 2/I) gereğince, bildiği veya bilmesi gereken bütün hal ve şartları nazara alarak geçerli bir irade beyanının mevcudiyetine hük-metmişse, onun bu *haklı güveni* korunmalıdır. Bu sebeple, beyan iradesi veya bilinci bulunmadan yapılan bir irade beyanı da, karşı tarafın güveni-nin orunması gereken ölçüde onun deşer taşıyan bir iradede beşatır. Ölsa olsa, beyanda bulunan kişinin, bu yoldan kurulan sözleşmeyi (sonuç-larına, "zellikle BK. m. 26;da düzenleneQ. tazmin et mük <:H fiyetine l'atlanan-rak) hata hükümleri (BK. m. 23 vd.) gereğince iptal etmesi söz }5:Qnusu ola-bilir Alınan öğretisine göre, bu uygulamakıyas yoluyla gerçekleşir).
- 13 *Fikrimizce*, ikinci görüşte isabet olmakla beraber, bu görüşü de belirli bir ölçüde sınırlandırmak gerekmektedir. Bunu anlayabilmek için iki örnek verelim¹⁰:

Birinci örnek: Bir derneğin Yönetim Kurulu toplantısında, iki imza dosyası elden ele dolaştırılıyor. Birincisinde, hazır bulunmayan bir üyeye gönderilecek bir kutlama yazısı, ikincisinde ise demek tarafından tavsiye edilen bir dergiye abone olunduğunu bildiren bir yazı vardır. A, dergiye

8) BGE 69.II.234. Ayrıca bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, not I'de age, s. 116 ve orada anılanlar.

9) Buradaki açıklamalar için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, not I'de age, s. 25 vd.; **Larenz**, AT, s. 354 vd.; **Kramer**, Art. 1, N. 46 vd., 50; **Palandt/Heinrichs**, 64.A., Einf. vor § 116, N. 17; **Leipold**, N. 592 vd.; **Medicus**, AT, N. 605 vd.-Farklı: **Larenz/Wolf**, 9.A., § 24, N. 6 vd.

10) Bu örnekler için bkz. not 9'da anılan **Larenz** ve **Kocayusufpaşaoğlu**.

abone olmayı aklından bile geçiimmediği ve sadece kutlama yazısını imzalamak istediği halde, yanlışlıkla doğru dürüst okuma gereğini duymadığı diğer yazıyı imzalıyor. Bir hukuki işleme ilişkin her hangi bir irade beyanında bulunma irade ve bilincinden tamamen yoksun bulunan A, bir süre sonra derginin ilk sayısını gönderen yayınevinin abonelik bedeline ilişkin talebiyle karşılaşılıyor. A'nın bahis konusu beyanı ile abonelik sözleşmesi kurulmuş mudur?

İkinci örnek: Alınan Hukukunda sık sık tekrarlanan ve "Trier'deki şarap artınnası" örneği diye anılan bu ömekte durum şöyledir: O bölgedeki--)'d adetler hakkında tam bir bilgisizlik için bulunan yabancı bir kişi, A, bir hi- 11ar1ın inahz? uindeki lokantaya giciyor-ve-tamdıg-ı-oifls-i-iii--iöri:ip-el-saUıyor. Oysa, o S1f3: a bir Ş?P arıtı:n1?ş1..(1nüzayedesı ?pılmaktadır-ve-el sallama yerel adetlere göre pey sürme anlamına gelmektedir. Artırma - memuru, A11111 el işaretini bu şekilde anla!lllandınp bir fiç1 şarabı ona ihale ediyor. Satış sözleşmesine kurulmuş nazarı ile bakabilir miyiz?

Her iki örnekteki durum tamamen birbirine uymamaktadır. Bunun için farklı sonuçlara varılacaktır.

Birinci örnekte, A, içinde bulunduğu hal ve şartlara göre biraz dikkat etseydi, alışveriş (iş) hayatına katılan n_or_ma{ ve makul bir lds{gjm aavran-iiiyai; hareket tarzının başkaları için ne anla_ma geldiğini fark edebilecek ve 'liündan doğacak sakıncalı sonuçları önleyebilecek durumdaydı. Bu sebeple o, hareket tarzının (onda böyle bir irade veya bilincin hiç bulunmamasına rağmen) başkaları için bir irade beyanı anlamına gelmesinden, böyle yorumlanmasından sorumludur. Su hald.e.,karşı tarafın A'mn hareket tarzına haklı güveni korunacak, abonelik s özleşmesi-kuml-muş-sayıhrcaştır. A, dilerse (BK. m. 26'daki tazminat yükümlülüğüne katlanarak) sözleşmeyi hata hükümleri (BK. m. 23 vd.) uyarınca iptal edebilir (Aynca bkz. aşağıda § 36, N. 53 vd.).

İldnci örnekte, aynı şeyi söylemek imkanı yoktur... A, bölgedeki detl?r?1 tamamen yabancı bir kişi olarak, bir lokantada şaraQ 1.ffil?RY.apılabilece- /Ur-ı ğini bilemez. Onun hareke-ttarzını, alışveriş hayatına katılan normal ve i'<""ak. dürüst bir kişiden beklenen özeni göstermediği gerekçesi ile, kendisine bir irade beyanı olarak bağlamak (isnat etmek) mümkün değildir. Bu sebeple de, karşı tarafın güveninin korunması söz konusu olamaz. Sözleşme kurulmamıştır.

Bu açıklamalar da gösteriyor ki, güven ilkesinin uygulanması bakımından, hukuki sonuç irades-imft-btlt:-adıg-l-haUeF-ite:-heyan-'ıraôesi veya bilincinin bulunmad-ı 1 haller arasında fark vardır¹¹:

11) Aynca bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, not 1'de age, s. 28, not 30.

Hukukî sonuç iradesi bulunmayan hallerde, karşı tarafın beyanın içeriğine güvenerek venneğe mezun olduğu anlam, her zaman beyan sahibine yüklenebiliyor ve o, bu anlamdan sorumlu tutulabiliyor. Kısaca, karşı tarafın haklı güveni her zaman korunuyor. Bu sonuç yerindedir. Çünkü beyanın sözlü, yazılı ile vs. ifade eden kişiden kelimelerini dikkatle seçmesini, düşüncesini en açık, karşı tarafın en kolay anlayabileceği biçimde formüle etmesini beklemek hakkımızdır. Onu ayrıca korumak gereksizdir.

Beyan iradesi veya bilinci bulunmayan hallerde ise, karşı tarafın haklı güveni ancak beyan sahibinin ihmali varsa; o, alışveriş hayatına katılan normal, makul ve dürüst bir kişiden beklenen özeni göstermeden bir davranışta bulunmuşsa korunuyor. Aksi halde, bahis konusu davranışın bir irade beyanı olarak o "-işkiye yüklenemeyeceği kabul ediliyor ve karşı tarafın güveninin korunmasından da vazgeçiliyor. Nitekim, Alman Federal Mahkemesi kararlarına göre de, kişi, gerekli özeni gösterseydi, hareket tarzının dürüstlük kuralı ve iş hayatında hakim adetlerin ışığında bir irade beyanı olarak anlaşılabileceğini bilebilecek ve bu sonucun doğmasını önleyebilecek durumda ise, onun, beyan bilinci bulunmadan yapılan davranışlarının da bir irade beyanı olarak kendisine bağlanmasına katlanmak zorunda olduğu kabul ediliyor¹². Bu düşünce yerindedir. Çünkü güven ilkesi, her şeyden önce, iki tarafın menfaatleri arasında adil bir denge kurmak amacını güden bir ilkedir. Hiç farkında olmadan ve en ufak bir ihmali bulunmadan, karşı tarafça bir irade beyanı olarak anlaşılan bir davranışta bulunan kişi; o, bu sonucu önleyecek hiç bir imkana sahip olmadığı için, ayrıca korunmaya muhtaç durumdadır. Burada, onun korunmasını haklı gösteren düşünceler, karşı tarafın güveninin korunmasını gerektiren düşüncelere nazaran daha ağır basmaktadır. Bununla beraber, uygulamada, karşımıza çıkacak hallerin büyük çoğunluğunda, beyan iradesi veya bilinci bulunmadan bir davranışta bulunan kişinin ihmalden bahsetmek ve karşı tarafın güvenliğini korumak üzere, bahis konusu davranışı bir irade beyanı olarak o kişiye bağlamak mümkün olacaktır. "Trier'deki şarap artırması" örneğine paralel sonuçlara götürecek olaylara her zaman rastlamak kolay değildir.

§ 14. Açık (Sarih) Ve Örtülü (Zımni) İrade Beyanları

I. Genel Olarak

- I İrade beyanı çeşitli açılardan ayrımlara tabi tutulabilir. Biz burada ve bundan sonraki paragrafta bu ayrımlardan iki tanesini ele alacağız.

12) BGH, NJW 2002, 363; NJW, 1990, 454. -İsviçre Federal Mahkemesinin aynı doğrultudaki karar için bkz. BGE 120.II.197. Ayrıca bkz. aşağıda § 46, N. 17 ve not 27.

özleşmenin kurulmasına ilişkin BK. m. 1/11'şu hükmü koymaktadır:

"Rü:::anm heyam sarıh olabileceği gihi zım11f dalı olabilir."

Bu hüküm, doğrudan doğruya düzenlediği konunun dışında da uygulama alanı bulan genel bir prensibi dile getirmektedir: Kural olarak, irade beyanının sarıh (açık) veya zımnı (örtülü) olması arasında sonuçları bakımından bir fark yoktur. Fakat bu temel kural istisnasız kalmamıştır. Kanunlarımızda yer alan bazı hükümler, sarıh (açık) bir irade beyanının mevcudiyetini şart koşturmaktadır. Örnek olarak, BK. m. 211/III, 361, 450/11, 453/11 vs. gösterilebilir. Bu noktayı da göz önünde tutarak, irade beyanının ne vakit açık, ne va.kit örtülü sayılacağını aydınlığa kavuşturmak gerekmektedir. 1

1.1 Açık (Sarıh) İrade Beyanı

İrade beyanının anlamı, beyanın içinde yapıldığı hal ve şartları anlamlandırınak gerekmez, kullanılan beyan vasıtalarından doğrudan doğruya anlaşılıyorsa, irade beyanı açıktır. Bu şartı, kural olarak, yalnız kelimeler araflarc.1 daha önce ka@rl?tırılmış bis işıret ve a şifre) gerçekleştiri rir¹. Örneğin, A ? ye birmektu yazarak aralarındaki sözleşmeyi feshettiğini (= bozduğunu) bildirirse, bu ? ç !?an ! aç ıktır. Bununla beraber, bu kadarla kalmamak ve-1<:diinelere dışında, alışveriş hayatında mutat (alışıl-nış, yerleşmiş) bazı davranışların (beyan vasıtalarının) da, yerine göre, sarıh irade beyanı olarak değerlendirilebileceğini kabul etmek gerekir (A'nın "evet" anlamına başını eğerek cevap vermesinde olduğu gibi)².

e) <Dft-.

1) v. Tuhr, AT, § 61, il, 4, s. 416-417 - Böylece, bu konuda *objektif* diye adlandırılan göii-şü kabul ediyor ve sarıh (açık) irade beyanları ile zımnı (örtülü) irade beyanları arasındaki farkla, bunların *amacında* arayan *sübjektif* göiişe katılmıyoruz. Bu son görüşe nazaran, açık irade beyanında, davranışın aslı amacı iradeyi başkasına bildirmektir. Örtülü irade beyanlarında ise, belirli davranışla güdülen amaç başka olduğu halde, davranışta bulunmanın bul'Uk.i sonuç (işlem) iradesi hakkında mantıki zorunluluk arzeden farklı bir sonuca varılabilir (Bu fikirde: Schwarz, s. 157. Ayrıca bkz. Lehmann, § 30, II, s. 193'de verilen bilgi). *Fikrimizce*, güven ilkesinin hakim olduğu bir sistemde, açık ve örtülü irade beyanları arasındaki ayrımın, beyanda bulunanın takip ettiği amaç gibi sübjektif bir kriterle göre yapılamaz.

2) Bkz. Ennecerus/Nipperdey, § 153, I, s. 942; Lehmann, § 30, il, s. 193. Lehmann'ın ifadesi ile, açık irade beyanlarında, beyan vasıtası olarak öyle fiiller (davranışlar) kullanılmaktadır ki, bunların ifade ettiği anlam özel olaydan bağımsız biçimde önceden ve tamamen objektif olarak tespit edilmiş bulunmaktadır. Bu tespit alışveriş hayatındaki adetler, kamın veya tarafların anlaşması ile yapılmış olabilir. Yapılan bir icaba "Evet" diye cevap verilmesi bunun en basit ve kolay anlaşılır örneğini oluşturur. Gerçi, bu noktada, her irade beyanının bir ölçüde içinde yapıldığı hal ve şartların değerlendirilmesine bağlı olduğu söylenebilir. B'nin "Evet" demesi, A daha önce kendisine bir icapta bulunmuşsa bir anlam taşır ve açık bir irade beyanı olarak nitelendirilebilir. A, B'ye birlikte gezmeye çıkmayı teklif etmiş ve B'den "Evet" cevabını almışsa, ortada hukuki sonuca yönelmiş,

ili. Örtülü (Zımnı) irade Beyanı

- 3 Bu, hayli tartışmalara yol açmış, oldukça karanlık bir kavramdır. Örtülü irade beyanı başlığı altında şunları incelemek imkanı vartr:

1. iradeyi Gösteren Hareketler (Facta concludentia)

Dış alemde belirli bir davranışta bulunan kişinin söz konusu davranışı, ancak alışveriş hayatındaki adetlere dayanarak, o *olayda mevcut bütün hal ve şartlar değerlendirildiği zaman* bir 4"adenin mevcudiyetini gösteriyorsa, *iradeyi gösteren hareket (factum concludens)* bahis konusudur. Bu durumda, gerçi o kimse iradesini başkasına bildirmek için hareket etmektedir. Ne var ki, bu irade, beyan vasıtalarından *doğrudan doğruya* değil, ancak *mevcut hâl ve şartlar anlamlandırılarak* anlaşılmaktadır³. Örneğin, A, nişanlısı B'ye, gazetede çıkan ve kendisinin C ile nişanlandığını bildiren haberi kesip gönderiyor (nişanı bozma iradesinin örtülü biçimde beyanı). Diğer bir örnek: Kiracı K, eşyalarını bir kamyonu yükleyip evin anahtarını kiraya vere-ne (kiralayana) yolluyor (kira sözleşmesini feshetme iradesinin örtülü biçimde beyanı/.

2. İrade Faaliyeti • cıraatı EtkinJ!öi)

- 4 Bu durumda, bir kimsenin davranışlarından onda belirli bir iradenin (hukuki sonuç veya işlem iradesi) bulunduğu sonucuna varılmakta, fakat bu davranış iradeyi beyan etmek (dış dünyaya yansıtmak) amacı ile yapılmamaktadır. Diğer bir ifade ile, söz konusu kişinin dış alemde karşımıza çıkan ve belirli bir iradenin mevcudiyetini gösteren hareket tarzı, *iradeyi başkalarına bildirmek amacı ile yapılmayıp, doğrudan doğruya bu iradenin gerçekleştirilmesine* yönelmiş bulunmaktadır. Görüldüğü gibi, bu gibi davranışlarda *beyan bilinci* veya *iradesi* (hiç değilse, iradenin dış aleme yansıtılması anlamında) mevcut değildir⁵.

İrade faaliyetleri için verilen en güzel örneklerden birisi şudur: Bir kim-

hukuken nazara alınacak bir irade beyanı bile mevcut değildir. Şu var ki, açık irade beyanlarında, somut olaydaki hal ve şartların göz önünde tutulması asgari ölçüye inmiş bulunuyor. **Flume**'ye (§ 5, I, s. 63) ve onun andığı Alınan İmparatorluk Mahkemesine göre, bir irade beyanının açık diye nitelendirilebilmesi için *özel (yüksek) nispette anlamı açık olan, şüphe ve tereddüde yer bırakmayan* bir irade beyanı bulunmalıdır. Buna karşı, örtülü irade beyanlarında, her şey tamamen hal ve şartların en geniş ölçüde değerlendirilmesine bağlı bulunuyor.

3) v. **Tubr**, AT, § 61, II, 5, s. 419.

4) Bkz. **Köbler**, 28.A., § 6, N. 4.

5) **Lehmann**, § 24, IV, 2, s. 136 vd.; v. **Tubr**, AT, § 61, I, 2, s. 404 vd.; **Larenz**, AT, s. 317-318; **Flume**. § 5, 6, s. 76; v. **Tubr/Peter**, § 2I, 5, c. s. 163.

eye, ısmarlamamış olduğu bir kitap gönderiliyor. Onun, kitabın sayfalarını açarak okuması, yapılan satış icabının kabul edildiği anlamına gelir. Ne var ki, o kişi kitabın sayfalarını açarken, kabul iradesini dış aleme yansıtmak, onu bildirmek için değil, doğrudan doğruya kabul iradesini gerçekleştirmek amacıyla hareket ediyordu⁶. Şu noktayı eklemek gerekir ki, günümüzde, ısmarlanmamış malların gönderilmesi icap sayılmamakta ve alıcının herhangi bir tazminat ödemesi söz konusu olmaksızın bu malı istediği gibi kullanmasına hatta yok etmesine izin verilmektedir. İsviçre Hukukunda Borçlar Kanununa eklenen ve bu çözümü benimseyen ın. 6a hükmüne paralel açık bir hüküm mevzuatımızda yer almadığı için, aşağıda belirteceğimiz gibi Türk Hukuku açısından durum tam bir kesinliğe kavuşmuş sayılmaz^{6a}.

Bu kategoriye giren hallerin, irade beyanı kavramına dahil sayılabiliş sayılamıyacağı tartışmalıdır. Bir fikre göre, kanun irade beyanları ile irade faaliyetleri arasında hi.9 bir aydınlatma vardır: İrade beyanı kavramına dahil değildir. Çünkü her iki durumda da iradenin yürürlüğe konulması söz konusudur⁷. İkinci bir fikir ise, bu ila aviam arasıııaafaix gözetmek gerektiğini uyor. Buna nazaran, beyan, sadece iradeyi dış dünyaya bildirmek üzere yapılan davranışları ifade eder. İrade faaliyeti diye adlandırılan durumlarda, bu unsur eksik olduğuna göre, bunları irade beyanı olarak nitelendiremeyiz. Şu halde irade faaliyeti kavramının irade beyanı kavramının içinde değil, yanında yer aldığı kabul etme gşI ekir:-LGreüz'inifadesi ile, irade beyanı hem iradeyi alıŞ* afenietilldirdiği, hem de hukuki sonuca yönelmiş iradeyi yürürlüğe koyup yerine getirdiği (icra ettiği, gerçekleştirdiği) halde, irade faaliyeti sadece iradeyi yerine getiren (icra eden, gerçekleştiren) bir fiildir^{8,9}.

6) Bu örnekte icabın temellük (kendine mal etme) fiilleriyle kabulü söz konusu oluyor. Yine irade faaliyetleri olarak nitelenmesi gereken diğer bir hal, icabın ifa fiilleriyle kabul edilmesi halidir. Örneğin, bir ciltçi ciltlenmek üzere kendisine gönderilen kitapları hiç sesini çıkarmadan hemen ciltlemeye başlıyor veya bir kimse bir katalog veya fiyat listesine dayanarak kendisine sipariş edilen malları herhangi bir beyanda bulunmadan gönderiyor. İrade faaliyeti, metindeki açıklamalardan anlaşılacağı gibi gerçek anlamıyla bir irade beyanı olmadığı için, "gönderme", "varma", "öğrenme" gibi irade beyanlarına ilişkin kavramlar burada bir rol oynamaz (Ayrıca, bkz. aşağıda not 9)

6a) Bkz. aşağıda § 18, N. 20 vd.

7) Enneccerus/Nipperdey, § 145, 2, A, 3, s. 899; Flume, § 5, 6, s. 77. Yalnız, anılan son yazara göre, irade faaliyeti denilen hallerin özellikleri yine de göz önünde tutulmalıdır.

8) Lorenz, AT, s. 317-318; v. Tuhr, AT, § 61, I, 2, s. 404 vd.; § 61, not 104.

9) İrade faaliyeti kavramını irade beyanı kavramı dışında tutan yazarlar, aradaki en büyük farkı hata sebebiyle iptal probleminde görüyorlar. A, B'nin hareket tarzını, yanlış olarak, belirli anlama gelen bir irade faaliyeti şeklinde değerlendirmişse, bu görüşe göre, B, hata sebebiyle iptal yoluna başvunnak zorunda kalmaksızın, mevcut gön'i-

Bizce de, hüJ....'Uk teorisi açısından, ikinci fikirde isabet vardır. Ancak, aradaki yakın ilişkiyi ve benzerliği dikkate alarak, irade faaliyetlerini geniş anlamda örtülü (zımnî) irade beyanları ile birlikte ele almakta bir sakınca yoktur.

S'c: { } Je < a.L { }) vS1.1b { },

3. Susma (Sükut)

; |: _ n:r- lcc J.J eci,lr

a. Genel Olarak

6 Mecellenin 67. maddesi aynen şöyle diyor:

"Salı.it 'e bir söz isnad olunmaz. Lakin ma'rız-ı hacette sükut beyandır". Yani, susan (sükut eden) kimseye şu sözü söylemiş oldu denilmez, lakin söyleyecek yerde susması (sükut etmesi) ikrar ve beyan addolunur.

Modern Hukukta, güven ilkesi açısından varılacak sonuç bundan farklı değildir. Ana kural şudur: *Susan* (olumlu veya olumsuz) *bir beyanda bulunmuş sayılmaz*¹⁰. Ancak, istisna olarak, özel bazı durumlarda, susma BK. m. 1/II anlamında zımnî (örtülü) bir irade beyanı sayılabilir. Bunun için şu şartların gerçekleşmesi gerekir:

1 - Olayın özelliği ile mevcut hal ve şartlar açısından, susan kişinin MK. m. 2'de yer alan dürüstlük kuralı gerçeğince olumlu, aktif bir davranışta bulunması gerekiyor olm. alıdı.c.J3ucada, durum, arşı taraf açısından incelenecektir: O, kendisi4lc e bilinel:1 bili.nebilen bütün hal ve şartları MK. m. 2'aeiaimis!lük kuralı,ış,!ğı altınd d lendire:ek, diğer tarafın, dımlu bir beyanda bulunmak istemiyorsa ¹¹ cevap vermesi gerektiği sonucuna hal<10Iara1Cvarim lmal_Iair¹² Şu halde, onun-susan karşı tarafın bu tutu-

uişteld irade açığa vurmasını gerçeği ortaya koyarak bertaraf edebilir. Onun, bu sonucu sağlamak için, karşı tarafın fiili olaylardan çıkardığı sonucun yerinde olmadığı hususunda hakimi ikna etmesi yeterlidir. (v. Tuhr, AT, § 61, I, 2, s. 406-407; v. Tuhr/Peter, § 21, I, 2, s. 159-160. Aksi fikirde: **Ennecerus/Nipperdey**, § 145, 2, A, 3, s. 900 vd.) - Genellikle kabul edilen diğer bir fark şudur: *Vannası gerekli bir irade beyanı* (bkz. aşağıda § 15) ihtiyaç olan hallerde, irade faaliyeti yolu ile gerçekleşen irade açığa vurmasının karşı tarafa *varması* aranmaz. Esasen, irade faaliyetinde, bir iradeyi dış aleme aksettirme (duyurma) maksadı (beyan iradesi veya bilinci) bulunmadığına göre, yöneltilme veya vannayı aramak bu kavramın özüne aykırı düşerdi (**Larenz**, AT, § 24, 1, s. 317-318; 531 vd.; v. Tuhr, AT, § 61, 111, s. 428).

10) **Flume**, § 5, 2, b. s. 64; v. **Büren**, s. 136.

11) Bu gibi durumlarda susma, kural olarak, kabul (muvafakat) anlamına gelir (**Flume**, § 5, 2, b. s. 65).

12) Özel olarak bkz. **Yung**, L'acceptation par le silence d'une offre de contracter, Etudes et Articles, Geneve 1971, s. 219 vd. Bu yazarın belirttiği gibi, susan kişinin cevap verme yükümlülüğünün kaynağı, diğer tarafın, içinde bulunulan hal ve şartlara göre onun susmasını kabul olarak anlamak yetkisine sahip olmasıdır.

immu olumlu beyan sayması, güven ilkesine hakim olan esaslar bakımından yerinde görülcibilmclidir¹³.

A)ım B·ye, oı:un tarafından hiç bir talep olmadan, bir mektup gönderip icapta bulunduğunu e mel<.tlıbun sonuna "15 gün içinde cevap vermezse-
n}z. susmanızı kabul sayacağım" kaydını eklediğini farz edelim. B, 15 gün
1c_ geçtiği halde susa_rsa, bu, hi_çj)ir_ş?kUde kabul beyanı olarak değerlendirilemez ve sözleşme ku1>1Irnü s_g Dnaz. Zira kimse *bir taraflı* irade beyanı ile başkasını belirli bir davranışa zorlamak hakkına sahip değildir. J3j_cin_kcn-
y >:- r' disine yapıla n i?ap İara ceva vermek; yüjçümlj.ilüğü y oktur. A., bu durumda, MK. m. 2'deki dürüstlük kuralı açısından, B'nin susmasını kabul beyanı olarak anlamaya yetkili sayılamaz .

Şimdi bir başka örnek üzerinde duralım: A ile B devamlı i ili Jcileri olan iki ?cirdir. A, def?arlaJ B'y ?ccp !?!!llı:!!TIUS, her şefeij nge B bu
-icabı cevapsız bıraknuş. fa}sa?js?el!e!l J:Balı A tar?findf).IJ belirtil?n 4tribte göndern1.İ_ştir. Bir süredir devam eden bu uygulamaya rağmen, A'nın son icabını cevapsız bırakıp mal göndermeyen B, susmanın irade beyanı olarak kendisiye yüklenemeyeceğini, sözleşmenin kurulmamış olduğunu iddia edebilecek midir? Bu sorunun cevabı olumsuzdur. A, daha öncelci iş ilişkilerini nazara alarak, MK. m. 2'ye göre, B'nin susmasını bu defa da kabul beyanı olarak değerlendirmekte, onun, icabı reddetmek isteseydi bunu açıkça ifade etmesi gerektiğini düşünmekte haklıdır. Sözleşme, B'nin,

13) Yargıtayın 30.11.1955 tarihli ve 14/20 sayılı İçtihadı Birleştirme kararında (RG. 9220) "sükut ile iradenin izhar edildiği (açığa vurulduğu) pek çok haller vardır" denilmekte ve "Kanunen cevap verme veya bir müracaatta bulunma mecburiyeti olmamakla beraber *objektif lüisuiiniyet kaidesi* icabı olarak cevap verme veya rnüracaatda bulunma mükellefiyetinin doğduğu hallerde, bu mükellefiyetin yerine getirilmemesine ve bu suretle ihtiyar olunan sükuta muayyen neticeler izafe edilmesi icap ettiği"ne işaret edilmektedir. Şu var ki, kararda "Bilhassa sükutun karşı tarafa hukuki neticeler doğuracak olan muayyen bir iradeyi izhar maksadiyle ihtiyar edilmiş olması halinde sükut *sarih* bir irade beyanı gibi hüküm ifade eder" cümlesi ile, bu durumda, susmanın sarıh (açık) bir irade beyanı sayılacağı ifade edilmek isteniyorsa, buna katılmak imkanı yoktur. Susan ne düşünürse düşünsün, karşı taraf güven ilkesi gereğince onu bir irade beyanında bulunmuş farz etmeye mezun olduğu zaman, olsa olsa örtülü (*zımni*) bir irade beyanından bahsedilebilir. Susma 'run sarıh (açık) bir irade beyanı niteliğini taşıması, istisna olarak, şu örnekte düşünülebilir: A ile B arasında yapılan *anlaşmaya* göre, A'nın yapacağı icaba, B belirli süre içinde cevap vermezse, bu, kabul sayılacaktır. Bu ihtimalde, B'nin susması, taraflarca *kararlaştırılmış* bir beyan işareti olarak, açık bir beyan addolunabilir (Kırş. Jaggi, Art. I, N. 145; Lorenz, AT, s. 358).

14) Bkz. v. Tuhr/Peter, § 21, II, 5, s. 164; § 24, IV, s. 189; Flume, § 5, 2, a, s. 64. -Aynca, bkz. Yarg. 4. HD, 20.5.1965, E. 964/5051, K. 2717: "Bir tarafın kendi iradesiyle ak.it şartlarını değiştirme yetkisi yoktur; akde yeni şartlar ilave edemez. Karşı tarafın şartlardaki değişikliği taşıyan yazıyı sükutla karşılas!, akitte değiştirme yapılmasının kabul edildiği anlamına gelmez" (Olgaç, Kazai ve ilmi İçtihadlarla Türk Borçlar Kanunu, 1. 2. Baskı, İstanbul 1969, s. 29-30).

zımnî (örtülü) irade beyanı (= kabul) olarak değerlendirilen susması ile meydana gelmiştir.

2 - Susan tarafın, susmasının ke ndisine ö rtülü-hir-ir-ade beyanı-olarak ba 0 lanmasına ol a an o J g ular L (ha L ve-ş a ıt lan) _ bilmesi,-hiÇ-değ ilse-bilebi-lecek durumda olması gerekir. Ancak bu durumdadır ki, onun, susmasının karşı tarafça haklı Ö larakkabul (muvafakat) diye anlaşılabileceğ inin farkına vannası, bağlanmak istemiyorsa *olumsuz cevap vermek, itiraz etmek imkanmı* kazanması söz konusu olabilir¹⁵.

Normal irade beyanlarında, *beyan iradesi* veya *bilincinden* yoksun kiş in davranış ını (karşı tarafın güvenini korumak amacı ile) kendisine bir irade beyanı olarak bağ lı yabilmemiz için, beyan sahibinin alış veriş hayatına katılan normal, dürüst, dikkatli bir kiş inin gösterdiğ i ö zenı göstermemiş olmasını aramış tık¹⁶. Aynı esası bu hale de uygularsak, ş u sonuca ulaş ırız: Susan kiş iyi bir beyanda bulunmuş sayabilmemiz için, onda ya beyan iradesi veya bilinci bulunmalı (yani bahis konusu pasif tutumu ile karşı tarafta bir irade beyanında bulunduğ u yolunda haklı bir kanaat uyandırdığ ının farkında olmalı); hiç değ ilse, o, böyle bir bilinçten yoksun bile olsa, bu sonuca varılmasını mümkün kılan olguları (hal ve ş artlan) bilmeli, bilebil-meli ve buna rağmen gerekli ö zenı gösterip susmasının karşı tarafça nasıl yorumlanacağ ının farkına varmaması onun açısından bir ihmal teş kil etme-lidir.

b. Teyit mektubu

Ö zellikle ticaret hayatında, tacirler arasında yerleş miş bir adet vardır. 3° Taraflar, sözle, telefonla vs. yaptıkları görüş meler sonucu bir sözleşmeyi kurduktan sonra, içlerinden birisi diğ erine kurulmuş bulunan sözleşmenin içeriğ ini tespit eden, tekrarlayan bir yazı gönderir. Buna *teyit mektubu* denir^{16a}. Karşı taraf, teyit mektubunu aldıktan sonra biç s esini çıkarmayı t ilir. Bu-i urumda, ortaya önemli bir problem çıkar: Acaba, teyit mektubunu aldığı halde susan taraf, sonradan bunun sözlü olarak ku nılmu ş sözleşmeyi doğru olarak y ansı t nradrğ ını ilen süre ilir mi? Baş ka bir ifade ile, onun

15) Yung, not 12'de age, s. 221 vd.; v. **Tubr/Peter**, § 21, II, 5, s. 164 ve not 46.

16) Bkz. yukarıda § 13, N. 12 vd.

16a) Alman öğretisinde, taraflardan biri tarafından hazırlanan ticari teyit mektubunun sözleşme müzakerelerinden hemen sonra, aradan uzunca bir süre geçmeden karşı tarafa ulaştırılmış olması aranıyor. Ne var ki, kapsamlı ve zor metinlerde bu sürenin biraz daha uzun tutulabileceğ ine işaret ediliyor ve bir görüş e göre, müzakereleri izleyen beş gün içinde kaleme alınıp karşı tarafa ulaştırılan bir teyit mektubunda bu ş arta nonnal olarak gerçekleş miş gözüyle bakmak gerekiyor (**Larenz/Wolf**, 9.A., § 30, N 34).

kendisine ulaşan teyit mektubuWla rağmen susması, teyit mektubunun içeriğini uygun bulup kabul ettiği anlamını taşır mı?

Yukarıda belirtildiği gibi, teyit mektubu ticaret (iş) hayatı ile ilgili bir kavramdır. Aşağıda görülebileceği üzere, bu kavram TTK. m. 23/III'de tacirler açısından düzenlenmiştir. Bununla beraber, İsviçre'de kabul ediliyor ki, tacir sıfatını taşımayan bile, çok sayıda işlem yapan ve ticari hayattaki adetleri bildiği kabul edilebilecek kişiler dahi, kendilerine gönderilen teyit mektupları açısından tacirlerle bir tutulabilir¹⁷.

Genellikle benimsenen görüş tarzına göre, teyit mektubunu yollayan taraf, iş hayatındaki adetleri de nazara alarak mütadilen taraflardan karşı tarafın teyit mektubuna itiraz etmemesinden, dürüstlük kuralı (MK. m. 2/I) gereğince olun- mektubun içeriğini kabul ettiği anlamını çıkarmakta haklıdır. Teyit mektubu karşı tarafca olduğu gibi kabul edilmiştir. Görüldüğü gibi, 75. maddede da teyit mektubunu gönderenin, karşı tarafın susma şeklinde beliren pasif tutumuna güven ilkesine göre vermekte haklı olduğu anlam esastır.

Teyit mektubunu yollayan taraf, bu mektubun içeriğini sözlü anlaşmayı aynen ifa etmemesi düzenlenmiştir. Bu düzenleme, ona elbüküklü emis, anlaşma konusu maddeler değiştirilerek kaleme alınış da olabilir. Bu son durumda, teyit mektubu yollayan tarafın niteliğini karşı tarafın belirten şartlar altında karşı tarafın susması kabul edilerek değerlendirilmektedir.

Bütün bu açıklamalar şu noktayı ortaya koyuyor: Teyit mektubu bazen sadece *bildirici* bir nitelik taşımaktadır. Önceki sözlü anlaşmayı aynen ifade eden bir teyit mektubunun durumu budur. Böyle bir teyit mektubu bir *ispat vasıtasından* başka bir şey değildir¹⁸. Buna karşı, diğer bazı hallerde, teyit mektubu *kurucu* bir nitelik taşıyabilir. Özellikle önceki anlaşmayı bazı değişiklik ve eklerle tekrarlayan teyit mektupları bu kategoriye girer. Bu durumda, teyit mektubu icap sayılmakta ve diğer tarafın BK. m. 6 çerçevesinde kabul diye değerlendirilen susması üzerine sözleşme teyit mektubunda yazılı olduğu biçimde meydana gelmekte, teyit mektubu sözleşmeyi cisimlendirmektedir¹⁹.

Bu noktada karşımıza bir problem çıkmaktadır. Sözlü anlaşmayı değiştirilerek hazırladığı teyit mektubunu karşı tarafa gönderen kişi, onun zamanında itiraz etmemesinden yararlanarak, bundan böyle teyit mektubunun

17) **Schmidlin**, Art. 6, N. 113. -Türk Öğretisinde ise, TTK. m. 23/III'de "teyit mektubunu alan kimse"den söz edildiği halde, bunu "ticari işletmesi ile ilgili bir iş için teyit mektubunu alan tacir" olarak anlamak gerektiği kabul edilmektedir. (**Arkan**, Ticari İşletme Hukuku, 8. baskı, Ankara 2005, s. 147, not 1).

18) **Schmidlin**, Art. 6, N. 84.

19) **Oftinger/Jeanpretre**, s. 16; **Flume**, § 36, 3, s. 663; **LarenliWolf**, 9.A., § 30, N. 39.

içeriğinin esas alınması gerektiğini ileri sürebilir mi? Bu konuda iki görüş Yarılır:

- Birinci görüşe göre, yukarıdaki biçimde hazırlanmış bir teyit mektubunun icap karşı tarafın susmasının ise kabul sayılabilmesi için, teyit mektubunu kaleme alanın *iyilliyetle* sözlü anlaşmadan ayrılmış, yani sadece sözlü olarak kararlaştırılanları teyit mektubuna geçirdiği kanaati ile hareket etmiş olması gerekir. O, kötünietli ise (bunun ispatı karşı tarafa düşer), hileli yoldan kendi isteğine uygun bir sözleşmenin kurulmasını sağlamak üzere *bile bile* sözlü anlaşma dışına çıkan bir teyit mektubu düzenlemişse, artık onun karşı tarafın susmasını kabul olarak değerlendirmesi caiz olmaz. Bu ihtimalde, teyit mektubunu alan hiç sesini çıkarmasa bile, teyit mektubunun içeriğini kabul etmiş sayılmaz²⁰.

Teyit mektubunu kaleme alanın..kötünietini ispat h men hemen hiç bir z an mümkün olamayacağı i için !..!!_gş Q!" tils q eğ rden yok.suridur²

- İkinci görüş açısından, meseleyi tamamen objektif olarak ve güven ilkesinin ışığında ele almak ve aşağıdaki aynını yapmak icap eder:

= Sözlü anlaşmaya dahil bulunmayan ve teyit mektubuna eklenen hususlar, zamanına ÜZ nnji UI"l: Ilmadığl: Lçi ! !e ik kalan ikinci derecede bazı noktala !-ı tamamlamaya yönelik olabilir. Bu gibi hususların teyit mektubuna eklenmesine uygulamada sık sık rastlanır ve sözleşmenin ifası aşamasında çıkması muhtemel problemleri önlemeye yarayan bu tip ilavelerde karşı tarafın da objektif açıdan çıkan bulunduğu söylenebilir. Örneğin, satılan malın ambalajlanmasına, (yerine göre) teslim tarihine, gönderilmesine ilişkin kayıtlar bu kategoriye girebilir. Teyit mektubuna yazılmış eklemeler bu tip kayıtlarla ilgiliyse, karşı tarafın zamanında itiraz etmemesini "kabul" olarak değerlendirmekte bir sakınca yoktur²¹.

= Yapılan değişiklik ve eklemeler, teyit mektubunu alan karşı tarafın menfaatlerini ciddi biçimde zedeleyen, onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olabilir²². Teyit mektubunu kaleme alanın iyi veya kötünietine bakılmaksızın, o, (Federal Mahkeme'nin ifadesiyle) görüşmelerde üzerinde mutabık kalınan hususlardan o derece ayrılan bir metin hazırlamış olabilir ki, artık MK. m. 2'deki dürüstlük kuralının ışığında karşı tarafın susmasını

20) Bu görüşün açıklanması için bkz. **Schmidlin**, Art. 6, N. 94 vd.

21) Merz, Vertrag, N. 240; **Schmidlin**, Art. 6, N. 97.

22) **Bucher**, Basler Konun., Art. 6, N. 24; **Schmidlin**, Art. 6, N. 109, 112.

23) **Schmidlin**, Art. 6, N. 110-111 - Burada, **Schmidlin'in** belirttiği üzere, karşı tarafı bekleyen en büyük tehlike, teyit mektubunu kaleme alanın görüşmeler sırasında hiç sözünü etmediği genel işlem şartlarına teyit mektubunda yollama yapması ve bu yoldan yetkili mahkeme, tahkim şartı, sorumsuzluk kayıtları vs. gibi çok ciddi sonuçlar doğurabilecek hükümleri bireysel sözleşmenin içeriğine sokma girişiminde bulunmasıdır.

k'Ilbul olarak değerdendimeye yetkili sayılamaz²⁴. Bu gibi durumlarda, karşı taraf sussa bile, buna örtülü bir kabul olarak bakılamayacaktır. Aynı sonuç, daha önce yapılmış, teyit edilmesi söz konusu olabilecek hiçbir sözlü anlaşma bulunmadığı halde gönderilmiş teyit mektupları için öncelikle geçerlidir²⁵.

Buraya kadar yapılan açıklamalar, meseleyi, BK. m. 6 çerçevesinde "icap" ve "ka-bul" kavramları açısından ele alan görüşü yansıtır. Diğer bir görüşe göre, tacirler açısından teyit mektubunun kurucu etkisini "yaratılan güvenden doğan sorumluluk" (güven sorumluluğu) esas ile açıklamak gerekir²⁶. Bu açıdan, kanunda, yaratılan güvenden ötürü sorumluluğu düzenleyen bir hüküm bulunmadığına göre, böyle bir sorumluluğun hukuki dayanağı ancak MK. m. 1/II'de bulunabilir (hakimin hukuk yaratması)²⁷. Aslında hukuki işlemler alanına ilişkin bulunan bir problemi, bu şekilde söz konusu alan dışına çeken bu görüş, bizce haklı olarak eleştirilmiştir²⁸. Aşağıda sözü edilecek TTK. m. 23/III hükmünü de, BK. m. 6'dan ayırarak, bu tarz bir sorumluluk kuran hüküm olarak görmek doğru olmayacaktır.

Ticaret Kanunumuzun 23. maddesinin 3. fıkrasında teyit mektubuna ilişkin şu hüküm yer almaktadır:

"Şifahi, telefon veya telgrafla yapılan müzakereleri-nin b'f'ı anların mulitevasım teyideden-bir yazıyı alan kimse, aldığı tarihten itibaren sekiz gün-ünde bir itirazda-bulunmamışsa teyit mektubunu yap:İannnikave[eye vebeyanlara uygun oldüğünü-kabul etmiş sayılır". - - - -

Bu hüküm güven ilkesinin ışığı altında ve yukarıda N. 9 altında verilen bilgilere uygun biçimde anlaşılmalıdır. Şu halde, dürüstlük kuralının çizdiği sınır TTK. m. 23/III için de geçerlidir. Özellikle dikkat edilmesi gereken bir nokta şudur:

TTK. m. 23/III'ün uygulanabilmesi için, teyit mektubunu alan tarafın, bu mektubu öğrenmiş veya öğrenebilecek durumda olması...:buna--itiraz link:anım--huktırvenilen kazanmış bulunması şarttır²⁹. Gerçi, karşı taraf

24) BGE 114. II. 252

25) **Gaub/Schlupe/Schmid**, N. 1169.

26) **Gaub/Schlupe/Schmid**, not 24'de anılan Federal Mahkeme kararını bu şekilde anlıyorlar (N. 1164 vd.). Bu anlayışın doğru olmadığı hakkında bkz. **Mathys**, Bestätigungsschreiben und Erklärungsfiktionen, Zürich 1997, s. 62 vd.

27) **Gaub/Schlupe/Schmid**, N. 1166. -İsviçre Hukukunda Federal Mahkeme kararlarıyla kabul edilen (çok tartışmalı) güven sorumluluğu veya güvene dayalı sorumluluk kavramı için bkz. aşağıda§ 49, not 50.

28) Örnek olarak bkz. **Merz**, Vertrag, N. 241 vd.; **Mathys**, not 26'da age, s. 71 vd. -Federal Mahkemenin (tam olarak yayınlanmamış) yeni bir karar da güven sorumluluğunu değil, güven ilkesine göre kurulmuş sözleşme görüşünü esas almaktadır (bkz. **Kramer/Probst**, Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich, 2003, s. 33; **Gaub/Schlupe/Schmid**, N. 1173).

29) **Flume**, § 36, 7, s. 667.

ticari işletmesine ulaşan bir mektubun, posta kutusunda unutulması, müstahdemlerinden biri tarafından kaybedilmesi vs. gibi sebeplerle kendisince hiç öğrenilmediğini yahut öğrenmenin bu yüzden 8 günlük süre geçtikten sonra gerçekleştiğini ileri süremez. Zira bunlar onun riziko alanında ortaya çıkan ve kendisine isnadı (yüklenmesi) mümkün olan olaylardır. İşletmesinin organizasyonunu bu gibi aksaklıkları önleyecek biçimde düzenlemek ona düşer³⁰. Şu var ki, mektubun muhataba varmasından sonra fakat öğrenilmesinden önce, karşı tarafa isnat edilmesi (bağlanması) mümkün olmayan bir sebeple yok olması (örneğin handa elektrik kontağı yüzünden çıkan bir yangında bürodaki mektup yanıyor) halinde durum değişir. Bu ihtimalde, 8 günlük sürenin geçmiş olmasına rağmen, susma teyit mektubunun içeriğinin kabul edildiği anlamına gelmez.

- 12 Acaba, sözleşme teyit mektubunun iç_eriğine ulgun olarak kurulduktan sonra, susan karşı taraf, gerçekte hiç bir zaman tey-itm-ektubunun içeriğine müvakaftat etmeyiclişUi'iffieOigini; süsmasihıllkendisinelni-aiilamda bir irade beyanı olarak bağlanacağını bilmediğini öne sürerek, gereğinde BK. In. 2§'da y?h tazminat yulrumlülü-ü değöze almak suretiyle sözleşmeyi hata hükümlerine göre (BK. m. 23 vd.) iptal edebilir mi?

Bu durumda, susanın gerçekte hiç bir irade beyanında bulunmadığını, kanunun bir faraziye (fiksiyon) icabı onun susmasına olumlu bir irade beyanının doğuracağı sonuçları bağladığını kabul eden yazarlar açısından, neden dolayı hata sebebiyle iptalin caiz olmadığını izah etmek kolaydır. Yukarıdaki açıklamalarımızdan anlaşılabilir gibi, bizim katılmadığımız bu görüş açısından ortada iptali düşünülebilecek bir irade beyanı yoktur. Kanunun tamamlayıcı hükümlerinin susma olgusuna bağladığı huku.kı sonuçlar (bir irade beyanı mevcut bulunmadığına, tam tersine susma bir irade beyanının yerine geçtiğine göre)ipful yolu ile bertarafecfiTemezler³¹.

Alman Hukukunda hakim olan, Alman Federal Mahkemesi tarafından da benimsenen fikre göre, böyle bir iptal caiz değildir. Gerçekten, özellikle TIK. m. 23/III hükmünün çerçevesi içinde, hata sebebiyle iptal imkanının taraflar arasındaki hukuki durumu nihai ve kesin olarak düzenlemek isteyen TIK. m. 23/III tarafından bertaraf edilmiş olduğu söylenebilir. Maddenin amacına göre yorumu bizi bu çözüme götürür. Şu halde, karşı tarafın "Ben susmanın kabul anlamına geldiğini bilmiyordwn" şeklindeki hata iddiası TIK. m. 23ffil hükmünün amacıyla bağdaşmayacağı için dinlenmez. Ne var ki, susan taraf, teyit mektubunu susarak değil de, açık bir beyan ile kabul etseydi sahip olacağı haklardan yoksun bırakılamaz. Şu halde, onun (ispatı ne kadar güç olursa olsun) teyit mektubunun içeriğini yanlış anladı-

30) Bkz. not 29'da anılan **Flu.me**.

31) **Larenz'in** eski açıklaması bu merkezdeydi (AT, 1. A., s_ 362 vd-).

ğ1. bu sebeple de susarak gerçek iradesine uymayan örtülü bir kabul beyanında bulunduğu yolundaki hata iddiası dinlenir³².

§ 15. Varniası Gerekli İrade Beyanları

I. Genel Olarak

Bazı beyanların tanımlanması için ayrıca bi...suia..kar..şı..yapılma-
ba...al...ını...!li!gisine sunmak a...acı ggdj.ilür. İ...at i...ade beyanının belirli
!ili: lcim...e yöneltip...!<!_S..., ...yanın tal!...la...ası i...ç... şart değildir.

Bu tip beyanlara *varması gerekli olmayan beyanlar* diyoruz². Bunların en başta gelen örneği vasiyetnamedir. Vakıf kurma işlemine ilişkin irade beyanı için de aynı şey söylenebilir.

Buna karşı, hukuken önemli beyan<!flll bir çoğunun .tamamlanması ve hükümlerini doğurması için, bunların belirli bir kimseye karşı yapılması, onayöneltilmesi ve varması şarttır. *Varması gerekli irade beyanları* deyi-
mıy eôu tip beyanları kastediyoruz³ (İcap, kabul, takas, fesih = bozma, dönme = rücu vs. beyanları gibi). Bunlarda iki aşamayı birbirinden ayırmak gerekir: *Beyanın yapılması* ve *beyanın varması*.

11. Beyanın Yapılması

Bundan maksat, beyan sahibinin karşıJ_t...rafın bu beyanı öğrenmesi
için, hayat tecrübelerine ve özel olayın hal ve şartlarına göre kendisine
d.i.şeni yapmasıdır. Bunun yapıldığı ana, beyanın yapıldığı an nazarı ile bakar ve BGB § 130/II gibi açık bir hüküm içermeyen hukukumuzda da, bu andan sonra beyan sahibinin ölmesinin veya ehliyetini kaybetmesinin *yapılmış* beyan üzerinde etkili olamayacağını kabul ederiz⁴.

32) Bu açıklamalar için özellikle bkz. **Larenz/Wolf**, 9.A., § 30, N. 40, 41; **Köhler**, 28.A., § 8, N. 34; Alınan Federal Mahkemesinin 7.7.1969 tarihli karar (JZ 1969, s. 666). - **Medicus'a** göre (AT, N. 442), teyit mektubunun içeriğini kusuruyla yanlış anlayan tara-
fa iptal hakkı tanınmamalıdır. Burada Alınan Hukukuna ilişkin özelliği üzerinde durma-
yacağımız bu görüş, iptal hakkını tanıırken hataya düşenin kusurlu olup olmaması ara-
sında bir fark gözetmeyen (fark kusurlu olarak yanılandan BK. m. 26 hükmü uyarınca
tazminat istenebilmesinde kendini gösterecektir) İsviçre-Türk Hukukları açısından ka-
bul edilemez.

1) Bazen *yöneltilmesi gerekli (tevcihî muktazî) beyanlar* deyiimi de kullanılıyor (Örnek ola-
rak bkz. **Saymen/Elbir**, s. 70).

2) **v. Tuhr**, AT, § 61, V. s. 453 vd.

3) Bazı beyanların hüküm doğurması için, resmi bir makama varmaları gerekir. Mirasın reddi beyanında olduğu gibi (MK. 609).

4) **v. Tuhr/Peter**, § 22, II, I, s. 168.

Sözli bir beyanda, beyanın yapıldığı an, beyan sahibi tarafından gerekli sözlenn t. L tara(m ! fayıhlı c ği -biçimde , -ona söylengiğ-:andır:- Yazılı lie vanlıfırda, beyan karşı kar ya bulunan kişiler arasında yapıyorsa. 111.et- nin diğer tarafa verildiği anda yapılmış sayılır. Çünkü, daha önce beyan sahibi"sbz konusu belgeyi vermekten"kaçınmak imldinina sahiptir Bu imkandevam-ettikçe-ÖnÜn- iradesini kesin olarak açığa vurduğusöylene- mez. Hazır olmayan b.ilrgmseyekarşı mektupla yapılacak irade beyanında jşe ,beyanın yapıldığı an glarak mektubun yazıldığı d ğil, onui!Jci!-şı tarafa ulaştırılması için gerekli fiillerin beyan sahibince gerçek:J ğştirildiği an (önun.nei şeyf yapmış olınas ışart olmayıp, mektubun gönderilmesini sağ- layacak mekanizmayı harekete geçirmiş olması yeter) kabul edilmek gere- kir. Örneğin, mektubun beyan sahiİlle b zat po taya veril q ğyeya m derilmek üzere se etere tevdi edildiği veya ev halkı yahut müstahdemlerce postaya verilecek mektupların durduğu bir sepete A<Q duğu an buraya girer⁵.

3

Acaba, beyan sahibi beyanını içeren mektubu zarfa koyup kapattıktan ve üzerine gideceği adresi yazdıktan sonra onu göndermekten şimdilik vaz geçer, fakat çalışma masasının üzerinde kalan mektup eşi, sekreteri veya hizmetçisi tarafından postaya verilirse durum nedir? Bu mektupla A'nın yapmış bulunduğu bir icap kabul ediliyorsa, sözleşme mektubun A'ya var- ması ile meydana gelmiş midir?

Bu dıınırnda,-mektubu-hazı:lay.anJcişin-i-n-bir-ir-ade beyarıunda-bu-luruna- dığı, beyanın).Qpılmaıı üphe-götürmez. Bunarağmen, di ğer ara- fin ..venini korumak ge.rekmez.mi? (O, kural olarak mektubun anılan şart- lar altında gönderildiğini.bilmez, bilemez)...EikrimizceL.bu rada beyan irade- si veya bilinci mevcut olmadan....Y-apılan,-fakat...kaı:şu.arafça haklı ola ğakbir irade beyanı olarak anla.sı.l.aıu:laY.r.anışJara benzer bir durum vardır? Yukarıda kabul ettimiz esasları u}lla.y..arak, beyan sahibi!!4ı k ğ-hakimiyet

ala.nLiçinde cer.e.eden-bu-0lay.da,-bir-me azı masasının üstünde bırakmakla yarattığı riziko a katlanması gerektiğaj.,...9n11n ah şy rış hayatı- nakatılan makul bir kişiden beklenecekbiitündikkat '-e ö zeni gQ.S!erniedi- ini o halde kendisine bir irade be anı olarak.yükleyeceemiz hu davranış Q:icirtine karşı t rafın...haklLolarak...gü.v.enmiş bulunmasının korunmayı hak

.ettiğinLsöyley.ebiliriz. Bu durumda, beyan sahibi bahis konusu beyanın hükümlerinden kurtulmak için, BK. m. 26'ya göre tazminat ödeyerek, ku- rulmuş bulunan sözleşmeyi hata sebebiyle (BK. m. 23 vd.) iptal etmelidir⁸.

5) Larenz/Wolf, 9.A., § 26, N. 7.

6) Bu paralellik Medicus (AT, N. 266) tarafından da kabul ediliyor. Aynı düşüncede: Palandt/Heinrichs, 64.A., § 130, N. 4.

7) Bkz. yukarıda§ 13, N. 12 vd.

8) Aynı görüşte: Kramer, Art. 1, N.77; Larenz/Wolf, 9.A., § 26, N. 7; Palandt/Heinrichs, § 130, N. 4. Ayrıca krş. Flume, § 14, 2, s. 226 ve not 10; § 23, I, s. 449 vd.

V(7r('c. c)estr

ester

4

S

6

11) Bkz. v. **Tuhr**, AT, § 61, not 179; **Flumc**, §14, 1, s. 223-224.

koyabilir. Diğer taraftan, beyanın kimin menfaatine olduğunu aramak başka şey, karşı taraf hazır bulunmaksızın ona yöneltilen beyanın tamamlandığı anı tespit etmek yine başka şeydir. Beyan sadece beyan sahibini himaye etse, kanun yalnız onun menfaatini üstün tutmuş olsa bile, karşı tarafı, iktidar alanına hiç bir zaman girmeyen ve bu sebeple de onun tarafından öğrenilmek imkanı doğmamış bir beyanın hukuki sonuçlarına katlanmaya mecbur tutmak adil bir çözüm değildir. Bu ihtimalde bile, karşı tarafın kamın koyucu tarafından korunması gerekli, en aşağı beyan sahibinin menfaatına eşit bir menfaatı vardır ki, o da, kendi iktidar alanına girmeyen beyanlarla hukuken bağlı olmamak şeklinde belirlemektedir.

2. Varma Ne Vakit Gerçekleşir?¹²

Bu konuda bir aynın yapmalıdır:

- 7 a. Karşı karşıya bulunan kişiler (hazır bulunanlar) arasında, beyan yapıldığı anda karşı tarafa ulaşır ve onun tarafından doğrulluğu gibi, varma ile öğrenme, bu ihtimalde bir arada gerçekleşmektedir. Alman hukukunda eskiden hakim olan görüş, öğrenme ilkesine ağırlık veriyor ve karşı taraf bir özrü (örneğin kulakları iyi işitmemektedir) veya dikkatsizliği yüzünden kendisine yapılan beyanı hiç duymamış veya yanlış duymuşsa (bu, doğru biçimde duyulmanın yanlış yorumlanmasından farklı bir ihtimaldir) beyanı geçerli saymıyordu. Karşı tarafı aşın ölçüde koruyan bu görüş bugün çoğunluğun görüşü olmaktan çıkmıştır. Şimdi hakim olan ve "yumuşatılmış öğrenme ilkesi" olarak adlandırılan görüş, beyanın doğru biçimde anlaşılmamış olmasına veya hiç anlaşılmamasına ilişkin riskleri iki taraf arasında adil bir biçimde paylaşırma amacını gütmektedir. Buna göre, beyan sahibi sözlerinin doğru biçimde anlaşılması için gereken özeni göstermeli ve şüphelenmeyi gerektiren bir durum varsa, beyanını tekrar etmeli, açıklamalar yapmalı ve bu yoldan karşı tarafın bunu yanlış anlamasını önlemek üzere çaba sarfetmelidir. Ne var ki, aynı özen yükümlülüğü beyan muhatabı için de söz konusudur. O da, beyanı rahatça anlamasını engelleyen bir özrü varsa, bu konuda beyan sahibini ikaz etmeli, böyle bir özrü olmasa bile, iyi duyup duymadığından kuşkulananması gereken her ihtimalde, söyleneni doğru anlayıp anlamadığını beyan sahibine sorarak kontrol etmelidir. Sonuç olarak, karşı taraf özrü veya dikkatsizliği sebebiyle kendisine yapılan beyanı duymamış yahut yanlış duymuş dahi olsa, *beyanda bulunmanın durumdan şüphelenmesini gerektirecek bir husus yoksa*, onun, beyanı-

12) 11.2.1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanununun kapsamına giren beyanlarda okanın hükümleri uygulanır. Burada yapılan açıklamaların bahis konusu kanunla bir ilgisi yoktur.

nın karşı tarafa ulaştığı ve tam olarak anlaşıldığı konusuna ilişkin güveni korunur ve bu beyan geçerli biçimde karşı tarafa ulaşmış sayılır¹³.

b. Karşı karşıya bulunmayan kişiler (wlcr, hazır bulunmayanlar) arasında, varına nazariyesi mikolarin(tehlikelerin) beyan sahibi ile karşı taraf arasında aadil bir şekilde paylaştırılması amacını gütmektedir. Beyanın karşı tarafa ulaşması 1:1 kadar olan tehlikeler beyan sahibine, bu aşadan sonrakı tehlikeler ise karşı tarafa aittir. Omeğin, mektup yoluyla kaybolursa, bu beyan sahibinin aleyhine olacak ve beyan hüküm doğurmayacaktır. Buna karşı, mullataba (karşı tarafa) varan beyanı öğrenip öğrenmemeye ilişkin rizikoya muhatap katlanmak zorundadır. O halde varma ne vakit gerçekleşmiş sayılacaktır?

Bu konuda bugün savunulan fikirleri ikiye ayırabiliriz. İsviçre-Türk Hukuklarında yaygın olan *birinci fikir* uyarınca, (yazılı) beyan, karşı tarafla öyle bir alan (= saha, mekan) ilişkisi içine girmiş olmalıdır ki, bundan böyle, hayat tecrübelerine ve normal şartlara göre onu öğrenmek sadece muhatabın (karşı tarafın) elinde olmalıdır¹⁴. Alman Hukukunda hakim olan ve İsviçre-Türk Hukuklarını da etkisi altına almaya başlayan *ikinci fikir*¹⁵ ise, beyanın karşı tarafa o tarzda yalan bir duruma gelmesini arıyor ki, artık muhatap normal şartlar altında onu öğrenmek iktidarını kazanmış olsun ve bu konu öğrenme bizzat onun tarafından alınan tedbirler veya iş (alزشvens) hayatının adetlerine göre ondan bekle ehls.i.11.

Bu duruma nazaran, mektup (karşı taraf evde veya işyerinde olmasa bile), onun posta kutusuna atılmışsa yahut dönüşünde derhal göze çarpması beklenebilecek biçimde kapının altından içeri itilmişse, varma gerçekleşmiştir. Eve veya iş yerine dönen muhatabın günletle...p.a.sta...kutusuna bakmayı ihmal etme şLY_ey aJ>iı:...müstahzılemin Çlıızinetliniaj-post:a-Jrutısundaki melctÜbuonun sasına bırakmadan.ke.ndi_ey raJ.@Jl_kljJSUDTia s. 1 yjizünden, karşı taraftakı kutubun j e-ri• ni Ç.Q.k geç öğrenmesi .y.ahuLhiç-öğrenmemesi s?eğj_şt?z. Buna karşı, kiracısı A.Y..L?JYm:eJ:_eden B,Jri.ra ilişkisini feshettiğini bildiren yazılı...beyamı-A.'nın kitapları arasında, yahut halının altına 15 irakırsa varma gerçekleşmemiştir. Ancak, A tarafından bahis konusu yazının fiilen bulunduğu anda vannadan söz edilebilecektir¹⁶.

Alman Hukukunda çok üzerinde durulan bir mesele şudur: Acaba bir işyerine gönderilen mektup, normal çalışma saatinin bitiminde veya işyeri-

13) Larenz/Wolf, 9.A., § 26, N. 35-36; Kramer, Art. 1, N. 91; Medicus, AT, N. 289.

14) Özel olarak bkz. v. Tuhr, AT, § 61, III, 2, s. 433 vd.; v. Tuhr/Peter, § 22, il, 2, s. 168; v. Büren, s. 16, Schwarz, s. 224.

15) Özel olarak bkz. Larenz/Wolf, 9.A., § 26, N. 21; Medicus, AT, N. 274 vd.

nin kapalı olduğu sırada oraya ulaşır ve muhataba ait posta kutusuna konulursa¹⁷, varma o anda *mı* gerçekleşmiştir, yoksa bunu takip eden ilk çalışma gününde mutat çalışma saatinin başladığı anda *mı* gerçekleşecektir? Örneğin, bir resmi daireye cuma günü çalışma saatlerinin bitiminde gelen ve işyerini terk etmiş bulunan muhatap A'nın masası üzerine bırakılan mektup, o anda *mı*, yoksa pazartesi günü çalışma saatinin başlangıcında *mı* varmış sayılacaktır? Gerek Alınan öğretisinde, gerekse Alman uygulamasında hakim olan fikre göre, söz konusu mektup ancak ilk çalışma gününün mutat çalışma saatlerinin başlangıcında (örnekte pazartesi sabahı) varmış sayılabilir. Zira daha önce, normal şartlar altında, muhataptan mektubu öğrenmesini beklemek imkanı yoktur¹⁸. Oysa, beyanın muhatapla belirli bir alan(= *saha*) ilişkisi (onun iktidar alanı) içine girmesini arayan ve bununla yetinen birinci görüşe göre, varma cuma akşamı gerçekleşmiş bulunuyordu.

Şu var ki, ikinci görüşe göre de, cumartesi günü işyerine uğrayan A, masasındaki mektubu alıp olı.'U!Sa, vanna cumartesi günü gerçekleşmiş sayılacaktır¹⁹.

- 9 Burada karşımıza çıkan ilginç bir mesele vardır: irade beyanını içeren *taalihiittlü mektup*, evde kimseyi bulamayan postacı tarafından karşı tarafa teslim edilemez ve o, (mektubun belirli bir posta merkezinden belirli bir süre içinde alınması gereğini bildiren) bir *posta ihbarnamesini* posta kutusuna bırakmakla yetinmek zorunda kalırsa, varma gerçekleşmiş midir? Hakim olan görüşe göre, sadece ihbarnamenin bırakılması varmanın gerçekleşmiş sayılması için yeterli değildir, zira ihbamameden mektubun içeriğini de, kimin tarafından gönderildiğini de anlamak imkanı yoktur. İlgili- nin her an eve dönüp ihbarnameyi posta kutusunda bulma ve postaneye gidip mektubu alma imkanının yaratıldığı da, özellikle her iki eş çalıştığı ve ancak akşam saatlerinde postane kapandıktan sonra yahut kapanmasına az

J7) Genellikle bir işyerine gönderilen mektubun, işyerine ulaşması yeterli görülüyor, onun, ayrıca ya muhatabın masasına ya da ona ait (kendisine tahsis edilmiş) bir mektup sepetine veya posta kutusuna bırakılması da zorunlu sayılıyor (**Larenz/Wolf**, 9.A., § 26, N. 25).

18) Bkz. **Larenz/Wolf**, 9.A., § 26, N. 28; **Palandt/Heinrichs**, 64.A., § 130, N. 6. - Bu fikre katılmayan **Flume** (§ 14, 3, b, s. 231 vd.), iki noktayı birbirinden ayırarak farklı bir çözüme ulaşıyor. Ona göre, verilen örnekte beyan cuma akşamı muhataba *varmıştır*. Onun masası veya posta kutusu kendi iktidar alanına dahildir. Fakat, varma'nın *zamanında* gerçekleşip gerçekleşmemesi, *vanna olgusuna bağlanan diğer hükümlerden ayrı olarak ele alınmak* ve olayda, muhatap açısından belirli sürede varması gerekli bir beyan söz konusu ise (örneğin, onun yaptığı 15 gün süreli bir icaba gönderilen kabul beyanı gibi), bunun zamanında karşı tarafa ulaşmadığını (verilen örnekte sözleşmenin kurulmamış olduğunu) kabul etmek gerekir. Zira, iş hayatındaki adetlere göre, pazartesi sabahından önce muhatabın kendisine varmış bulunan mektubu öğrenmesi ondan beklenemez. "Varına" ve "zamanında varına" kavramların birbirinden ayıran bu görüş ve yol açabileceği karışıklıklar **Medicus** (AT, N. 275) tarafından, yerinde olarak eleştirilmiştir.

19) **Medicus**, AT, N. 276.

bir süre kala eve döndükleri vakit. herhalde söylenemez. Bu açıklamaların ışığında. en uygun çözüm, varmanın ihbarnamenin bırakılmasından sonra, nonnal olarak mektubun postaneden alınması inkftnını sağlayan bir süre geçince gerçekleştiğini kabul etmektir. O halde, mektubun, *ilibarnameiuii posta ❷, tusıma bırakıldığı giuii izleyen (ilgili postauuii.u açık hulımduğu) ilk iş giuii'ı vardıgını kabul etmek gerekecektir. Bu, araya tatil günleri gir-memişse, genellikle ertesi giıll olacaktır*²⁰.

Son olarak. modern teknolojinin ışığında geliştirilen yeni bir "varma" kavramı üzerinde kısaca dunnak istiyomz²¹. Buna göre, vanna olguş unu "yükleme", "stoklama" veya "depolama" diye çevirebileceğimiz "*Speiche-rıng*" kavramından hareket ederek b-eirlemel< gerekir. Durumu açıklamak üzere, 15u görüşü ortaya atan *Jolin'wı* verdiği bir ömekten²² hareket edelim: A. B'ye telefon ederek bir irade beyanında bulunmak istiyor, ancak B ye-nde olmadığı için mesajını B'nin t❷lefonu ile b❷ğlantılı ses alına cihazına (teype) kayöettiriyor. Burada, telefonla yapılmış sözlü, fakat gaipler (karşı ❷ınıya olmayan kişiler) arasında gerçekleştirilmiş bir beyan vardır. Ne var ki, bu beyan B'nin iktidarındaki ses alma cihazına kaydedilmiş, orada ❷B'nin her zaman *kolaylıkla ve güvenilir* biçimde, hatta isterse *defalarca* başvurabileceği tarzda stoklanmış, depolanmıştır. Şu halde, varma gerçek-leşmiştir. Karşı tarafın mesajı derhal öğrenmesi şart değildir. Stoklanmış bilgiye, (beyan sahibiyle yeniden doğrudan doğruya bir ilişki kurmaya ge-rek kalmaksızın) istendiği zaman ve tekrar tekrar başvurabilme imkanının yaratılması yeterlidir. B, hiç dinlemeden, banttaki kayıtları silse bile sonuç değişmeyecektir.

Karşı tarafın elektronik posta adresine gönderilen beyanlar da, E-posta kutusunda, yani posta hizmeti sunan bilgisayarda (*mail server*) kayıt altına alınmak suretiyle depolanır ve ilke olarak, onun (muhatabın) depolanmış enformasyonu talep etme (çağırma) imkanını elde ettiği andan itibaren ken-disine varmış sayılır²³. Ne var ki, elektronik posta kutulan genellikle İngi-

20) **Larenı/Wolf**, 9.A., § 26, N. 28; **Behn**, Das Wirksamwerden von schriftlichen Willen-serkHirungen mittels Einschreiben: Zur Bedeutung der Zurücklassung des Benachrichti-gungszettels, AcP 178 (1978), s. 526 vd.; **Kramer**, Art. 1, N. 88-. Ayrıca bkz. **Schönenberger/Jaggi**, Art. 9, N. 43; **Guhl/Koller**, § 13, N. 44. -Alınan Federal Mah-kemesiyle birlikte, varmanın alıcının postaneye gidip &önderiyi fiilen teslim aldığı gün gerçekleşeceği görüşünde: **Köhler**, 28.A., § 6, N. 14. İsviçre Federal Mahkemesi, kira artırımına ilişkin beyanlarda, kiracı daha önce postaneye gidip gönderiyi fiilen teslim almamışsa, varma tarihi olarak yedi günlük postanede bekleme süresinin sonunu esas almaktadır (BGE 107.TI.193).

21) Bkz. **John**, Grundsitzliches zum Wirksamwerden empfangsbedürftiger Willens-erkliirungen, AcP, 184 (1984), s. 391,395,403 vd.; **Medicus**, AT, N. 274.

22) **John**, s. 388.

23) Özellikle bkz. **İnal**, E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İntemette Sözleşmelerin Ku-

lizce'de *spam* sözcüğüyle ifade edilen "istenmeyen mesajlarla"²⁴ doldurulduğu için, E-posta kutusuna gelen hukuki sonuç doğurucu mesajların varmış sayılabilmesi, karşı tarafın bu tip mesajlara önceden izin vermiş olmasına bağlıdır. Bu iznin mutlaka açık biçimde verilmiş olması gerekmez, örtülü biçimde verilmiş bir izin de yeterlidir. Örneğin, karşı tarafın antetli kağıtlarında, telefon ve faks numaralan yanında E-posta adresi de belirtilmişse, durum böyledir.²⁵ Böyle açık veya örtülü bir izin bulunmaksızın E-posta adresine gönderilen bir beyan, ancak karşı tarafın fiilen bunu öğrendiği tarihte ona ulaşmış sayılabilir.²⁶

j 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100

3. Varma Açısından Yazılı Beyanlar Arasında Fark Var mıdır?

- 12 Yazılı beyanlar, *mücessem* (cisim olarak varlığı olan) irade beyanları kategorisine girer. Dış alemde elle tutulur bir varlık kazanmış olan bu gibi beyanlar devamlı öğrenilme imkanı sağlar. *Cisim olarak varlığı bulunmayan* irade beyanları içinde yer alan sözlü beyanlarda durum tersinedir. Bunlar ancak yapıldı. klan anda öğrenilir²⁷. Bir latince vecizenin (özdeyişin) dediği gibi, "söz uçar, yazı kalır" (*Verba volant, scripta manent*).
- 13 Yazılı ve sözlü beyanlar arasında mevcut bu bünye farkı, beyan karşı karşıya olmayan kişiler arasında yapıldığı vakit, *varma* açısından da farklı sonuçlara götürecek midir?

Günümüzde çoğunluk bu konuda farklı çözümlere yer vermeme eğilimindedir. Biz, aşağıdaki açıklamalarımızdan anlaşılacağı gibi, bu farkı göz önünde tutan bir çözüme taraftarız.

Meselenin incelenmesine geçmeden önce şu noktayı belirtmek zorunluluğu vardır: Beyan *karşı tarafın pasif temsilcisine* yapılmışsa, yazılı ve

rulması, İstanbul 2005, s. 109 vd.; **Weber**, E-Commerce und Recht, Zürich 2001, s. 316; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 202; **Leipold**, N. 414; **Jauernig**, § 130, N. 5; **Larenz/Wolf**, 9.A., § 26, N. 25; Köhler, 28.A., § 6, N. 18; **Demir**, Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması, Ankara 2004, s. 177 vd. -Şu var ki, uyku saatlerinde veya bir işyeri söz konusu ise, resmi tatil günlerinde E-posta kutusuna ulaşan mesajlar, bunları hemen öğrenme imkanı bulunmadığı için derhal varmış sayılamaz. Örneğin beş saat içinde cevap verilmek üzere yapılmış bir teklif gece yansından sonra saat 02'de karşı tarafa ulaşmışsa durum böyledir. (Özellikle bkz. **Demir**, s. 180. Krş. **Gezeler**, Mesafeli Sözleşmeler, İstanbul 2006, s. 144 vd.). Bu durumda, mesajın varına anı olarak karşı tarafın elektronik postasını kontrol etmesinin beklenebileceği saat esas alınacaktır.

24) Bkz. **Özdilek**, İnternet ve Hukuk, İstanbul 2002, s. 153 vd.

25) **Medicus**, AT, N. 274; **İnal**, not 23'de age, s. 110 vd.; **Gezder**, Mukayeseli Hukuk Açısından İnternet'te Aktedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, İstanbul 2004, s. 122; **Gezeler**, not 23'de age, s. 143. Ayrıca, bkz. **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 202. Krş. **Schwenzer**, N. 27.23.

26) **İnal**, not 23'de age, s. 112; **Köhler**, 28.A., § 6, N. 18; **Hirting**, Intemetrecht, Köln 1999, N. 84.

27) v. **Tuhr/Peter**, § 21, II, 3, s. 161.

sözlü beyanlar arasında fark yoktur. Sözlü beyan temsilciye karşı yapıldığı anda, yazılı beyan temsilcinin (yukarıda incelediğimiz biçimde) iktidar a nı Ürün-ginncc ka-rşı tarafa tılaşmış-stiyılır. Problem, beyanın bir temsilciye ocgifi.Takat *haberciye (beyan taşıyıcısı)* karşı yapıldığı forumlarda ortaya çı mı. O zaman şu ayrımı iliçgözde uzak tutmamak gerekir¹¹:

- Sözü edilen haberci, *beyanda bulunan habercisi* ise, beyan henüz karşı tarafa ulaşmamıştır, yoldadır. Bu durumda beyanın muhataba hiç ulaştırılmaması veya geç ulaştırılması ile ilgili rizikolar beyan sahibine aittir.

- Buna karşı *haberci karşı tarafın (beyan muhatabının) habercisi ise (pasif haberci)*, beyan, bir görüşe göre (tıpkı pasif temsilciye yapılmış beyanlar gibi) *derhal* karşı tarafa ulaşmış sayılır²⁹. Günümüzde daha çok taraftar toplayan, bizim de üstün tuttuğumuz diğer bir görüşe göre ise, varma derhal değil, *hayatın olağan akışına göre pasif habercinin mesajı karşı tarafa nakletmesinin beklenebileceği tarihte veya anda gerçekleşir*³⁰. Şu noktayı ekleyelim ki, yalnız karşı tarafça kendisine bu konuda fiilen yetki verilen kişiler değil, iş hayatındaki görüşlere göre yetkili ve uygun sayılabilecek kişiler de pasif haberci olarak kabul edilir³¹.

Bir haberciye karşı yapılan beyanlarda, sözlü ve yazılı beyanlar arasında fark gözetilip gözetilmeyeceği konusunda üç görüş vardır:

14

- Çoğunluk tarafından benimsenen ve ilke olarak yazılı ve sözlü beyanlar arasında fark gözetmeyen *birinci görüşe* göre³², sözlü beyan, (tıpkı yazılı beyan gibi) muhatabın ev veya işyeri çevresine dahil bulunan ve beyanın karşı tarafa nakledilmesi açısından *elverişli (uygun)* sayılabilen bir kişiye yapılmışsa, o kişi muhatabın (karşı tarafın) *habercisi (beyan taşıyıcısı)* olarak nitelenir ve beyan (yukarıda gördüğümüz gibi) bir görüşe göre ona yapıldığı anda, diğer bir görüşe göre ise, hayatın olağan akışına göre beyanın nakledilmesine imkan veren uygun bir süre geçtikten sonra karşı tarafa varmış sayılır. Bahis konusu kişinin uygun (elverişli) bir kişi olup olmadığını tayin edebilmek için ise, o kişinin muhatabın iktidar alanında

28) Özellikle bkz. **Medicus**, AT, N. 284-285; **Köhler**, 28.A., § 6, N. 15 vd.; **Larenz/Wolf**, 9.A., § 26, N. 40 vd. Haberci kavramı için bkz. § 45, N. 18 vd.

29) **v. Tuhr/Peter**, § 22, III, s. 170 ve not 35; § 41, I, s. 350-351 ve not 23, 24; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 203.

30) **Medicus**, AT, N. 285; **Köhler**, 28.A., § 6, N. 16; **Schwenzer**, N. 27.24; **Zich**, Vorbem. zu Art. 32-40, N. 21; **Koller**, I, N. 1480. Hiç kuşkusuz, içerideki odada çalışan karşı tarafın *aynı yerdeki* pasif habercisine yapılan beyan bu görüşe göre de derhal karşı tarafa ulaşmış sayılacaktır. Buna karşı, karşı taraf ile habercisi/ark/, *yerlerde* bulunuyorsa, pasif habercinin beyanı muhataba nakletmesinin beklenebileceği andan önce varına kabul edilmeyecektir (Özellikle bkz. **Leipold**, N. 407 ve aşağıda § 45 not 59).

31) **Schwenzer**, N. 27.24; **Larenz/Wolf**, 9.A., § 26, N. 41.

32) Bu konuda bkz. **Jauernig**, § 130, N. 4, 9; **Larenz/Wolf**, 9.A., § 26, N. 41-42.

işgal ettiği yere, beyanın niteliğine, özellikle alışveriş (iş) hayatının adetlerine göre bu tipte bir beyanı bu durumda bir kişiye yapmanın normal olup olmadığına bakılır. Şu halde, bu görüşe nazaran, muhatabın birlikte oturduğu ergin (reşit) ev halkına (eşine, oğluna vs.) yapılan sözlü beyanlar (beyanın öneminden ötürü aksi sonuca varmak gerekmiyorsa) prensip olarak onavannış sayılacaktır. On yaşında bir çocuğa veya bir komşuya yapılan beyanlar için ise aksi sonuca varılacaktır. Bunun gibi, işyerinde bir kimsenin sekreterine yapılan beyan da ona varmış sayılabileceği halde, hademeye veya işyerinin temizliği ile görevli müstahdeme yapılan beyan için bu sonuç kabul edilmeyecek, şu son ihtimalde beyanın varması, ancak hademe veya müstahdem tarafından beyan muhataba gerçekten nakledilirse gerçekleşecektir³³.

- 15 - *İkinci fikir* bundan çok farklıdır. Sözlü ve yazılı beyanlar arasındaki nitelik farkını daha esaslı bir şekilde göz önünde tutan bu fikir gereğince³⁴, teknik anlamda "vanna"dan ancak *devamlı öğrenilmeye elverişli* bulunan yazılı (cisimleşmiş) beyanlarda bahsedilebilir. *Sözlü bir beyan, karşı tarafın ev halkından yahut işyerinde çalışanlardan birine yapılmakla henüz ona varmamıştır*. Bu durumdaki kişiler, karşı tarafın değil, beyan sahibinin habercisi sayılır. Varma, sözlü beyanın niteliği gereği, bahis konusu kişinin duyduklarını muhataba söylediği, yani sözlü beyanın *muhatapça öğrenildiği anda* gerçekleşecektir. Ondan önce, beyan henüz yoldadır. v. *Tuhr'a* göre, hayat tecrübeleri bize sözlü beyanların çok defa zamanında ve düzgün bir şekilde karşı tarafa nakledilmediğini göstermektedir. Bu itibarla, eve bırakılan bir mektupta olduğu gibi, karşı tarafın, ev halkına yahut işyeri müstahdemine sözlü olarak iletilen beyanı öğrenmesinin sadece kendisine bağlı olduğunu söylemek imkanı yoktur. Kaldı ki, yazılı bir metin bırakacak yerde sözlü bir beyanla yetinen beyan sahibi, beyanın (örneğin, beyanı alan müstahdemın unutkanlığı yüzünden) karşı tarafa nakledilmemesinin rizikosunu da üzerine almış sayılmalıdır. Bütün bunlar gösteriyor ki, bir haberciye karşı yapılan sözlü irade beyanları açısından insan zihnine ve hafızasına (bellegine) yapılan depolamalar, bu beyanların, tam ve doğru

33) **Scbönenberger/Jaggi'**ye göre (Art. 1, N. 412), sözlü beyanı alan aracı, ayırt etme gücüne (temyiz kudretine) sahip olup muhatabın güvenini haiz (mutemet) bir kişi niteliğini taşıyor, irade beyanını nakletmeye razı da bulunuyorsa, ona yapılan sözlü beyan muhataba vannaş sayılır. Yazara göre, muhatabın eşi, aynı evde oturan çocuğu veya nitelikli bir müstahdemi bu şartları yerine getirebilir. (Aynı yönde açıklamalar için bkz. **Kramer**, Art. 1, N. 89). Anılan son yazara göre, beyanı alan kişinin "uygun" bir kişi olup olmaması açısından, sözlü beyanlarda yazılı beyanlara nazaran daha sıkı davranmak gerekecek ve ancak "yetişkin" müstahdemlere veya ev halkına karşı yapılmış beyanlarda varma kabul edilecektir. Ayrıca bkz. **Palandt/Heinrichs**, 64.A., § 130, N. 9.

34) v. *Tuhr*, AT, § 61, III, 2, s. 436 vd.; § 61, II, 3, s. 413; v. **Tubr/Peter**, § 22, fil, s. 170; v. *Büren*, s. 16, not 19.

biçimde imkıldilıncı yönünden, modem teknolojinin yarattığı aygıtlarda olduğu kadar güvenilir bir nitelik taşımamaktadır.

- Bizim de katıldığım³⁵ z *irrii lci* görüşe göre³⁵, bir h³⁵berciye karşı ya- 16
ruJa!l sözlü beyanların yazılı beyanlarla bir !Utulması her zaman mümkün
değildir.

≡ Sözlü beyan, karşı tarafın kendisin³⁵ yapılacak *her çeşit beyan alma-
ya yetkili filaiği* bır-1-üiberdye yapılmışsa, mesele yoktur. Artık sözlü be-
--yanlar ile yazılı beyanlar arasında fark gözetilemez. Bir işycrindc ka!aı
tarafın sekreterine yapılan beyanlarda genellikle varılacak sonuç budur³⁵.
Güven ilkesinin ışığında değerlendirilecek böyle bir yetkilendinne yapılmış
değilse, sadece *gündelik hayata ilişkin basit beyanlar* için sözlü beyanlar ile
yazılı beyanlar bir tutulabilir ve birinci görüş uygulama alanı bulur. Bunun
dışında kalan hallerde, sözlü beyan, ikinci görüş uygun biçimde beyan
sahibinin habercisi sayılan kişinin bunu karşı tarafa fiilen naklettiği, yani
onun bilgisine ulaştırdığı anda varmış sayılır.

= Bu açıklamalar gösteriyor ki, özellikle kanşık-veya-ıızun.-beyanlar söz
konu³⁵l ise, sözlü beyanla³⁵ny³⁵! b.e.,yanlarla.cbir-tutma!Lsöz.konusu qlamaz.
Örneğin bir televizyon satıcısı olan A, öğle saatlerinde, televizyonunu de-
ğiştinnek- fateyen arkadaşı B'nin evine uğrayıp onı.ın.yimiy.aşındaki..kızı
l{ 'ya belirli bir marka ve modele ilişki³⁵, iki giııJ. için geçerli son fiyat tekli-
fıı-söylü olarak verç,liği zaman, (televizyonun aile hayatının vazgeçilmez
bir unsuru haline geldiği dikkate alınacak olursa) gündelik hayata ilişkin
sayılabilecek bu basit beyan yazılı beyanlarla bir tutulur ve hemen Y.ahut
{üstün tuttuğumuz görüşe göre) be anın B'ye nakledilmesi için gerekli uy-
gun süre geçtikten sonra (bu gğ_ajş_ç³⁵e_v³⁵si_nde Bı_eJJ aglaofiJrurulinası
³⁵rrn-olağan aK.Işı içinde d³⁵ha.önce beklene.bilir.değilse,...akşam B'nin_eve
normal dönüş saatinc_!e), K durunıdan b abasını haberdar etmeyi ihmal etse
bile, B'ye ycıımış sayılır. Bu ihtimalde K, babası B'nin habercisikonüinin-
dadır. Buna karşı, A'run teklifi çeşitli alternatifler içeren uzun ve karışık bir
teklif ise, "basit" bir beyan söz konusu olmadığından, beyanı alan K bu
defa beyan sahibi A'nın habercisi olarak nitelenir ve bu beyanın B'ye var-
ması, ancak bunun B'ye fiilen ulaştığı anda gerçekleşir. O halde, K beyanı
nakletmeyi unutursa beyan varmamıştır. Bunun gibi, örneğin B'nin eşi E'ye
yapılan sözlü açıklama, B'nin iş hayatıyla ilgili olup, eş E'nin doğru dürüst
anlamadığı konulara ilişkin bulunuyorsa, ortada "gündelik hayata ilişkin
basit bir beyan" bulunmadığından, yine bu son çözüm kabul edilecektir.
Anılan son örnekte, eş E, akşam eve dönen kocasına "bugün arkadaşın bana

35) **Medicus**, AT, N. 286,291.

35a) Bkz. aşağıda § 45, not 57, 59.

geldi ve şu konuyla ilgili anlamadığım bir şeyler söyledi" dese bile, sözlü beyan yine karşı tarafa ulaşmış sayılamaz. Zira, beyanın hiç nakledilmemesiyle, "bana karışık bir şeyler söylendi ama ben doğru dürüst anlamadım" denmesi arasında bir fark gözetilemez.

- 17 "Gündelik hayata ilişkin ve basit" sayılamayan *sözlü* bir beyan, yukarıdaki örneklerde olduğu gibi beyan sahibinin habercisi sayılan eş, çocuk gibi bir kimseye yapıldığı ve onun tarafından yanlış veya eksik biçimde karşı tarafa ulaştırıldığı vakit, karşı tarafın haklı güveninin korunduğı ihtimallerde sözleşme yanlış veya eksik beyan üzerinden k-unılır. Bu gibi durumlarda, beyan sahibi "vasıtanın hatasını" düzenleyen BK. m. 27 hükmünden yararlanarak, sözleşmeyi hata sebebiyle iptal edebilir. Ne var ki, iptal hakkını kullandığı vakit, "gündelik hayata ilişkin ve basit" olmayan bir beyanı sözlü olarak haberciyle göndermek her zaman bir ihmal oluşturacağından, onun BK. m. 26'dan doğan tazminat yükümlülüğünden kurtulması ilke olarak mümkün değildir.

4.Süre

- 18 Varması gerekli beyan, kanun icabı, belirli bir süre içinde yapılmak gerekiyorsa, öğretilde hakim olan görüşe göre, beyanın süre geçmeden gönderilmesi yetmez, süresi içinde karşı tarafa varmış olması da ara.Q.II³⁶.

v. Tuhr bu sonucu desteklemek üzere, BK. m. 3/c. 2 hükmünden kıyas yolu ile yararlanmak imkanı olduğunu kaydediyor³⁷. Gerçekten, bu hüküm uyarınca, icapçı süreli bir icap yapmışsa, sözleşmenin kurulması için kabul beyanının süre geçmeden kendisine varmış olması gerekmektedir.

J O- ("<.c.!,.1' *gerekli beyan* ♦ ;c.c,'n, ♦ .r\'"l)s" *zence yapılmadı ise*
beyan süre geçmeden : 4, 1 M'e\$ *yetmez*
süresi içinde ♦ l-erc.-Pc *varmış olması da aranın*

36) v. Tuhr, AT, § 61, M, 4, s. 444; v. Tuhr/Peter, § 22, VI, s. 172; Larenz/Wolf, 9.A., § 26, N. 12; Bucher, Basler Komm., Art. 5, N. 26; v. Büren, s. 17; Edege, Gabin davasında süre, İBD, cilt XLII, 1968, sayı 5-6, s. 326 vd.; Tunçomağ, s. 129; Eren, s. 133. Ayrıca bkz. HGK. 10.2.1960, E. 6/2, K. 5, Ad. D. 1960/9, s. 723 vd. veya İBD, cilt XXXIV, 1960, s. 92 vd. -Başka türlü: Çağa, Rızadaki fesat sebeplerinden biri veya gabin ile malül sözleşmelerde fesih beyanı ve bunun süresi, Ege Üniv. Hukuk Fakültesi Dergisi; yıl I, 1980, no. 1-4'den Ayn Baskı, s. 47 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/AJ-top, s. 455 ve not 4a. Bu yazarlara göre, varma, beyanın hukukî sonuç doğurmasının şartıdır. Sürenin hesabında rol oynayan göndermedir.

37) v. Tuhr, yalnız *derhal* yapılması gereken ve süre kaçırıldığı takdirde hakkın tamamen ve kesin olarak düşmesi sonucunu doğuran beyanlarda (örneğin, BK. m. 198 gereğince ayıp ihbarı) bir istisna tanıyor ve zamanında *gönderme* ile yetiniyor. (Bkz. not 36'da anılan v. Tuhr/Peter). -Mesafeli ve kapıdan satışlarda tüketiciye tanınan cayma (geri alma) hakkıyla ilgili bir başka istisna için bkz. aşağıda § 22a, N. 14.

İKİNCİ ALT BÖLÜM

SÖZLEŞMENİN KURULMASI

§ 16. Sözleşmenin Kurulmasına İlişkin Genel Bilgiler

1. Sözleşme Ve Sözleşme İle Kurulan Hukuki Düzenlemenin Birbirinden Ayrılması

Sözleşme kavramı çok defa iki farklı anlamda kullanılmakta ve bu yüzden zaman zaman kavram kargaşasına yol açmaktadır. İki hususu birbirinden dikkatle ayırmak gerekir¹:

- § sözleşme kavramının birinci anlamı, hukuki işlem olarak tarafların karşılıklı ve bir-birine uygun bir irade beyanı ve u. Jki-taiaftn-hi. iküKi':biuwuca irade beyanları ile gerçekleştirilen sözleşme, bir sözleşmeyi oluşturur.

- Sözleşme denince, bazen, bununla hukuki işlem anlamında sözleşmenin meydana getirdiği *hukuki sonuç*, bir başka deyimle *hukukî düzenleme* kastedilir. Bir irade sözleşmesi yapılmışsa, meydana gelen hukukî sonuç, irade edilen alacağın düşmesidir. Örneğin sözleşme, bizim şu andaki ilgi alanımıza • en • or sözleşmesi ise bununla taraflar arasında, içlerindeki bir • • • • • Örneğin: satış veya kira sözleşmesinin kurulması (birinci anlamda sözleşme), tarafların karşılıklı olarak borçlandırıran bir satış veya kira ilişkisinin (ikinci anlamda sözleşme) doğumuna yol açar.

Bu açıklama da gösteriyor ki, sözleşme deyişi, dar ve teknik anlamda sadece birinci ihtimal için her zaman yerindedir. İkinci ihtimalde, meseleye sadece borç sözleşmeleri açısından baktığımızda, söz konusu olan gerçekte bir sözleşme değil, sözleşme ile kurulmuş sözleşme ilişkisidir. Buna rağmen, çok defa sözleşme ilişkisi de kısaca sözleşme deyişiyle ifade edilir.

Sözleşme deyişinin bu iki anlamı arasındaki fark aşağıda örneklerde çok açık biçimde karşımıza çıkar:

1) **Leenen**, Abschluss, Zustandekommen und Wirksamkeit des Vertrages, AcP 188(1988), s. 391 vd.; **Flume**, § 6, I, s. 78 vd.; **Gauch/Schluep/Schmid**, N.223 vd.

a. *Birinci örnek:* A B'ye bir opsiyon sözleşmesi ile bir satış veya kira opsiyonu tanımış olabilir. Bu sözleşme, "akla uyan bir satış veya kira ilişkisini" tanımlar. B, yenilik doğuran hak niteliğindeki opsiyon halooonı kullanmca, onun birtarafh--irade-beyanı ile kurulan, birinci anlamda sözleşme değil (bu anlamda bir sözleşmenin kurulması daima iki tarafın irade beyanlarına ihtiyaç gösterir), fakat ikinci anlamda bir sözleşme ilişkisidir (örneğimizde satış veya kira ilişkisi). Bu durumda, yenilik doğuran hakkın kullanılması ile bir satış veya kira sözleşmesinin kurulduğundan bahsetmek yerinde değildir.

b. *İkinci örnek:* A ile, B'nin doğrudan doğruya temsilcisi T arasında yapılan sözleşmede, "kurucu eylem (hukuki işlem) anlamında sözleşme" A ile temsilci T arasında oluşmuştur. Buna karşı, bu sözleşmenin kurduğu "hukuki düzenleme veya borç ilişkisi" A ile temsil olunan B arasında gerçekleşecektir².

3 Yukarıdaki açıklamaların ışığında, hukuki işlem anlamında sözleşmenin gerçekte iki sonucu olduğunu söyleyebiliriz³:

- Birinci sonuç, yukarıda işaret edildiği gibi, bununla bir sözleşme ilişkisinin meydana gelmesidir. Buna, sözleşmenin *kurucu sonucu* (veya hükmü) denir.

- **İkinci sonuç, kurulan sözleşme ile (bununla birincisi anlamda...sözleşme ilişkisi kastediyonuz), her iki tarafın---da-bağlı-olması, yani kanun-veya sözleşmenin izin verdiği istisna durumları dışındaki hiçbirinin bir tarafı bir irade beyanı ile sözleşme meden sınırlama imkanının bulunmamasıdır.** Bunu, sözleşmenin *bağlayıcı sonucu* (veya hükmü) olarak adlandırmak gerekir.⁴

II. Değişik Sözleşme Kurma Teknikler

4 Bu konuda, Borçlar Kanununun 3-10. maddelerinde öngörülen klasik sözleşme kurma tekniği, **bir sözleşme esasına dayanmaktadır.** Ne var ki, uygulamada başka yöntemler de gelişmiş, batta bazı yazarlara göre, Borçlar Kanununda öngörülen modele uygun biçimde iki tarafın icap ve kabulü ile kurulan sözleşmeler kural olmaktan çıkıp istisna durumuna düşmüşlerdir. Bu görüşe göre, (tamamen bir tarafın genel işlem şartlarına dayalı olarak kurulan sözleşmeler bir yana bırakılırsa) asıl olan (aşağıda açıklayacağımız biçimde icap ve kabul ayrımına yer bırakmaksızın) müzakere (görüşme) sonucu hazırlanan metnin benimsenmesi yolu ile kurulan sözleşmelerdir⁴.

2) Leenen, not 1'de age, s. 392.

3) Gauch/Schluep/Schmid, N. 230-232; Eren, s. 187-188.

4) Bucher, Basler Komm., Vorbem. zu Art. 3-9, N.4.

Aşğıdn, sözleşmeyi kuıma amacı ile başvuruıan belli başlı teknikler ana hatları ile belirtilmektedir:

1. icap „c kabul yolu ile sözleşmenin kurulması (klasik yöntem)

Borçlar Kanunu sadece bu yöntemi göz önünde tutmuştur. Burada da üç ihtimal vardır:

5

a. Bazen icap ve kabul a amasm gu ö,ıce..bu aşauıayı-haz.ırlayan bazı söz eşme görüşme erı)! Gp !}q! ?ilf..t.: ?Omeğ!f2ı B'nin e?i?değeri:İLbir tı-ınyu a nıak isteyen A, önc? ona bu tabloy ıı ş runıak iste.yip-istemediğini sorabttir:--Birdüşünce süresi talep eden B, birleş?ç gün..sonra. ?gun-bir-fiyat teklif-ea.ilfrse, satışıın gerçekleşebileceğini bildirir. Bunun üzerine A bir ---fiyat teklif eder-fieapı: -Bıitını ?yg} :!n bulur (kabul)xe sQı:k.şiiie kurulur.

Dikkat edileceği üzere, bu örnekte icap ve kabul aşamasından önce gerçekleşen görüşmeler hayli basit bir çerçeve içinde kalmakta ve nispeten kısa bir süre içinde sonuçlanmaktadır. Ayıp ömekte,-B,-A'nın-tekli.Lettiği fiyatı beğenmeyip daha yüksek bir bedel ta!eıLetse (yeni bir icap)-ve öz-Je.şm? A'p'n Qubeclele r? L..2 m.aşl ile İ kab.ıı) kurulstı;ı?ahi, bu? söyledikle-ri m,izde bir değişiklik olmaz.

b. Herhangi bir görüşmeye gerek kalmadan doğn,dan doğruya icap ve kabul ile (daha sonra ifa edilecek) sözleşmenin kurulması mümkündür. Örneğin, akşam B'nin evine davetli olan A, duvarda gördüğü tabloyu 202Q0 lir?a sJfırı ?? olduğumrlıdırır, B de bunu derhal kabul @erse durum böyledir. Sözleşme hemen kurulmuştur. A, iki saat sonra / ?vlen-aynlık?tt? g Q ? be?? liniise-er! esi g!! B'ye ödeyecek-,...!!! ljiç kuşkusı, f'nıp. tablo).! bir kaç gün so?? ?sljrn-alması da söz ko.nus u. olabilir. Görüldüğü gibi, önceden ayn bir görüşme (müzakere) aşamasından geçmeksizin doğrudan doğruya icap ve kabul yolu ile kurulan bu sözleşmede, karşılıklı borçlar veya bu borçların bir bölümü daha sonra ifa edilmektedir.

5. Nih?et, üçüncü bir ihtimal, herhangi ?apJlnıadan-iGap veka???:yekleşen sözleşm&Bffi eıiten-sö!Z-/esme-nit:€.l.iğınL.taşuna-sı, yani icap ve kabul ile birlikte aynı a Q da-ifanıı-da-gei:çe?dir. Bir -gazeteciden gazete almak için parasını uzatıp gazetenin adını söyleyen A'ya, gazetecinin hiç ses çıkarmadan istenen gazeteyi uzatması halinde durum böyledir (elden satış).

Elden sözleşmelerde, yaygın olan görüişe göre, borçlanma işlemi ile ifa fiillerini oluşturan tasarruf işlemleri aynı anda ve bir arada gerçekleşmektedir. Buna karşı, diğer bir görüiş, elden işlemlerde, derhal yerine getirilen edimlerin arkasında bir borçlanma işleminin bulunmadığını, böyle bir borç-

şanma işleminin reddedilmesi gereken bir faraziyeden (varsayımdan) başka bir şey olmadığını ileri sürmektedir⁵.

Bu vesile ile hatırlatalım ki, elden sözleşmelerin en klasik örneğini, taşınırlarda, ancak bu yoldan gerçekleşebilen elden bağışlama oluşturur (BK. m. 237/1).

Sözleşmenin icap vehkabu l ayrını yapm klık mkbanı olmaksızın görüşmeler sonucu azırlanan metnin hır te enimsenmesi yolu ile kurulması

a. Genel Olarak

- 6 Çdaş ek ik.hayatın gözde sözleşmeleri, örneğin tek satıcılık, lis ü--anelHse?..-jo nfiie ieFI-vey-a-si a c5KÖefa yabancılarla eş-m taraflar aras ında çeşitli teknik adamlar ve danışmaların da katıldığı, bazen aylar batta yıllar süren müzakereler so ucı..K.Ün!lur:-13-n-görüşmeler sonucu ortaya çıkırso l me metni, çok defa konulan ayrıntılı biçimde düzenleyen, bu sebeple de çok sayıda (bazen yüzlerce) madde içeren bir metin niteliğini taşır. Hemen her maddesi çetin müzakerelere yol açan, bazen bir tarafın, bazen diğer tarafın bastırması sonucu müzakere aşamasında defalarca metni değiştirilen bu gibi sözleşmelerde, kimin sözleşmenin tümü ile ilgili olarak icapta bulunduğunu, kimin ise, yine sözleşmenin tümü ile ilgili olarak kabul ettiğini söylemek imkanı yoktur. Hele, sözleşme müzakereleri teknik adamlar ve hukuk danışmanları düzeyinde gerçekleşmiş, daha sonra ortaya çıkan tasarı incelenmek üzere her iki şirketin yetkililerine verilmiş ve önceden kararlaştırılan bir gün ve saatte, şirketi temsile yetkili olanlar bu metni birlikte imzalamışlarsa, bu söylediklerimiz daha belirgin biçimde ortaya çıkar. Bununla beraber, şurasını belirtelim ki, bu gibi sözleşmelerde iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından birini icap, diğerini kabul diye niteleme imkanının bulunmaması, uygulama açısından herhangi bir fark yaratmaz. Ortada yine, Borçlar Hukuku ilkelerine göre *birlikte muvafakat* (uygun bulup olur deme) yolu ile kurulmuş bir sözleşme vardır⁹.

- 7 İsviçre Hukukunda *Meril*^o yukarıdaki açıklamalara karşı çıkıyor ve şunu ileri sürüyor: Ne kadar uzun ve yorucu müzakerelerden sonra olursa olsun, bir an gelir ki, taraflardan biri varılan sonucu kendisi için bağlayıcı sayar ve karşı taraf, bunun üzerine, bu

5) Bu tartışmalar için bkz. **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 265 vd.

6) Teknik bilgi.

7) Pazarlama imtiyazı.

8) Ortak girişim.

9) Bkz. **Bühler-Reimann**, Der verhandelte Vertrag, SJZ 1989, s. 257 vd.; **Gauch/Schluep/Schmid**, N.484 vd.; **Leenen**, not 1'de age, s. 339 vd.

10) **Merz**, Vertrag, N. 191a.

metin esas alınarak kabul beyanından bulunup bulunmaması hususunda karar vermek zorunda kalır. Gözleniyor ki, *Merz'e* göre, uzun görüşmeler sonucu konulan sözleşmelerde de, son çıkmış bir icap ve kabul rastlanmaktadır. Yalnız görüşü bazı haller için doğru olabilir. Fıkıkt bunun her zaman böyle olduğunu ileri sürmek yerinde değildir. Zira, yukarıdaki açıklanılardan anlaşılacağı gibi, uygulamada önce bir tarafın hazırlanmış metni benimseyip bunu diğer tarafa bildirmesi söz konusu olmadan, metnin birlikte uygun görülüp imzalandığı durumlarla çok sık karşılaşılır¹¹.

b. Sözleşme Görüşmelerine ilişkin Anlaşmalar

Sözleşme görüşmelerinin taraflar arasında dürüstlük kuralına (MK. m. 2/1'e) dayalı, edim yükümü erinden bağımsız bir borç ilişkisi arattığı¹² daha önce belirtmiştik¹¹. Bu aşama a. 7. maddesi, *sozleşin* / *görü melerine ilişkin anlaşmalar* yapmaları da mümkündür¹³ u. İlgili¹⁴ için görüşülen sözleşmeden dik.katle ayırmak gerekir. Burada ne gibi sözleşmeler söz konusu olabilir¹³?

- Taraflar birbirlerine bir sözleşmenin kurulması veya değiştirilmesi (Q!j!J_!'eler yapma ı taahh**ü** b**ü** rirtgsvertrag. contrat de negociation). Bu taahhüt, sözleşmeyi kurma**ü**..olma;r.ıp,satle-ce tarafları sözleşme la.!!J! h.inca.y.a...v.ey.a.uy.g1JU bu: Şüre i ind kurulamayacağına açıkça anlaşıl**ü**cağı ana kadar, c(dq_i olar:ak görüş melere başlama ve bunları sürdürme yildimlilikü altına sokar. T.a.abhü.düne ay**ü** davranan tara diğer tarafın bu taahhüde güvenmesi-sonucu uğradığı zararları tazmin borcu altına girer.

Böyle bir sözleşme-yapılmamış s.a. taraflardan..her b.iililer-zaman--bir taraflı olarak sözleşme...görüşmeler:ine-son-ı.lere bilir Bu da\Callış,-onu,-karşı Jar_af)n boşuri"a __ yap_tığı _gide.rleriJ:azmin-bor.cu..altma--solun**ü** Görüşmelerin **ü**ızlıkla sonuçlanma**ü**ı görüşme-kav-ramının içinde yer alan normal bir risktir. N'e var lû, görüşmelere son veren tarafın davranışı bir *culpa in contrahendo* olarak nitelenebiliyorsa; özellikle o ciddi olarak sözleşme yapma niyeti olmaksızın diğer tarafı oyalamış ve örneğin, karşı tarafın bir başkası ile görüşmeler yapmasını önlemek amacıyla müzakerelere girişmişse, bir sorumluluğun doğması kaçınılmazdır¹⁴.

- Görüşmelerin *hangi noktalar üzerinde veya hangi yöntem ve usulle* göre gerçekleştirileceği konusunda anlaşmalar yapılabilir.

11) Buradaki gibi: **Leenen**, not 1'de age, s. 400, not 62.

12) Bkz. yukarıda § 2, N. 8.

13) Bu konuda bkz. **Terre/Simler/Lequette**, Droit eivil, les obligations, 5. ed., Paris 1993, s. 139, Nr. 178; **Dessemontet**, Les accords de confidentialite, Melanges Pierre Engel, s. 27 vd.; **Merz**, Vertrag, s. 71, not 2; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 983 vd.; **Bühler - Reimann**, not 9'da age, s. 259.

14) **Terre/Simler/Lequette**, not 13'de age, s. 138, Nr. 177; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 950 vd.; **Kramer/Probst**, BUNGESGERICHTSPRAXIS ZUM ALLGEMEINEN TEIL DES SCHWEIZERISCHEN OBLIGATIONENRECHTS, Zürich, 2003, s. 43 vd.

- Özellikle lisans, know-how, franchise vs. gibi sözleşmelerin görüşülmesi aşamasında, taraflardan birinin gizli tutulmasını arzu ettiği bazı bilgileri diğer tarafa aktarması gerekebilir. Bu gibi bilgilerin gizli kalmasını sağlamak üzere *sır saklama sözleşmeleri (accords ou clauses de confidentialite, collve11ti011s de discretion, c/auses de non - divulgation, confidentiality agreement, secrecy agreement)* yapılabilir.

CÜraraflar görüşmeler sırasında, belirli bir süre için rakip firmalarla görüşmeler yapmayacaklarını birbirlerine taahhüt edebilirler (*Başkası ile görüşme yapmama anlaşması, c/ause d'exclusivite de la negociation, abschliesslichkeitsabkommen*).

- •• zellikle, sözleşme müzakereleri başarısızlıkla sonuçlandığı takdirde, müzakerelerin yol açtığı *giderlerin taraflarca nasıl paylaşılabacağına ilişkin sözleşme/er* yapılabilir. Sözleşme görüşmelerine esas olmak üzere, yüksek miktarda masrafa yol açan bazı inceleme veya projelerin yapılması gerekmişse, böyle bir anlaşma sonradan çıkacak çekişmeleri önlemesi açısından **önemli** önem taşır.

- sözleşme görüşmelerinin ilerlemesi ve belirli bir aşamaya gelmesi halinde, o ana kadar varılan sonuçlar (şüphesiz ancak asıl sözleşme kurulduğu takdirde bağlayıcı olmak üzere) tespit eden anlaşmalar yapılabilir (*Sözleşme tasarısı veya projesi, Punlaation, punctation, accord de principe, memorandum of understanding*)¹⁵.

8a

Yukarıda sayılanlar gibi bir sözleşme yapmanın (bir taahhüt içermeyen sözleşme tasarısı veya projesi dışında) ilci önemli pratik yararı vardır. Bunlardan birincisi, bu yoldan, karşı tarafın hareket tarzının sorumluluğa yol açmaya elverişli bir davranış oluşturup oluşturmadığı konusunda çıkabilecek görüş ayrılıklarının önceden geniş ölçüde önlenmiş bulunmasıdır. İkinci yarar ise, bundan böyle, ilke olarak olumsuz zararların tazminini öngören *culpa in contrahendo* (sözleşme müzakerelerinde kusur) sorumluluğuna baş vurmaksızın, doğrudan doğruya sözleşmeden doğan borcun yerine getirilmemiş olması esasına dayanarak taahhüde aykırı davranışa bağlı olumlu zararların tazminini isteme imkanının doğmuş olmasıdır.

iif

3. Sözleşmenin taraflardan biri tarafından hazırlanmış genel işlem şartlarına diğer tarafın katılması ile kurulması

9

Çağımızda, başta bankalar, sigorta şirketleri ve taşıyıcılar olmak üzere, sosyo - ekonomik açıdan güçlü olan tarafların, çok sayıda kişilerle yaptıkları ve kitlesel sözleşmeler diye adlandırılan sözleşmelerde kullandıkları bir teknik şudur: Bundan böyle yapılacak bireysel sözleşmelerin tabi olacağı

15) Terre/Simler/Lequette, not 13'de age, s. 140, Nr. 179; **Bühler - Reimann**, not 9'da age, s. 259, 261. Bu son yazanın, yukarıda belirtilen çeşitli anlaşmaları BK. m. 22 anlamında bir ön sözleşme sayması isabetsizdir (Merz, Vertrag, s. 71, not 2). Sözleşme tasarısı veya projesi için ayrıca bkz. yukarıda§ 11, N. 30.

lerde de, güven ilkesine dayanarak, taraflardan birinin diğerinin beyanına vemsesi gereken, ancak karşı tarafın gerçek iradesine uymayan anlam hui'Uken korunabilmek'le ve sözleşme (diğer tarafın hata sebebi ile iptal hakkı saklı kalmak üzere) bu anlam üzerinden kurulmuş sayılabilmektedir. Bu halde de fiili olmasa bile farazi (varsayımsal) veya normatif bir uyuşma vardır ve sözleşme BK. m. 1/I'e uygun biçimde kurulmuş sayılır.

- 3 **❖** Tarafların irade beyanları arasındaki uygunsuzluk sonucu sözleşme kurulmuyorsa, uyuşmazlıktan bahsedilir. Örnek❖. B'ye 890 üzerinden teklif-e bulunu or B bunu yanlışlıkla 980 olarak okuyor ve cevabını "98"öze-rinden yaptığınızı c hınız a yor:uun: tçı❖-❖ e-kal'Şrtarafagönderi-❖ ihtimalde, her iki tarafın irade beyanları arasındala.❖ uygunsuzluk❖ le..sö❖leş me kurulamamıştır.

Uyuşmazlık *açık* veya *gizli* olabilir. Açık uyuşmazlıkta, taraflar uyuşmazlığın farkında oldukları halde, gizli uyuşmazlıkta içlerinden biri (bir taraflı gizli uyuşmazlık) veya her ikisi (iki taraflı gizli uyuşmazlık) bunun farkında değildir.

Yukarıda verdiğimiz örnekteki uyuşmazlık, A, yanlışlığın farkına varmışsa, sadece B'nin gözünden kaçtığı için bir taraflı gizli uyuşmazlık olarak; A dahi, B'nin cevabını yanlış okuyup "890 üzerinden kabul ediyorum" biçiminde anlamış bulunsaydı, iki taraflı gizli uyuşmazlık olarak nitelenmek gerekirdi. Buna karşı, A'nın icabını doğru olarak anlayan B, "teklifinizi 980 üzerinden kabul ediyorum" cevabını verse ve A bunu doğru olarak anlasa, her iki taraf da uyuşmazlığın farkında olduğu için uyuşmazlık açık bir nitelik taşıyacaktı. Ne var ki, bu son ihtimalde, B'nin cevabı gerçekte A'nın icabının reddi ile birlikte yeni bir icap yapılması anlamını taşıyacağından, A'nın bu son icabı kabul etmesi halinde, uyuşma 980 üzerinden gerçekleşebilecekti.

Uyuşmazlık ile ilgili bir başka ayının ise *tam* ve *lasmf* uyuşmazlıklar arasında yapılan ayındır. Uyuşmazlık sözleşmenin tamamı ile ilgiliyse tam uyuşmazlıktan, sözleşmenin bazı bölümleri bakımından uyuşma gerçekleştiği halde, diğer bazı bölümler açısından uyuşmazlık varsa kısmi uyuşmazlıktan bahsedilir.

Sözleşmenin kurulmasını engelleyen ve BK. m. 1 çerçevesinde ele alınması gereken uyuşmazlığı, sözleşmenin kurulduğu, fakat taraflardan birinin hata sebebi ile iptal hakkının bulunduğu (BK. m. 23 vd.) durumlardan dikkatle ayırmak gerekir.

il. Uyuşmanın Kapsamı

1. Genel olarak

- 4 İster normal, ister farazi (normatif) anlamda olsun, uyuşmanın gerçek-

Bu soıumm cevabını BK. m. 2/1şöyle veriyor:

Göiildiih1i gibi 1?P .biikme öre taraflaa.ıı...y,an-fik.incuier.eçede ♦okta-
lardan hiç söz etmeksizin sadece ♦?lı no taLa.rd! . 1 !Y!!şmuş olması, söz-
leşintiün 'kuiulmuş sayılınası lehine bir kartne oluş tunn aktadı: Şimdiçlen
♦efün ki, inüzak♦rele!:sırasında hiçbir an_nokta..gündeme-gelmemişse
♦a görüşme kOnusu olmakla 6irli♦teklif sahibinc_e ger.Lç.e.kiliniş.se♦tüm
esaslı-noktaları üzerinde uyuşuhnuş ♦özleşmenin kurulmuş-olacağı esasen
şüphe götürmez. Bu hüküm İsviçre Borçlar Kanunundan yanlış tercüme
edilmiştir_ Gerçekten İsviçre Borçlar Kanunu'nun farklı biçimde kaleme
alınınış 2. maddesinin 2. fıkrası, esaslı noktalar üzerinde uyuşan tarafların,
yan noktalar üzerinde anlaşmaya varılmasını saklı tutmaları, yani bu konu-
yu ilerde gerçekleştirecek bir uyuşmaya terk etmeleriyle ilgilidir. Buna göre,
yan noktaların saklı tutulmuş olması, tüm esaslı noktaları üzerinde anlaşma
sağlanmış sözleşmenin bağlayıcılığı lehine bir karinenin doğmasını engel-
leyemeyecektir. Şu halde, (aksi ispat edilebilen) bu karinenin geçerlilik
kazanabilmesi için, •tün esaslı noktalarında mutabakat sağlanmı •b söz-
leşmeye ilişkin olarak a) taraflar arasın a görüşme onusu olan en az bir
an♦q k! ♦oaiiyuşma sağlanair♦ıı♦,-if-Turaflar b u JİOlçta y.eys.noktalar üze-
•lnde ilerde görüşüp bir-anl♦ş;t;ı}aysı ♦armay,ı birbirleccine-kaFş-ıkh larak
♦üt etmiş bulunmaJıdır²:. Böylece (ilerdeki anlaşmaya terk edilmiş yan
noktalar dışında) tüm esaslı noktalan üzerinde tarafların anlaştığı sözleş-
menin kurulmuş sayılmasına ilişkin bir karine kamın tarafından kabul edil-
miş olmaktadır^{2b}

Bizce, böyle bir sınırlama öngörmeyen kanunumuzun m. 2/I hükmünü, İsviçre'de bile eleştiri konusu olmuş dar ifadesine göre anlamak mecburiyeti yoktur_ Şu halde, (aşağıdaki açıklamalarımız çerçevesinde) bütün es¹li noktalan üzerinde uyushulmuş imzalı bir sözleşme metni mahkemeye ibraz -aİTağı valGr,ôazı yan noktalara ili kin u tar- 'le - ıra- I Giiuş² o up o ma İğı bu yolda ir id dia³t⁴adık a⁵YL!⁶-⁷-⁸ak-

2a) **Schönenberger/Jiiggi**, Art. 2, N 20; **Kramer**, Art. 2, N. 15.

2b) Bu çözüm öğretide yerinde olarak eleştirilmiştir (**Koller**, I, 2.A., § 6, N. 22; **Tekinay/Akınan/Burcuoğlu/Altóp**, s. 77). Zira, belirli bir nokta üzerinde mutlaka anlaşılmasını talep eden tarafın (tersi anlaşılmadıkça), böyle bir anlaşma yapılmadan sözleşmeyle bağlanmayı istememiş sayılması çok daha gerçekçi bir anlayış olurdu.

sızın. sözleşmenin lanılmış sayılmasına ilişkin bir karinenin BK. m. 2/1 çerçeve'sııl o uş unrkabıt-etmek-ieırer. --

Kaldı ki, İsviçre metnine göre de, bazı yan noktalar üzerinde anlaşmanın ileriye bırakılmasına rağmen, tüm esaslı noktalar üzerinde uyuşulması sözleşmenin k."Urulmuş sayılmasına dair bir karinenin oluşmasına yol açıyorsa. aynı sonuç, evleviyetle (öncelikle, *a fortiori*) görüşme konusu olmuş yan noktalardan hiç söz edilmeksizin sadece tüm esaslı noktalar üzerinde mutabık kalınması halinde de geçerli olmak gerekir. Burada bütün mesele, maddede sözü geçen "esaslı noktalardan" neyi anlamak gerektiği noktasında odaklanmaktadır ki, bunu aşağıda ayrıca inceliyoruz^{2c}.

- 5 Şu noktayı ayrıca belirtelim ki, yan (ikinci derecede) noktalara ilişkin bir uyuşmanın ileriye bırakılmış olması bizde BK. m. 2/I'in metninde hiç yer almadığı halde, aşağıdaki sebepten ötürü bunu da maddedeki düzenlemenin kapsamı içinde görmek gerekecektir. Gerçekten İsviçre'de aynı maddenin 2. fıkrası, tarafların saklı tutulmuş yan noktalarda anlaşamamaları halinde sözleşmedeki boşluğun doldurulması açısından genel kuraldan ayrılan bir çözüm öngörmüş ve hakimin kanunun tamamlayıcı hükümlerini bir köşeye bırakarak "işin mahiyetine" göre hareket etmesini hüküm altına almıştır. Bu çözüm (İsviçre BK. m. 2/II'de açık biçimde vurgulandığı gibi) sadece bazı yan noktaların ilerdeki bir anlaşmaya terk edilmesi ve sonradan tarafların anlaşamaması hali için bir anlam ve değer taşıdığına göre, ister istemez bu ihtimali de, bunu açıkça belirtmeyen BK. m. 2/I' in kapsamı içinde saymak icap edecektir.

BK. m. 2 hükmüne ilişkin daha geniş açıklamalara geçmeden önce, "esaslı noktalar" ve "yan (ikinci derecede) noktalar" ayırımından ne anlamak gerektiğini aydınlığa kavuşturmak gerekir.

2. Esaslı noktalar ve yan (ikinci derecede) noktalar

a. Esaslı noktalar

aa. Objektif açıdan esaslı noktalar

- 6 Yaygın bir anlayışa göre³, sözleşmede yer alan noktalar aşağıdaki üçlü aynın açısından ele alınmalıdır:

- *Essentialia negotii* (esaslı noktalar): Bu gruba, hukuk düzenine göre, öngörülmüş tipte bir sözleşmenin mevcut sayılabilmesi için zorunlu olan unsurlar girer (satışta satılan mal ve satış bedeli, kirada kiralanan mal ve

2c) Bkz. aşağıda N. 9, 10.

3) v. **Tuhr/Peter**, §20, VIII, s. 155; **Engel**, s. 218; **Flume**, § 6, II, s. 80.

kim bedeli gibi)\ Ne var ki, öngöiilen sözleşme kanunda bejirlenmiş sözleşme tiplerinden hiçbirine girmiyor ve ekonomik gelişmeler sonucu ortaya çıkmış kendine özgü bir sözleşme niteliğini taşıyorsn, bu defa, bunun "anlamlı bir bütün" oluştunması için iş hayntında aranan şartların tam olarak /erçckleşip gerçekleşmediğini dikkate almak gerckir⁵.

Naflralia llegotii (doğal noktalar):., Burada söz Jmnus olanı., taraflarca düzenlenmemiş olan noktalarda u y ulama alapı bulan kanunui a- 1 amlayıcı hükümleridir. önleğin, borcun yerine irilmemesinin sonuçla- n kanunda emredici ni teli tJ!ŞlllJ.J!Y.an hükümlerle düzenlenmiştir. Bu gibi 1 lltikiimler, taraflarca anlaşma konusu yapılmalarına ihtiyac olmaksızın uy- - gulanır. Bununla beraber kabul etmek gerekir ki, söz konusu tamamlayıcı

hükümleri tarafların bu konuyu düşünselerdi yaptıkları sözleşmeye ekleyecekleri hükümler (yani bir çeşit "farazi" veya varsayımsal sözleşme içeriği") olarak gönnek, bugünkü "tamamlayıcı kanun hükmü" anlayışına uymamaktadır⁶. Ancak dar ve teknik anlamda sözleşme içeriğine dahil bulunmayan bu gibi noktalara ilişkin olarak, sözleşmede bir boşluğun bulunduğu da ileri sürülemez. Zira, tarafların bunları mevcut sayarak sözleşmelerini yapmış olmaları asıldır. Şu halde, olsa olsa, bunların geniş anlamda sözleşme içeriğine doğrudan doğruya değil, fakat dolaylı biçimde dahil oldukları söylenebilir⁷.

-Accidentalial negotii (qslında b lun!!!:El!:E. so ra an ve dıştan gelen anlamında olmak üzere "arızı noktalar"): Burada, tarafların kanundaki düzenlemeye ek olarak veya emredici olmaya!} !can Ldüzenleiiinden .ay.İ-ıla- ra.k kararlaştırdıkları hükümler söz konusudur. Örneğin, BK. m. 73'de öngörüilen ifa yerininveya "BK.-in rs 3•aesatış; hasarın İltikali için yer alan düzenlemenin değiştirilmesine yahut sözleşmenin şarta bağlanmasına ilişkin anlaşmalar hep bu kategoriye girer.

Objektif açıdan esaslı noktalar denince, bundan sadece "essentialia negotii" kavramı içine giren noktalar anlaşılır. Bunun dışında kalan noktalar objektif açıdan ikinci derecede (yan) noktalardır.

bb. Sübjektif açıdan esaslı noktalar

Burada, sözleşmeye ilişkin öyle noktalar söz konusudur ki, bunlar objektif bakımdan ikinci derecede (yan) noktalar arasında yer aldıkları halde, taraflardan birinin, diğer tarafça bilinebilir biçimde, bunlarda anlaşma ol-

4) Farklı: **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 332 vd.

5) **Merz**, Vertrag, N. 174; **Schönenberger/Jaggi**, Art. 2, N. 39; **Kramer**, Art. 2, N. 7.

6) **Flume**, § 6, 2, s. 80-81 - Farklı: **Schönenberger/Jaggi**, Art 2, N.4.

7) **Bucher**, Basler Komm., Art. 2, N. 14.

madığı takdirde sözleşmenin kurulmasına razı olmayacağı anlaşılmakta; yani o, bwtlara ilişkin uyuşmaya sözleşmenin kurulması açısından bir *condicio sine qua non* (onsuz olmaz şart) nazarı ile bakmaktadır⁸.

b. Yan (ikinci derecede) noktalar

- 8 Yukarıda belirtilen anlamda, objektif veya sübjektif bakımdan esaslı sayılmayan bütün nokta ar ilancı erecede (yan nokta sayıdır. - - -

3. BK. m. 2/1 uyarınca sözleşmenin ne vakit kurulmuş sayılabileceği

a. Hükümün niteliği

- 9 BK. m. 2/1, sadece bir karine koyan ve bu şekilde ispat yükünü düzenleyen bir hükümdür⁹. Bu karine/tesi islat edilebilir¹⁰ ad! bir karine¹¹dir.

b. Hükümün uygulama alanı

BK. m. 2/1 uyarınca sözleşmeyi kurulmuş sayan karinenin harekete geçebilmesi için, her şeyden önce tarafların söze memn esaslı. 11. aktalarında uyuşmuş olmaları gere r. Tartışmalı olmakla birlikte, BK. m. 2/1'de sözü geçen esaslı noktalardan sadece objektif yönden esaslı olan noktaları (*essentialia negotii*) anlamak icap eder¹⁰. **sa.tı.ş söze** **de obje** **11** **noktalar** **sw.lall. !!lal ile şguış...hedelidir**. Buna karşı, malın teslimyeri, teslim zamanı, satış bedelinin ne şekilde ve ne zaman ödeneceği gibi hususlar yine objektif yönden sözleşmenin ikinci derecedeki (yan) noktalarını oluşturur. Şu halde, sözleşme müzakereleri sırasında, bu gibi ikinci derecedeki noktaların da gündeme gelmesine rağmen, sadece "mal" ve "satış bedeli" (belirli veya belirlenebilir biçimde) göz önünde tutulmak suretiyle bir anlaşma yapılmış, görüşme konusu olmalarına rağmen ikinci derece noktalardan hiç söz edilmemişse, BK. m. 2/1'deki karine harekete geçer ve sözleşmeye kurulmuş nazarıyla bakılır. Ancak, taraflardan birinin, görüşülen fakat üzerinde anlaşma olmayan objektif açıdan yan noktaların tümünün veya bir bölümünün (diğer tarafça bilinebilir biçimde) kendisi için sübjektif yönden esaslı bir şart oluşturduğunu, yani bu nokta

8) **Schönenberger/ Jaggi**, Art.2, N.33; BGE 118.II.34.

9) **Bucher**, Basler Komm., Art.2, N.1.

10) **Kramer**, Art. 2, N. 10; **Schönenberger/Jaggi**, Art. 2, N. 32 vd.; özellikle N. 37, 39; **Schwenzer**, N. 29.03 vd.; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 995 vd.; **Koller**, I, N. 395; **Herzog**, Der Vorvertrag im schweizerischen und deutschen Schuldrecht, Zürich 1999, N. 37. -Başka türlü: **Dessemontet**, CR, Art. 2, N. 8. -Gerçekten, BK. m. 2/1'deki karinenin gerçekleşmesi için, tarafların hem objektif hem de sübjektif açıdan tilin esaslı noktalar üzerinde uyuşmuş olmaları aranır, bu ihtimalde sözleşme kesin olarak kurulmuş olacağından, ayrıca bir karine öngönünün hiçbir anlamı kalmazdı.

üzerinde mutabakat sağlanmadnn hiçbir şekilde sözleşmeyi yapmayacak olduğunu i pat etmek suretiyle bu karineyi çiiütmc hakkı lınlıdır. Aynı çözüm görüşmeler sırasında üç yan nokt.a (örneğin malın teslim yeri, teslim tarihi ve ödemenin ne şekilde yapılncğı) tartışma konu. u yapılmış olduğu halde, sözleşmede bunlardan sadece bir tanesine (örneğin malın teslim yere) yer verilmiş olması hali için de geçerlidir. Bu ihtimalde de; satıcı, müzakere konusu olduğu halde sözleşmede yer almayan "malın teslim tarihi" veya "ödeme biçiminin" kendisi için sübjektif açıdan esaslı bir nokta oluşturduğunu (yani o noktada uyuşma olmaksızın sözleşmeyi yapmayacağını) ispat ederek BK. m. 2/I'de öngörülen ve sözleşmeyi kurulmuş sayan karineyi çürütebilir. Yeter ki, görüşmeler esnasında bu konudaki kararlılığı hususunda karşı tarafı bilgilendiniş olsun veya bu kararlılık karşı tarafça bilinebilir bulunsun ¹¹.

Bu bilgilerin ışığında vardığımız sonuç şöyle özetlenebilir:

10

- BK. m. 2/I'deki sözleşmenin kurulmuş sayılmasına ili kin karinenin yürürlük kazanabilmesi.Ç.11),.,ınlıı,ı,ı..1,M..1,1:a eeı.. ,,,.,.,.,a.CJ özle menin o bjektif yönden esaslı noktalar 2 2eri! 1 2 2uyu ş 2 olmaları yeterlidir.

- Bu karineyi çürütmek isteyen taraf aşağıdaki üç noktayı ispat etmelidir:

= Sözleşmede yer almayan bazı yan (ikinci derecede) noktalar, üzerinde bir anlaşma olmaksızın, sözleşme müzakereleri sırasında ele alınıp görüşülmüştür.

❖u noktalar, davacı açısından, sözleşmenin kurulmasına yönelik olarak 'onsuz olmaz şart' (*condicio sine qua nan*) niteliğini taşımaktadır.

= Davacının bunlara bu derece önem verdiği karşı tarafın bilgisi dahilindedir¹².

BK. m. 2/I hükmüne nazaran farklı biçimde kaleme alınmış İsviçre BK. m. 2/I hükmünün öngördüğü faraziye gerçekleşir ve sözleşmenin objektif yönden esaslı noktalan üzerinde uyuşan taraflar diğer noktaların çözümünü ilerde yapılacak bir anlaşmaya bırakırlarsa, yukarıdaki açıklamalar yine değer taşır. Şöyle ki, esaslı noktalarda anlaşıldı ı için karine olarak sözleşme kurulmuş sayılır, a M,ıleriy.e bırakılan-hususlar ijzerin- aemutaoakat saghınma ça öleşqıeyi (karşı tarafça bilinebilir biçimde) niçbir zaman yapm"ayacaK Öldüğünü ispat ederek bu karineyi çürütebilir.

11) **Bucher**, AT, s. 120; **Bucher**, Basler Kornm., Art. 2, N. 4.

12) Burada sözü edilen son şart güven ilkesinin doğal bir sonucudur (**Bucher**, Basler Kornm., Art. 2, N. 2; **Kramer**, Art. 2, N. 11). Bu sebeple, karşı tarafın, söz konusu yan noktalan davacının bu ölçüde önemli saydığını bilebilecek durumda olması yeterlidir.

- 11 Davacı, BK. m. 2/1'de öngörülen karineyi çürüttüğü vakit, mevcut anlaşmanın hukuken bağlayıcı bir sözleşme değil, sadece sözleşme müzakerelerinde belirli bir aşamada elde edilmiş sonuçları karşılıklı mutabakat ile tespit eden ve bağlayıcı olmayan bir uyuşmadan (*Punktation veya sözleşme ıasarısı*)¹³ ibaret olduğu ortaya çıkar. Önemle ekleyelim ki, resmi şekle bağlı sözleşmelerde, bu şekle uyularak yapılan bir sözleşmenin BK. m. 2/1 hükmüne dayanmak suretiyle hukuken bağlayıcı olmadığını, bir başka anlamıyla henüz k.'1.lnllmadığıru ileri sürmek imkanı yoktur. Zira, resmi memur önünde sözleşme imzalamak, kesin bağlanma iradesini aksi ispat edilemeyecek biçimde ortaya koyar.
- 12 İsviçre Federal Mahkemesine göre¹⁴, üzerinde bir anlaşmaya varılmadan görüşme konusu yapılan objektif yönden ikinci derecede noktaların her zaman sözleşmenin kurulmasını engelleyeceği kabul edilseydi, bu, tarafları müzakereler sırasında bu gibi tekliflerde bulunmaktan alıkoyardı. Kaldı ki, bu gibi konular ortaya atan tarafın, karşı tarafça kabul görmeyen teklifini üzerinde daha fazla ısrar etmeksizin geri almış olması da sözleşme görüşmelerinde her zaman rastlanabilen bir ihtimaldir. Diğer taraftan, bazen sırf karşı taraftan bir ödün kopanmak maksadı ile, üzerinde ciddi olarak ısrar edilmeyecek konuların da müzakere masasına getirildiği görülmektedir. Bu yüzdendir ki, karşı taraf ancak görüşme konusu yapılan fakat anlaşma kapsamına alınmayan hususların, diğer tarafça bilinebilir şekilde, kendisi için sübjektif yönden esaslı bir nokta oluşturduğunu ispat etmek suretiyle, BK. m.2/1'in öngördüğü karineyi çürütebilir.

4. Sözleşmedeki boşluğun doldurulması

- 13 Taraflar sözleşme müzakereleri sırasında başka hiçbir konuya değin-
meksizin sadece sözleşmenin objektif yön en esası nolctalarıüierindean-
18!;yıstarsaJ:özleşme k:ürulitüUştar. 13trdurumda, ihutarhalinde sözleşme-
deki boşluk, hakim tarafından generlrurallara şore-illc:planda ..kanunun ta-
mamlayıcı hükümleri esas alınarak doldurulur¹. Görüldüğü gibi, kurulmuş
birsözleşmedeki boşlukların doldurulması, ilke olarak BK. m. 2/II'nin kap-
samı dışındadır.

Buna karşı, yukarıda yaptığımız açıklamalar çerçevesinde *BK. m. 2/II'nin kapsamına giren durumlarda*, yani (bizdeki metinde açıkça ifade edilmemiş olmasına rağmen), tarafların bazı yan noktalarda anlaşmayı ileriye bırakarak sözleşmeyi kurmaları, ancak daha sonra bu noktalarda anlaşamamaları halinde⁵³ hakimın kanunun tamamlayıcı hükümlerine değil,

13) Bkz. yukarıdaş 11, N. 30 veş 16, N. 8.

14) BGE 103.11.193.

15) BGE 83.11.522, JdT 1958.1.516; **Engel**, s. 220; **Tekinay/Akınan/Burcuoğlu/Altıp**, s. 76, 77. -Sözleşmedeki boşlukların doldurulmasında uygulanacak genel kurallar için bkz. aşağıdaş 33.

1Sa) Türk öğretisi BK. m. 2/II hükmünün sadece bu halde uygulanabileceğini kabul etmektedir (**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 76-77; **Eren**, s. 214; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 154). Ayrıca bkz. **Kramer**, Art. 2, N. 26-27.

"işin mnhıyctine" (sözleşmenin nmncınn ve olnym tüm özelliklerine) bakarak hoşluğu doldurması gcrekcceklir'<1.1<,n. Bunun için, boşluğun doldurulmasını talep eden tırnf, yenilik doğurmn bir dava nçnuk, fnkat bu davada sözleşmenin hakim tırafındnn ne şekilde doldurulması gerektiğini belirtmek zorunda olınnıncaktır¹⁷.

S. Şekil hükümlerinin saklı olması (BK. m.2/111)

a. Sözleşme kanun gereği bir geçerlilik şekline bağlanmış ise (BK. m. 11/11);-ünıarsözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuş dahi olsalar, şekle uyulmadıkça geçerli bir sözleşmeden söz açılmaz. 14

b. _Knnun gereği bir geçerlilik şekline bağlı olmayan sözleşme, tarafların iradesi ile bir şekle bağlanmı ise (BK. m. 16/1), çok kötü bir şekilde tercüme edilmiş BK. m. 16/I'in öngördüğü karine uyarınca, bu şekle uyulmadıkça sözleşme geçerlilik kazanamaz. O halde, bu ihtimalde şekil şartı gerçekleşmedikçe, tarafların esaslı noktalar üzerinde uyuşmaları geçerli bir sözleşmeye varlık kazandıramaz, yani BK. m. 16/I, BK. m.2'den önce gelir. Ne var ki, olayda, BK. m. 16/1'deki karine çürütülerek, taraflarca kararlaştırılan şeklin bir ispat şeklinden ibaret bulunduğu ortaya konursa, BK. m.2/I'deki karine yine yürürlük kazanır¹⁸.

§ 18. İcap

I. Genel Olarak

1. Kavram

İc p öyle bir irade bey nıdır ki, bununla bir kimse diğer tarafa (bir baş- I
ka eyimle, belirli bir ki i) ye v..a Omyma (herkesç) karşı, sözleşmenin kurulması bundan böyle sadece karşı tarafın kabulüne bağlı ..olwak iil:ere, Oii sözleşme yapma teklifiiae bülünür. G<ijıJdüğü gibi, sözleşmeyi kuran beyanlardan ilki "icap" adını ta lf:.. Kar.ıJ?Jafın oJuo:ılu cevibuse -"ka-buf'dür. İcabın sözleşmenin hangi tarafından geldiği önemli değildir. Şu

16) BGE 107.II.416.

16a) BK. m. 2/U çerçevesinde sözleşmedeki boşluğun doldurulmasında, söz konusu sözleşme bireysel özellikler taşımayıp çok geniş ölçüde kanunda düzenlenmiş belirli bir tipe uyuyorsa, mahkeme en uygun çözüm olarak ilgili sözleşme tipi için öngörülmüş tamamlayıcı kanun hükmünü boşluk doldurmada kullanabilir (Kramer, Art. 2, N. 25; Koller, I, 2.A., § 10, N. 17).*

17) Kramer, Art. 2, N. 22.

18) Schöenberger/Jaggi, Art. 2, N. 43; Kramer, Art. 2, N. 28.

halde örneğin, satışta satıcı veya alıcı, vekalette vekalet veren veya vekil icapta bulunmuş olabilir.

İcaptan söz açabilmek için iki şartın gerçekleşmesi gerekir:

- 1 - Bunlardan *birincisi*, icabın, kurulması arzu edilen sözleşmeye ilişkin bütün esaslı unsurları içermesi, yani sözleşmenin kurulmasını sağlayabilecek olgunlukta bir beyan oluşturmasıdır. Bazen bu durumu ifade etmek üzere, yapılan beyanın, karşı tarafın sadece "Evet" demesiyle sözleşmeyi kurmaya elverişli olmasından söz açılır. Birçok hallerde durum böyle olsa bile, bu anlayış her zaman geçerli değildir. Zira icabın, "nitelik", "miktar", ..büyüklük" vs. gibi konularda karşı tarafa bir seçim imkanı bırakacak biçimde yapılmasına bir engel yoktur¹. Örneğin, A'nın B'ye, şu maldan 10 tonu şu fiyata, aynı maldan 5 tonu ise bir başka fiyata satmaya hazır olduğunu bildirmesi durumunda da bir icap vardır. Ancak, bu ihtimalde, sözleşmenin kurulması için, B'nin yalnız "Evet" veya "Kabul ediyorum" demesi yetmeyecek, onun ayrıca kendisine bırakılan iki alternatiften hangisini tercih ettiğini belirtmesi de gerekecektir.

İcap, kurulacak sözleşmeye ilişkin esaslı unsurları *belirlenebilir* (tayin edilebilir) biçimde de göstermiş olabilir. Örneğin, icapta adı gösterilen üçüncü bir kişinin belli edeceği bedel üzerinden bir malın satılması tekli-finde durum böyledir. Alınan Hukukunda, BGB § 317/I, bu durumda üçün-cü kişinin takdir hakkını hakkaniyete uygun biçimde kullanmak mecburiye-tinde olduğunu açıkça belirtmiştir. Aynı sonuç, bizde, dürüstlük kuralına (MK. m. 2/I) dayanılarak kabul edilecektir. Belirleme yetkisi, karşı tarafa da bırakılmış olabilir. Ancak, bu halde, icapçının genel ahlak ve adab ile bağdaşmayacak biçimde karşı tarafın iradesine teslim olup olmadığı aynı-ca araştırmak ve varılacak sonuca göre sözleşmenin geçerli sayılıp sayıla-mayacağını tespit etmek gerekecektir². BGB § 315, bu halde de, karşı tara-fın belirleme hakkını, hakkaniyete uygun bir takdir çerçevesinde kullanma-sını yerinde olarak kabul etmiştir.

- 3 - Bir icaptan söz açabilmek için bulunması gerekli *ikinci şart*, teklifte bulunan tarafın, sözleşmenin kurulmasına ilişkin olarak kendisi açısından son sözü söylemiş, yani karşı tarafın kabulü ile sözleşmenin kurulmasını göze alınış olmasıdır. Şu halde, aşağıda görüleceği üzere, kurulacak sözleşmenin tüm esaslı unsurlarını içeren teklifler dahi, bu niyet ve irade yok ise yine icap sayılamazlar. Hiç şüphesiz, böyle bir niyet ve iradenin bulunup bulunmadığı güven ilkesinin ışığında değerlendirilecektir.

- 4 - Acaba *otomatlar* aracılığıyla kurulan sözleşmelerde durum nasıldır?

1) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 365; **Staudinger/Dilcher**, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 12.A., Berlin 1980, § 145, N. 5.
2) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 345.

Q.19.ın ellikle "nal ot matlan": (ömeğin..sigac y_eya.çikolata satan O!On_ıatl;ır_ki. bunl3.! için b?en "sa!_lj_oto0latlan' deyjminio kullanıldığı görülüyor) ve ..mal teslinli dışındaki edimleri yerine getiren otomatlar" (örneğin istenilen plağı çalan veya bacaklara titTeşim yolu ile masaj yapan yahut tartan otomatlar ki, bazen bunlara "kira otomatları" deniyor) olarak ikiye ayrılır. Çoğunluğu görüşüne göre,...Q1QmaLaracılığı ile umuma mal veya hizmet arz edilmesi, bu djml?rin_bede!i 9tleUL9lduğuna göreJicap; parayı delikten atmak ve otomat ı çahst.rranJ11.cl(anizmayJ.Jlarekete .g-eçirmek is_e irade faaliyeti yolu ile) kabul olarak değerlendirilmelidir. Otomat arıza yaptığı ve ödemenin gerçekleşmesine rağmen çalışmadığı vakit, çoğunluğun görüşüne göre sözleşme kurulmuş olduğundan, müşteri aynen ifa veya (borçlunun sadece otomattaki mallar ve o otomatın sunacağı hizmetle ilgili olarak borç altına girdiği esastan hareketle) durum bir ifa imkansızlığı olarak değerlendirildiği takdirde, kusursuzluğunu ispat edemeyen borçluya karşı tazminat taleplerine sahip olacaktır. Oysa ikinci görüş açısından otomat çalışıp müşterinin icabını kabul etmemiş, sözleşme kurulmamıştır. Bu yüzden, müşteri sadece sebepsiz iktisap kurallarına göre verdiği paranın iadesini isteyebilecektir. Bu sonuç, ikinci görüş taraftarlarınca iş hayatındaki genel anlayışa daha uygun bulunmaktadır. Şurasını ekleyelim ki, bu eleştiriyi karşılamak üzere, hakim görüş taraftarlarınca, otomatın kullanılmaya hazır hale getirilmesiyle birlikte umuma yapılan icabın, hem otomatta mal bulunduğu hem de otomat çalışabilir durumda olduğu sürece geçerli olduğu ileri sürülmüştür⁶.

Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m. 11/b "otomatik satış makineleri vasıtasıyla" kurulan sözleşmeleri mesafeli sözleşmelere ilişkin hükümlerin kapsamı dışında tutmuştur.

Self-service esasına göre çalışan market ve süpermarketlerde, raflarda fiyatları ile birlikte mal teşhiri, İsviçre-Türk Hukuklarında BK. m. 7/III

S

3) **Bürke**, Der Warenautomat in schweizerischen Recht, St. Gallen 1967, s. 3 ve not 5; **Schwarz**, s. 209, not 9.

4) **Larenz/Wolf**, 9.A., § 29, N. 23; § 30, N. 8; **Palandt/Heinrichs**, 64.A., § 145, N. 7; **Bürke**, s. 31, 32; **Schmidlin**, Art. 7, N. 39; Art. 3, N. 48; **Eren**, s. 224.

5) Bu görüşte: **Medicus**, AT, N. 362; **Köhler**, 28.A., § 8, N. 10. Ayrıca bkz. **Leipold**, N. 505-506.

6) **Brox**, N. 166.

gereği bir icaptır. Bunun vitrinde mal teşhirinden tek farkı, araya bir camekanın ginnemesinden, yani müşterinin sergilenen mala doğrudan doğruya el koyacak durumda bulunmasından ibarettir⁷. Müşterinin raftan bir mal alıp elindeki sepete veya önündeki arabaya koyması ise, henüz bir kabul sayılmaz. Zira, o, kasaya gitmeden her zaman fikir değiştirebilir ve aldığı malı yerine koyabilir. Kabul, ancak, sepetteki veya arabadaki malların çıkışta kasaya götürülüp arz edilmesiyle (hatta bir görüşe göre, fiyatlarının kasada kaydı ile) gerçekleşecektir. Bunun tek istisnası, market işleticisinin (özel ve düşük fiyatlarla satışa sunulan mallarda olduğu gibi), herkese o maldan ancak ev ihtiyaçları için gerekli miktarda vermek istediğinin anlaşıldığı hallerde söz konusu olabilir. Bu gibi durumlarda, (sadece bu tip mallarla ilgili olarak) müşterinin malları kasaya getirmesi icap sayılacak ve son sözü söylemek, dolayısı ile aşırı miktardaki mallarla ilgili olarak sözleşme yapmayı reddetmek hakkı market yönetiminde kalmaktadır⁸.

2. İcaba davet (Invitatio ad offerendum)

a. Genel Olarak

6 Yukarıdaki açıklamalar gösteriyor ki, yapılan teklif, icap olarak kabul edilirse, kurulacak sözleşmenin esaslı unsurlarını belirli vefa belirlenebilir biçimde içermiyor ise;

G kurulacak sözleşmenin esaslı unsurlarını belirli vefa belirlenebilir biçimde içermiyor ise;

f4 veya bunları içerse bile, sözleşmenin kurulması açısından kesin bağlamta iradesi olmadan yapılmışsa;

bunu icap saymak mümkün değildir. Bu gibi durumlarda, tekli ft e bulunan taraf, sözleşme eyj curmak amacı ile son sözü söylemek sizin sadece bir g ö ş n a ç m a k e b u esnada karşı tarafın yapacağı bir icabı kabul edip etmemekteki serbestisini muhafaza etmek istemektedir.

Aşağıda inceleneceği üzere, BK. m. 7/III'e göre semenini göstererek emtia teşhiri, kanunumuz tarafından kural olarak icap sayılmıştır. Vitrinde fiyat etiketi ile sergilenen bir malı gören A, dükkana girer ve dükkan sahibi B'ye "Vitrinde gördüğüm şu malı taksitle almak istiyorum, taksitle satış yapıyor musunuz?" derse, A'nın bu beyanı, ortada B tarafından yapılmış bir icap bulunduğu halde, sözleşme görüşmelerini başlatmak üzere yapılmış bir icaba davettir. Gerçekten, "semenin ödenme tarzını" subjektif açıdan esaslı unsur olarak gördüğünü bu ifadeyle açığa vuran A'nın teklifi henüz bir icap sayılmasını gerektirecek olgunluğa erişmediği gibi, karşı tarafı yeni

7) Schmidt, Rationalisierung und Privatrecht, AcP 166 (1966), s. 17.

8) Medicus, AT, N. 363; Schmidt, AcP 166 (1966), s. 18; Schmidlin, Art. 17, N. 38. - Başka türlü: Staudinger/Dilcher, not 1'de age, § 145, N. 4.

bir icapta bulunmaya dıvct etmekten ileriye giden bir amaç da taşımamak-
tndır. Bu dununda. B "Evet, yarısı peşin, diğer yarısı iki ay sonra ödenmek
kaydı ile taksitle ödemeyi kabul cdiyomz" derse, bu cevap bir icap olacak-
tır. A'nın da bu teklifi kabul etmesiyle sözleşme kurulacaktır.

b. Artırma, c eksiltmelerdeki durum

1/2 imse ilc!...!1ır bulunan C. J. itli kişiler sindi ckli. fi. y. apanla 7
meydana gelmek şartı ı e herhangi i b ir s9z(eşmen in yılmasına-- yönelik
olarak cereyan eden sözlü görüşmeye, "en iyi tekliften maksat-en-yüksek
teklif ise artıma (müzayede), en düşük teklif ise eksiltme denir⁹. Bu konu-
da ileri sürülen bir fikre göre, artırmayı veya eksiltmeyi düzenleyen be-
yanı icap, pey sürenin beyanı kabul sayılmak gerekir. Ancak sözleşme,
daha iyi bir teklifin yapılmaması bozucu şartına bağlı olarak kurulmuştur.
Bir ba kası daha uygun bir teklifte bulununca, önceki sözleşme... hükümsüz
alır v bundan sonra ab-uygun Eirteklif ortaya çıkmazsa, -son teklifi
yapanla sözleşme kesin biçimde kurulmuş olur. Bu görüşün en büyük sa-
kıncası, artırma ve eksiltmeyi düzenleyen istediği düzeyde bir teklifle
karşılaşmamasına rağmen, son defa teklifte bulunana karşı bağlı kalmasıdır.
Bu sakıncayı göz önünde tutan Borçlar Kanunumuz (m. 225), tıpkı Alman
Medeni Kanunu (BGB § 156) gibi başka bir görüşü benimsemiştir. Buna
göre, aksi anlaşılmadıkça, bir artırma veya eksiltme düzenlenmesi sadece
bir icaba davetten ibarettir. Pey sürme icap olup, sözleşme, artırma veya
eksiltmeyi düzenleyen en uygun teklifi yapanın bu teklifini kabul etme-
siyle (ihale) kurulmuş olur.

c. Tarife, fiyat listesi, katalog vs. göndermenin kural olarak icap sayılma- ması (BK. m. 7/II)

Bir kimse. lin. muhtemel--müştefi.--kitlesine yolladığı, katalog, tarife ve
benzeri y aynl d te if tt iği m IV 9Ta hizmetler, bedelleri de gösterilmek
suretiyle b lirtilniş olabilir. Buna rağmen, aksi anlaşılmadıkça, bunun bir
icap teşkil etmeyip sadece bir icaba davetten ibaret olduğu Borçlar Kanu-
numuz tarafından kabul edilmiş bulunmaktadır. Bu çözümün arkasında
yatan temel düşünce şudur: Bu gibi katalog ve benzerleri çok sayıda kimse-
ye gönderilir. Gönderen, elindeki stok ve imkanların katalog-gönderdiği
herkesin talebim arş layaoılece ölçüde olup olmadığını düşünmeksizin ve
herhangi bir şekilde teklifi ile bağlanmak niyeti olmaksızın, sadece bir ta-
nıtma amacı güder ve yeni iş imkanları yaratmak ister. Bu gibi gönderiler
ilke olarak icap sayılısaydı, elindeki stok ve imkanlarla karşılayamayacağı

9) Bu konuda bkz. v. **Tuhr/Peter**, § 24, not 13; **Schwarz**, s. 261.

miktarda taleple karşılaşan göndericinin yerine getiremeyeceği sözleşmelerle bağlı olması tehlikesi doğardı¹⁰.

Hüküm emredici olmadığından, gönderici katalog vs.'yi bir icap niteliğinde olmak üzere de düzenleyebilir. Öğretide, igba eklenen "stoklarımız yendiği" bil imindeki katalog vs. göndermenin icap olarak nitelendirilme.s,ine yendiği görüşü ilen sürülmüştür¹¹. Böylece, stokların tükendiği anda icabın hükümden aüşeceği sonucuna varılmaktadır. Ne var ki, böyle bir kayıt, yerine göre teklifin icaba davet niteliğini ortadan kaldırmaksızın "stoklarımızda mal bulunduğu sürece icaplarınız dikkate alınacaktır" anlamını da taşıyabilir. Şu halde, olayın tüm özelliklerini dikkate alan bir inceleme yapmadan, sırf "stoklarımız yettiği sürece" biçimindeki kayıtlara dayanarak artık bir icaba davetten söz açılmayacağı sonucuna varmak isabetli sayılamaz. Bu konuyu, aşağıda İnternet aracılığıyla tüketicilere yapılmış teklifleri incelerken, biraz daha geniş biçimde ele alıyoruz.

İsviçre Hukukunda ileri sürülen bir fikre göre¹², gönderici, katalog veya fiyat listesinde, orada yazılı fiyatların katalogda belirlenmiş bir süre için geçerli olduğunu belirtmişse, bunu (stok tükeninceye kadar geçerli olmak kaydı ile) icap saymak gerekir. Bu görüş, öğretide çok ileri giden bir düşünce tarzı olarak görülmüştür. Gerçekte, mesele bir yorum meselesidir ve bu tip kayıtlar göndericinin (güven ilkesine göre karşı tarafça anlaşılabilir biçimde) bu ihtimalde dahi, sadece katalogda gösterilen fiyatlar üzerinden kendisine yapılacak icapları, ancak orada belirtilen süre içinde dikkate alarak sözleşmeyi kurmaya hazır olduğu anlamını taşıyabilir¹³.

- 9 *Videoteks* yolu ile yapılan bildirimlerin bir icap oluşturup oluşturmadığı tartışmalıdır. Bu ihtimalde, tüketici, bir düğmeye basarak ekranına malın grafik (desen ve çizgilerden oluşmuş) görüntüsünü getirebilmekte, fiyatını ve özelliklerini okumakta ve sonra dilerse ilgili tuşa basıp onu ısmarlayabilmektedir. Yalnız, katalogdan farklı olarak, computer vasıtası ile mala ilişkin bilgiler sürekli olarak yeni şartlara uydurulabilmektedir. Bize daha uygun gözüken görüşe göre, buradaki durum malın *kendisi* sergilenmediğinden, BK. m. 7/III'de öngörülen katalog, fiyat listesi vs. gönderilmesine benzetilebilir ve ortada, ilke olarak, sadece bir icaba davet vardır¹⁴.

10) Oser/Schönenberger, Art. 7, N. 10; von Tuhr/Peter, § 24, II, s. 183.

11) Schmidlin, Art. 7, N. 15; Staudinger/Dilcher, not l'de age, § 145, N. 18.

12) Guinand, L'Offre et l'acceptation, Premieres jownees juridiques yougoslavo-suissees, Zürich 1984, s. 200.

13) Gauch/Schlupe/Schmid, N. 375. Aynca bkz. Schmidlin, Art. 7, N.21.

14) Gauch/Schlupe/Schmid, N. 374, 377. Farklı: Atia-Off, Videotex-Zivilrechtliche Aspekten, Bem 1988, s. 101 vd. - Guinand'ın (s. 201) buradaki durumu BK. m. 7/III'deki duruma kıyas etmesi yerinde değildir (Bkz. Gauch/Schlupe/Schmid, N. 377; Atia-Off, s. 100-101). Şu noktaya özellikle dikkat etmek gerekir ki, ortada BK. m. 7/III anlamında bir mal sergilemesinin söz konusu olabilmesi için, malın bi.zz.at kendisinin teşhir edil-

Js.kshopJl. III (telemarketing) hallerinde de, hftkim görüşle birlikte, tc-levızyon ekranında oazi.111nttnrrrr(videotcksten-farklı-olnnık sndccc çizge yolu ile değil) gerçek durumları ile, nyrıca nitelik ve fiyatları dn belirtilerek gösterilmesinin (olnyn özellikleri farklı bir sonuca götürmedikçe) sadece bir icaba davet oluşturduğu, izleyicinin belirli bir süre içinde yine belirli telefon numarasını arayarak mnlı sipnriş etmesinin i se icap olduğu kolaylıkla savunulabilir. Göüldüğü gibi, bu ihtimal dahi, aşağıda incelediğimiz BK. m. 7/III'ün uygulama alanı dışında kalmaktadır¹⁵.

İlltcr11et aracılığıyla Web sitesi üzerinden tüketicilere, gerek mal arzına gerekse hizmet sağlamaya ilişkin olarak yapılan tekliflerin bir icap mı yoksa icaba davet mi oluşturduğu çok tartışmalıdır. Hakim olan görüşe göre¹⁶ bu konuda bir aynnl yapılmalıdır:

- *Dolaylı (Off-line) bir elektronik ticaret (=E-Ticaret) işlemi* söz konusu olduğu, yani sözleşme elektronik ortamda kurulduğu halde, borç elektronik ortam dışında klasik (geleneksel) yollardan yerine getirileceği vakit (örneğin İnternet üzerinden satılan mal posta, kargo veya kurye ile yollanıyor veya bir konser için İnternet aracılığıyla yapılan rezervasyona ilişkin biletler alıcının adresinde fiilen ona teslim ediliyor)¹⁷, Web sayfasındaki teklif (olayın özellikleri gereği aksi anlaşılmadıkça) bir icap değil, (İsviçre-Türk Hukukları açısından BK. m. 7/II kıyas yolu ile uygulanarak)

mesi şarttır. Malın fotoğrafının veya postişinin (yani o malı "temsil" eden yapay bir eşyanın) teşhiri, BK. m. 7/III anlamında bir sergileme sayılamaz (**Schönenberger/Jiggi**, Art. 7, N. 29). Oysa, videoteks'te, malın bizzat kendi görüntüsü dahi ekrana gelmemekte, sadece onunla ilgili bilgileri ekrandan okumak imkanı doğmakta ve olsa olsa mala ilişkin grafik bir görüntüden yararlanma imkanı doğabilmektedir (**Atia/Off**, s. 100).

15) **Gauch/SchluempSchmid**, N. 374, 377; **Bultmann/Rahn**, Rechtliche Fragen des Teleshopping, NJW 1988, s. 2434; **Elçin Grassinger**, Teleshopping-Televizyon yoluyla alışverişte sözleşmenin kuruluş zamanı, Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s. 231 vd. -Şu noktayı ekleyelim ki, aşağıda (bkz. N. 11) İnternet aracılığıyla yapılan tekliflerin icap sayılabiliş sayılamayacağı konusunda benimsediğimiz düşünceler teleshopping için de geçerlidir.

16) Özellikle bkz. **Kröger/Gimmy**, Handbuch zum Intemetrecht, Berlin Heidelberg 2000, s. 67; **Weber/Jöhri**, Vertragsabschluss durch Intemet, in: **Weber/Hilty/Auf der Mauer** (Hrsgb.), Geschäftsplatform Intemet, Zürich 2000, s. 43; **Weber**, E-Commerce und Recbt, Zürich 2001, s. 314-315; **Gezder**, Mukayeseli Hukuk Açısından İntemet'te Aktedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, İstanbul 2004, s. 96 vd.; özellikle s. 107-109; **Gezder**, Mukayeseli Hukukta Web Sitelerindeki Tekliflerin İcap mı İcaba Davet mi Olduğu Sorunu, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul 2004, s. 706 vd., 713 vd.; **Oğuzman/Öz**, 4. Bası, s. 48. -Aynca bkz. (kendisi farklı görüşte olan) **İnal**, E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İntemette Sözleşmelerin Kurulması, İstanbul 2005, s. 128 vd.

17) Hizmet sunumuna ilişkin elektronik sözleşmelerin yerine göre elektronik ortamda veya elektronik ortam dışında fiziksel olarak yerine getirilebileceği hakkında bkz. **Sözer**, Elektronik Sözleşmeler, İstanbul 2002, s. 24; **Altınışik**, Elektronik Sözleşmeler, Ankara 2003, s. 34.

icaba davet olarak anlaşılmak gerekir¹⁸. Bu durumda tüketicinin Web sitesindeki formu doldurup elektronik ortamda göndermesi icap diye nitelendirileceğinden, sözleşme ancak mal veya hizmet sunan tarafın (mutlaka açık olması gerekmeyen) kabul beyanı ile kurulacaktır. Bu çözümü haklı gösteren en önemli düşünce şudur: Teklif sahibi, ister istemez, sadece belirli bir stok.'Ul1 borcunu ifa edebilecektir. Hizmet sağlama edimleri de onun bu konudaki kapasitesiyle sınırlıdır. Web sitesindeki teklifler icap sayılırsa, onun (her taraftan yağması muhtemel) kabul beyanları üzerine, yerine getirme imkanına sahip olmadığı çok sayıda sözleşmeden sorumlu tutulması ihtimali doğar. Bu ihtimal dil.şinülerek, teklifte stok ları:ıı:!!zla sınırlıdır" kabilinden sınırlamaların yer alması, tta s.t.okınl azalmalaFı-surekli olarak \\Yen sitesineyansıtairözel sistemlel-in kullanılması¹⁹ söz konusu sakıncayı her zaman ~~arren omırdan~~ a dimia Son-dakikalarda, aynı zamanda yag"an ve onun if kapasites irije afJe.ataşan çok sayıda kabuller karşısında, soz esmenıf kÜrulmaıp!S_Q!O!!ğunu bunun tersini iddia eden bir sürü kişiye a klamak, hatta bunlardan bir bölümünün-sözleşmenin ifa edilmediği gerekçesiyle açacağı avalaram.J!h^oiap olmak gibi risklerin²⁰ önceden razı olunmuş normal-sö"rırrç larolarak görülmesi mümkün değildir. Bu konuda uygun birçözümewasabilmek için, güven ilkesinden hareket etmek ve karşı tarafın (tüketicinin) Web sitesindeki teklifi, olayın kendisince bilenebilen bütün özelliklerini dikkate alarak dürüstlük kuralının ışığında nasıl değerlendirmesi gerektiğine bakmak gerekir. Bu açıdan, olayın özellikleri farklı bir sonuca götürmedikçe tüketici, mal veya hizmet sunucunun yerine getirmek imkanına sahip bulunmadığı çok sayıda taleple karşılaşabileceğini, bunun sonucu olarak onun teklifini sözleşmenin kurulması açısından *son söz kendisinde kalmak üzere* yapmayı istemiş olması gerektiğini, yani sadece bir icaba davetin söz konusu olduğunu çok iyi bilebilecek ve takdir edebilecek konumdadır²¹. Diğer taraftan, bu gibi durumlarda fiyatını göstererek mal sergilemeyi kural olarak icap sayan (aşağıda ayrıca incelediğimiz) BK. m. 7M1 hükmü de uygulanamaz. Mal teşhirini esas alan bu hükmün hizmet

18) Aynı yönde açıklamalar: **Larenz/Wolf**, 9.A., § 29, N. 20; **Palandt/Heinrichs**, 64.A., § 312b, N. 4; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 374, 377. -Buna karşı, burada ilke olarak bir icabın bulunduğu düşüncesinde: **Özdilek**, İnternet ve Hukuk, İstanbul 2002, s. 29 vd.; **Özdemir Kocasakal**, Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti, İstanbul 2003, s. 66. -Diğer farklı görüşlere örnek olarak bkz. **Alhıışık**, not 17'de age, s. 41 vd.; **İnal**, not 15'de age, s. 131.

19) Bkz. **Özdemir Kocasakal**, not 18'de age, s. 65.

20) "Yüksek sipariş sıklığı olan büyük sanal dükkanlarda" stoklardaki değişikliği Web sitesine yansıtan sistemlerin hiçbir faydasının bulunmadığı hakkında bkz. **Gezder**, not 16'da anılan ilk eser, s. 105-106.

21) Özellikle bkz. **Harting**, Intemetrecht, Köln 1999, N. 89; **Schwenzer**, N. 28.10. Aynı nitelikte bir problemin ortaya çıktığı, "televizyon yoluyla alış verişler (teleshopping)" açısından buradaki gibi: **Elçin Grassioger**, not 15'de age, s. 232 vd.

sunumları ile bir ilgisinin bulunmadığı çok açıktır. Mal arzı söz konusu olduğu zaman ise, BK. m. 7/111 ancak malın "kendisinin" (yoksa ..görüntüsünün" değil) sergilenmesi halinde işlerlik kazanır. Kaldı ki bu hüküm, bizim de katıldığımız anlayışa göre, sadece müşterinin dükkana girip parayı ödemesi ve malı alıp götürmesi hallerinde (elden satış) uygulama alanı bulabilir. Web sitesinde sergilenen mallar için bu imkan kapalıdır²².

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 5. maddesi ise, bir taraftan fiyatı gösterilmeden sergilenen malları da kapsamına aldığı (fiyat unsurunu içenneyen bir sergileme karşı tarafın "evet" demesiyle sözleşmenin kurulmasına imkan verecek bir icap olgunluğuna erişmiş sayılamaz), diğer taraftan da "satışından kaçınmaz" ibaresinin gösterdiği üzere, mal teşhirini icap sayan bir düzenleme olmayıp tüketici tarafından yapılan icapların kabul edilmesi mecburiyetini satıcıya yükleyen bir hüküm niteliğini taşıdığı, yani bir sözleşme yapma zorunluluğunu öngördüğü için²³ burada uygulanamaz²⁴.

- *Doğrudan (On-line) bir elektronik ticaret (= E-Ticaret) işlemi varsa, çözüm farklı olacaktır.* Bu ihtilaf, sözleşme ile ilgili olarak, ortamda kurulduğu gibi, bunun ifası da yine elektronik ortamda gerçekleşmekte dir. Bu Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 5. maddesi, örneğin-bilgisayar programları, frmler, milzik parçaları gibi

22) Aynı yönde açıklamalar: **Gezder**, not 16'da age, s. 101 vd.; **Gezder**, not 16'da anılan Armağan, s. 708-709. Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, "teknolojik gelişmeler sayesinde, web sayfasında sergilenen ürünleri, bir mağazanın vitrininde sergilenenler kadar ayrıntılı görmek ve incelemek mümkün olduğundan" bunları BK. m. 7/III anlamında semenini göstererek emtia teşhiri olarak anlamaya bir engel bulunmadığını ileri süren görüş (**Özdemir Kocasakal**, not 18'de age, s. 62) isabetsizdir.

23) Buradaki gibi: **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 48 ve not 50b, s. 145; **Altınışık**, not 17'de age, s. 43; **İnceoğlu**, Sözleşme Yapma Zorunluluğu ve Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 5. Maddesinin Bu Açıdan Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 412. -TKHKm. 5 hükmü ve bununla ilgili geniş açıklamalar için bkz. aşağıda§ 41, N. 26 vd.

24) Bu açıdan, TKHK. m. 5 hükmünün bir icap oluşturduğu esastan hareket eden yazarların (**Özdemir Kocasakal**, not 18'de age, s. 66; **Gezder**, not 16'da age, s. 110-111 I; **Gezder**, not 16'da anılan Armağan, s. 716-717) açık bir yanılgıya düştüğü görülmektedir. Özellikle (hukuken mümkün olmamakla birlikte, bir an için burada bir icabın bulunduğu esastan hareket edilseydi bile) **Gezder'in** (not 16'da age Armağan, s. 717 ve not 83) TKHK. m. 5 hükmünde yer alan "... malın; ticari bir kuruluşun vitrininde, rafında veya açıkça görülebilir herhangi bir yerinde teşhir edilmesi halinde satıcı bu malların satışından kaçınmaz" hükmünde yer alan "açıkça görülebilir herhangi bir yer" deyimini içine Web sitelerinde malın suretinin (görüntüsünün) teşhirini de sokmak istemesi hiç kabul edilemez. Açıktır ki, kamın koyucu bu deyimle satıcının "vitrini" ve "rafı" ile bir tutulabilecek yerleri kastetmiştir. Bunun kapsamına örneğin bir pasaj içindeki dükkana beş metre mesafede camlı bir teşhir dolabı içinde sergilenen mallar da girer. Fakat kanunda ayrıca ele alınan (TKHK. m. 9/A) mesafeli sözleşmelerle hiç ilgisi bulunmayan ve araya bir iletişim aracı girmeksizin malın bizzat kendisinin sergilendiği satışları düzenlediği apaçık anlaşılan bu hükmün kapsamına İnternet üzerinden yapılan teklifleri de sokmak mümkün değildir.

(geniş anlamda) *dijital ürünüler* için söz konusu olabilir²⁵. Bu gibi durumlarda, edimin ifası bir yazılımın kopyalanarak bir bilgisayardan başka bir bilgisayara İnternet üzerinden yüklenilmesi suretiyle gerçekleşmektedir²⁶. Dijital ürünlerde sayısız kopyalama imkanı bulunduğu için burada bir stok problemi de mevcut değildir²⁷. Bunun doğal sonucu olarak, genellikle tüketicinin önceden kredi kartıyla ödeme yapması öngörülen bu gibi durumlarda, \Veb sitesindeki sunumlar ilke olarak bir icap sayılacak ve sözleşme tüketicinin kabul beyanı ile kurulacaktır²⁸.

d. Bağlamayan icaplar (BK. m. 7/f) (L el,;?,,;

12 BK. m. 7/1, iki halde, icabın bağlayıcı niteliği olmadığını kabul ediyor:

aa. Birinci hal: İcapçı, açıkça icabı ile bağlı olmadığını bildirerek bir teklifte bulunmuş olabilir. Bunu teklifinde "serbestimizi saklı tutmak üzere", "bağlı olmamak kaydı ile" veya benzeri bir ifade kullanarak ifade etmiş olabilir. Bu gibi açık kayıtlar *üç anlama* gelebilir:

- *Birinci anlam,* icapçının  e kte bir icapla.buhınmay.ıp., sadece icaba davet niteliğinde bir teklifle etinmiş-olmasıdır. Durum böyle ise, karşı taraf feklıfı kabul ettiğini bilğMiği yakıt bu bir icap olacak ve ilk defa teklifte bulunan taraf sözleşmenin kurulup kurulmaması açısından son sözü öylebJecek:tir.

Ancak, aşağıda görüleceği gibi, teklif sahibinin karşı tarafın icabına karşı susması genellikle BK. m. 6 uyarınca sözleşmenin kurulmasına yol açacaktır.

- *İkinci anlam,* bu ifade ile sadece icabın bağlayıcı gücünün kaldırılmış olmasıdır. O halde, karşı tarafın kabul haberi kendisine ulaşınca kadar, icapçı her zaman icabını geri alıp sözleşmenin kurulmasını engelleyebilecektir.

- *Üçüncü anlama* göre ise, bu kayıt doğrudan doğruya icabı değil, ku-

25) Geniş anlamda dijital ürünler kapsamına, doğrudan doğruya manyetik ortamda ve orijinal olarak dijital formda yaratılmış ürünler ile, analog ortamda yaratılmış olmalarına rağmen sonradan bilgisayar aracılığı ile dijital ortama aktarılmış (dijitalize edilmiş) ürünler girer (**Sözer**, not 17'de age, s. 155; **Gezder**, not 16'da age, s. 107-108; **Gezder**, not 16'da anılan Annağan, s. 714).

26) Bunu ifade etmek için İngilizce'de "down-load" deyimini kullanılmaktadır. (Bkz. **Sözer**, not 17'de age, s. 155; **İnal**, not 16'da age, s. 22). Bazı yazarların "down-load" karşılığı "indirme" deyimine üstünlük tanınmasına rağmen, bizce, diğer bazı yazarlarla birlikte "yükleme"den söz açmak daha doğrudur. Nitekim, "Longman-Metro, Büyük İngilizce-Türkçe Sözlük", "down-load" için şu açıklamayı yapmaktadır: "Bilgileri veya programları bilgisayara bir telefon hattı üzerinden veya TV' den *yüklemek*".

27) **Geroer**, not 16'da age, s. 109; **Özdemir Kocasakal**, not 18'de age, s. 59.

28) **Schwenzer**, N. 28.10.

nılncak sözleşmeyi ilgilendirmektedir. Bwnınlı icapçı, sadece kurulacak sözleşmeden dilediği zaman ve serbestçe dönme hakkını saklı tutmak istemiştir.

Belirli bir olayda, bu üç anlamdan hangisinin kastedildiğini bulmak, güven ilkesini dikkate alarak yapılacak bir yorum meselesidir. Ne var ki, üçüncü anlam ancak istisnai durumlarda, gerçekten bunun böyle olmasının istendiği açıkça anlaşılıyorsa kabul edilebilir²⁹. Yorum yolu ile birinci ve ikinci anlamlar arasında kesin bir tercih yapılamadığı vakit ise, birinci anlam üstünlük tanımak yerinde olur³⁰. Zira teklifte bulunanın kendisi için en avantajlı seçeneği düşünmüş olması hayat tecrübelerine göre asıl olmak gerekir.

bb. İkinciL/J!!}_{: Teklifte bulunan bununla bağlı olmadığını açık a bil- 13
dimliş olmasa <lafı??. 'dwumun gereğinc:len' veya 'ışın öiel
-iiteliğinden" bu sonuca varılabiliyorsa, "icabın" yine (yukarıdaki anlam-
lardan birine göre, fakat herhalde aksi anlaşılmadıkç birinci anlam,,esas-
alınarak) bağlayıcı olmadığını belirtiyor.İBu şekilde, ge?ek,a_nlamı ile icap
sayılmayan tekliflere örnek olarak gazetelere verilen ilanlar yolu ife yapıl-
huş teklifler gösterilebilir³¹.

3. Semenini göstererek emtia teşhirinin kural olarak icap sayılması (BK. m. 7/IIij

BK. m. 7/III, bir yandan müşterilerin parlak vitrinlerle kandırılıp, son- 14
radan kendilerine başka mallar satılmak üzere içeri çekilmesini³², diğer
yandan da haksız rekabeti engellemeye³³ yönelik olarak, fiyatı gösterilmek
sureti mal sergilenmesini ilke olarak ica sayı:nıştır. Ne-varkimaadedela
-- 'Kaideten-' sözcüğünün göstertliği gibi, bu emredici bir hüküm değildir.
Dükkan sahibi, sergilediği malın yanına "satılmıştır", "satılık değildir",
"örnektir" kabilinden kayıtlar ilave etmişse³⁴ veya hal ve şartlardan ortada
bir icabın bulunmadığı anlaşılıyorsa (bir gazete tarafından İstanbul' daki en
güzel vitrini seçmek için düzenlenen bir yarışmada mallar etiketleri ile
teşhir ediliyor) ortada bir icap yoktur.

BK. m. 7/III ancak *mal* sergilenmesi halinde uygulanabilen bir hüküm- 15
dür. Buna karşı, örneğin tiyatro ve sinemalarda olguğu gibi, bedeli göste-
rilmek suretiyle bazı hizmet(y.ap'ina)edimleri umÜına arz ediliyor.orsa, !?unlar
BIC""m..7III'ün kapsamına girmez ve icap sayılmaz³⁵;

29) Schwarz, s. 2, 18; Schmidlin, Art. 7, N. 17.

30) Schwarz, s. 218; Feyzioğlu, I, s. 83; Schmidlin, Art. 7, N. 14.

31) Bucher, AT, s. 132.

32) BGE 80.11.26, JdT 1955.1.141; BGE 105.11.24; Schmidlin, Art. 7, N. 25.

33) Bucher, AT, s. 133.

34) Schmidlin, Art. 7, N. 36.

35) Bkz. Not 32'de anılan Federal Mahkeme kararları ve Schmidlin, Art. 7, N. 27;

Bu gibi durumlarda, bilet fiyatlarının gösteri saatleri ile birlikte umuma arz edilmesi bir icaba davetten ibarettir. Seyircinin gişeden hangi gün ve saat için ve kaç bilet istediğini belirtmesiyle sözleşmenin kınılmasına elverişli olgunlukta bir icap oluşacak ve eldeki imkanlara göre (o seans için hiç yer kalmamış olabilir) karşı tarafça bu icap kabul veya ~~reddedilecektir.~~

- 16 **BK. m. 7/III** çerçevesinde gerçekleşmiş sayılan icap, fiyatı gösterilerek sergilenen mallara ilişkin olarak bir *elden hukukfi işlemin* kurulmasına yönelik bir icaptır. Şu halde, vitrindeki malı görüp içeri giren ve bedelini ödemeye hazır olan kişi ile satış sözleşmesi kurulacak ve derhal karşılıklı ifa edilecektir. Bir başka anlatımla, bu hükmün kapsamına, içeri giren müşterinin parasını ödeyip malı götürdüğü durumlar girmektedir. Alıcı, bedelini bir ay sonra ödemek üzere vitrindeki malı aldığını beyan ederse, bu, sözleşmenin hemen kurulmasına elverişli bir kabul değildir. Bunun gibi, sokak-tan geçerken vitrindeki malı beğenen müşterinin, ertesi gün telefonla veya mektupla icabı kabul ettiğini bildirmesi de, BK. m. 7/III'ün uygulanmasını sağlayamaz³⁶. Birden fazla kişi malı beğenir ve dükkana girerse, sözleşme *ilk defa* malı almak istediğini bildirenle meydana gelecek, o andan itibaren satıcının icabı hükümden düşeceğinden, arkadan gelenler için BK. m. 7/III'e dayanmak imkanı kalmayacaktır ("*first come first served*"³⁷).
- 17 İcapçı, sürekli bir nitelik taşıyan icabını *her zaman* malı vitrinden çekerek, fiyat etiketini kaldırarak veya sergilenen malın yanına "satılık değildir" kabilinden bir kayıt ekleyerek geri alabilir. Geri alma derhal etkisini gösterir. Bu sebeple, örneğin yarım saat önce vitrinde o malı görmüş olan kimse artık BK. m. 7/III'e dayanamaz³⁸.
- 18 Tartışmalı olan bir konu şudur: BK. m. 7/III, sadece fiyatıyla sergilenen mal için mi uygulanacaktır, yoksa (misli eşya söz konusu olduğu zaman) içeride (özellikle dükkanın deposunda) bulunan aynı cins ve kalitede mallara ilişkin bir icabın varlığı da kabul edilebilir mi? Bazı yazarların³⁹ aksini ileri sürmesine rağmen, BK. m. 7/III, amacına uygun biçimde sadece fiyatı gösterilerek sergilenen eşya hakkında uygulanabilir⁴⁰. Şu halde, vitrinde fiyatı gösterilerek teşhir edilen taşınabilir müzik seti için, tersi anlaşılmadıkça BK. m. 7/III anlamında bir icap vardır; buna karşı depoda veya (fiyat

Schönenberger/Jaggi, Art. 7, N. 26. Krş. **Dessemontet**, CR, Art. 7, N. 12. -Aynca, bkz. § 41, not 36.

36) Bu açıklamalar için bkz. **Schmidlin**, Art. 7, N. 33; **Schönenberger/Jaggi**, Art. 7, N. 33; **Bucher**, Basler Komm., Art. 7, N. 10.

37) **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 376; **Schönenberger/Jaggi**, Art. 7, N. 33.

38) **Schönenberger/Jaggi**, Art. 7, N. 33.

39) **Schmidlin**, Art. 7, N. 28, 31.

40) **Schönenberger/Jaggi**, Art. 7, N. 31; **Koller**, I, N. 458; **Becker**, Art. 7, N. 8; **Keller/Schöbi**, s. 48 ve sonuç olarak **Eren**, 9. bası, s. 223-224.

etiketi tıllşımaksızın) dükkanın içinde bulunun nynı markn ve modeldeki diğer bir müzik seti için herhangi bir icaptan bahsedilemez.

Sergilenen eşya misli ise, müşteri mutlaka vitrindeki malın çıkarılarak kendisine verilmesi hususunda ısrar edebilir mi, yoksa vitrininde değişiklik yapmak istemeyen dükkan sahibinin (herhangi bir bozukluğu olmamak kaydı ile) içeriden tamamen aynı nitelikte bir mal vermesi ile yetinmek zonunda mıdır? Bizce, bu gibi durumlarda, müşterinin mutlaka vitrindeki maim çıkarılarak kendisine verilmesi hususunda ısrar etmesi dürüstlük kuralı ile (MK. m. 2/1) bağdaşmaz⁴¹.

19

4. İsmarlanmamış (Sipariş Edilmemiş) Bir Malın Gönderilmesinin icap Sayılmaması

Bir kimseye hiçbir zaman sipariş etmediği bir mal fiyatı da belirtilmek stffeliyde gönderildiği zaman, onun içine dyş_eğl.müşküld_unrmu tahmin etmek hiç de zor değildir. Bu malla ilgilenmeyen bir insan bu durumda ne yapar? Onu geri göndermek için posta veya kargo ücretini ödemek ve zamanını harcamak zorunda mıdır? Geri göndermediği takdirde malın fiyatı belirtilmek suretiyle gönderilmesinin bir icap oluşturduğu, onun da susarak bu icabı kabul ettiği ileri sürülmeyecek ve ondan hiç istemediği malın bedeli talep edilmeyecek midir? Ertesi gün malı geri göndermeyi planlayan kişi, hiç beklenmedik bir gelişme sonucu mal hasara uğradığı veya yok olduğu takdirde bu defa bir tazminat talebiyle karşılaşmaz mı? Çeşitli firmalarca bu şekilde gönderilmiş birden fazla mal karşısında ne yapacağını şaşırarak tüketiciyi korumak gerekmez mi?

20

Bütün bu gibi sorularan dikkate alan İsviçre kanun koyucusu, 1.7.1991 günü yürürlüğe giren 5.10.1990 tarihli bir kanunla Borçlar Kanununa 6a maddesini eklemiştir⁴². Bu maddenin, İsviçre öğretisinde ifade biçimi eleştirilen birinci fıkrasına göre *"İsmarlanmamış (sipariş edilmemiş) bir malın gönderilmesi icap sayılmaz"*. Kanunda açık biçimde belirtilmemiş olmasına rağmen, öğretide değinildiği gibi, sadece tüketici sıfahını taşıyan kişilere (yoksa bir tacire değil) gönderilen mallar hakkında uygulama alanı bulan bu hüküm⁴³ çerçevesinde, olaydaki gönderi açısından bir icapta bulunması gereken tüm şartlar fiilen gerçekleşmiş bile olsa, hukuken geçerli bir icabın varlığı kabul edilmeyecektir⁴⁴. Gerçi, bu gönderi Borçlar Hukuku ilkelerine

41) Aynı düşüncede: **Schmidlin**, Art. 7, N. 34; **Bucher**, Basler Kornrn., Art. 7, N. 10.

42) Bkz. **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 426.

43) **Bucher**, Basler Komm., Art. 6a, N. 4; **Dessemontet**, CR, Art. 6a, N. 2; **Schwenzer**, N. 28.12.

44) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 427. Bu yazarların belirttiği gibi, gönderici gönderdiği mala ek olarak (örneğin posta ile ayrıca gönderebileceği) açık bir icap mesajını ilave etmiş bile olsa, sonuç değişmez. Aksi kabul edilseydi, her defasında faturası ile gönderilen

göre esasen icap olarak nitelenemiyorsa, İsv. BK. m. 6a'nın birinci fıkrası gibi özel bir hükme zaten ihtiyaç bulunmadığı söylenebilir⁴⁵. Şu var ki, ortada (hüliimsüz de sayılsa) gerçekten bir icabın bulunduğu durumlarda, ısmarlanmamış malı kabul edip bedelini ödemek isteyen tüketicinin göndericiye karşı yeni ve bu defa geçerli bir icapta bulunmasına da bir engel düşülemez. Bu halde, durumun özelliği gereği, sözleşme açık bir kabul beyanına gerek kalmaksızın göndericinin susması yolu ile kurulmuş olur (BK. m. 6)⁴⁶.

- 21 İsviçre BK. m. 6a hükmü sadece ısmarlanmamış "malların" gönderilmesiyle ilgili-
dir. Oysa, Avrupa Birliği'nin 97/7/CE sayılı ve 20.5.1997 tarihli Yönergesine (m. 9)⁴⁷
göre, üye devletlerin, bir ödeme talebiyle bağlantılı olarak sipariş edilmemiş "malların"
gönderilmesi gibi, talep edilmemiş "hizmetlerin" ifasını da yasaklaması öngörülmekte,
her ilci halde de, tüketicinin susmuş olmasının kabul anlamına gelmeyeceği ve tüketicii
bir karşı edim yükümlülüğü altına sokmayacağı belirtilmektedir. İsviçre Hukukunda
hazırlanan bir kamın tasarısında da, İsv. BK. m. 6a hükmüne, mallar için öngörölmüş
çözümün talep edilmemiş hizmetlere de uygulanmasını sağlayan bir fıkra eklenmesi
teklif edilmiştir. Bu girişim, pek çok talep edilmemiş hizmetin "de lege lata" (yürürlük-
teki hukuka göre) esasen vekaletsiz iş görmeye ilişkin kanun hükümleriyle (İsv. BK. m.
419 vd.) düzenlenmiş bulunduğu gerekçesiyle, bazı yazarların ön tasarıya karşı kuşkulu
bir yaklaşım içine girmesine yol açmıştır⁴⁸.

- 22 İsviçre BK. m. 6a/II hükmüne göre, tüketici sipariş ettiğini, aldığı malı hiçbir
şekilde geri vermek ve uyarıya itiraz etmeme%}dini iflülüğü altında değildir.
Bu çözümün bu gibi gönderilere karşı caydırıcı bir etki yaratma]Cüzere
öngöröldüğü pek açıktır. Şu halde, tüketici malı derhal çöp tenekesine ata-
bilir, yırtabilir, parçalayabilir, yok edebilir. Bu yüzden kendisinden tazmi-
nat istenemez. Bunun gibi o dilerse (bir sebepsiz iktisap talebine muhatap
olmaksızın) gönderilen malı kullanabilir⁴⁹. Görölüyor ki, tüketici herhangi
bir sorumluluk altına girmeksizin istediğini yapmakta serbesttir.

)"da belirtilen temel kuralın bir istisnası vardır (İsviçre BK. m.
6a/III). !Yfılın (örneğin adrtsin yanlış yazılması yüzünden) yanlışlıkla ken-
diajne gönderildiğini açık biçimde anlayabilecek durumda olan tüketici,
(onu geri göndermek yükümlülüğü olmaksızın)⁵⁰ göndericiye durumu bil-

mala böyle bir icap beyanını eklemek suretiyle kanun hükmünün bertaraf edilmesine
imkan tanınmış olurdu.

45) Koller, I, N. 521.

46) Koller, I, N. 522; Schwenger, N. 28.13.

47) Bu Yönerge'nin Fransızca ve Almanca metinleri için bkz. Amstutz/Picbonnaz/Probst/
Werro, Droit prive europeen, Directives choisies (Europaisches Privatrecht, Aus-
gewahlte Richtlinien), Beme/Athenes, 2005, s. 102 vd.

48) Bu açıklamalar için bkz. Gauch/Schluep/Schmid, N. 428b.

49) Gauch/Schluep/Schmid, N. 430; Schwenger, N. 28.14; Bucher, Basler Komm., Art.
6a, N. 3.

50) Dessemontet, CR. Art. 6a, N. 4.

dinnck ve onwl malı kendisinden nlmnsı veya oldınnnsı i in al ve artlara
göre tayın c 1 e önd1!"Eiy.Llll h"ñızn etme zo-
rundndır❖.

Hukukwmızda gerek Borçlar Kanunu'nda gerekse Tüketicinin Korun- 23
mnsı Hakkında Kanun'da konuyu düzenleyen bir hüküm yoktur. Buna kar-
şı, 'Ticari' Reklam ve İlfinların ilişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair
Yönetmeliğin" 10. maddesinde şu hüküm yer almaktadır:

Sipariş Edilmeden Gönderilen Mallar

*Aladde 10 - Reklamlar, tüketiciye sipariş etmediği malı göndererek,
bımları reddenediği ya da geri göndermediği takdirde bedelini öde-
meye zorlayan ya da söz konusu malı kabul etmeye zorluymuş izle-
nimini veren, dün"ist olmayan satış yöntemleri için kullanılamaz.*

Öğretide, bu hükmün, hiç değilse dolaylı biçimde maddede sözü edilen
davranışları da yasakladığı biçiminde anlaşılması gerektiği ileri sürülmüş-
tür⁵². Gerçekten ilk bakışta, bu tip davranışların anılan maddede "dürüst
olmayan satış yöntemleri" olarak nitelendirilmesi dolayısıyla böyle bir
sonuca varmak mümkün gözükmemektedir. Ne var ki, konunun kanunla değil
bir yönetmelikle, doğrudan doğruya değil dolaylı biçimde düzenlenmiş
olması karşısında, bunun İsviçre BK. m. 6a hükmüne paralel sonuçlara
ulaşılabilmesi için ne dereceye kadar yeterli sayılacağı sorusu ister istemez
zihinleri tırmalamaya devam edecektir. Kaldı ki, ortada tüketicinin ısmar-
lamamış olduğu malı, herhangi bir bedel veya tazminat ödemeksizin diledi-
ği gibi kullanabilmesine, hatta yok edebilmesine imkan tanıyan bir düzen-
leme de mevcut değildir. Görülüyor ki, problemin kesin ve açık bir çözüme
bağlanması için kanun koyucunun, İsviçre Hukukunda yapıldığı gibi, Borç-
lar Kanununa bu meseleyi düzenleyen bir madde eklemesinde büyük yarar
vardır.

5. İcabin hukuki niteliği e

İsviçre-Türk Hukuklarında yaygın olan bir görüşe göre⁵³, icap bir taraflı 24
bir hukuki işlemdir. Aşağıda inceleneceği üzere, hakim görüş açısından
kabul de bir taraflı yenilik doğuran bir hukuki işlem sayıldığından, iki taraf-

51) Gauch/Schlupe/Schmid, N. 431-432; Schwenzer, N. 28.14.

52) Aslan, 3. bası, s. 479. Anılan Yönetmelik için bkz. Avşar/Elden, Reklam ve Reklam
Mevzuatı, Ankara 2005, s. 329 vd. veya RG. 14.6.2003, sayı 25318.

53) Örnek olarak bkz. Schöenberger/Jiiggi, Art. 3, N. 9, 46; Engel, s. 195; Bucher, AT, s.
126, not 52; ZSR, N. F. 85 (1966/I), s. 395; Feyzioğlu, I, s. 70; Tekinay/Akman/Bur-
cuoğlu/Altıp, s. 83. Krş. Vogt, Die Zustimmung des Dritten zwn Rechtsgeschäft, Zü-
rich 1982, s. 28 vd.

h bir huk'Uki işlem olan sözleşme sonuçta *iki adet bir taraflı hukukî işlemin* birleşmesi ile oluşmak"tadır.

- 25 Buna karşı, Alman Hukukunda hakim olan⁵⁴, son zamanlarda yeni İsviçre öğretisinde de taraftar bulan⁵⁵ ve fikrimizce daha isabetli olan ikinci bir görüşe göre, iki taraflı bir hukukî işlem olan sözleşmenin, mutlaka iki adet bir taraflı işlem den oluşması, yani hem icabın hem de kabul'ün ayrı ayrı ve başlı başına birer hukukî işlem teşkil etmeleri mecburiyeti yoktur. Burada huk-uki işlem damgası sözleşmeyi oluşturan irade beyanlarının her birine değil, her ikisinin birleşmesi ile meydana gelen bütüne, yani sözleşmeye vurulmak gerekir. Taraflarca gerçekleştirilmek istenen hukukî sonuçların yürürlüğe konmasını sağlayan, tarafların ayrı ayrı irade beyanları olmayıp, bunların meydana getirdiği sözleşmedir. Meseleye bu açıdan bakıldığında vakit, icabın bir taraflı bir hukukî işlem olarak nitelenmesinin yerinde olmadığı görülür. Zira, icabın doğurduğu en önemli hukukî sonuç icapçının icabı ile bağlı olması, yani onu dilediği gibi geri alma imkanından yoksun bulunmasıdır. Bağlılığın dolaylı bir sonucu olarak da, karşı taraf kabul beyanı ile sözleşmeyi kurma imkanını kazanmaktadır. Oysa bu sonuçlar (hukukî işlemlerden farklı olarak), icapçı bunları *istediği* için değil, o, icabın bağlayıcı olduğunu bilmesi dahi *kanun gereği* kendiliğinden gerçekleşmektedir. Bu düşünce tarzını berumseyen yazarlardan hiç değilse bir bölümüne göre, kabul de yemlik doğuran bir hukukî işlem sayılamaz⁵⁶. Çünkü, icabın yapılması ile karşı taraf bir yenilik doğuran hak değil, sadece sözleşmeyi meydana getirmeye elverişli bir hukukî durum elde etmiştir. Derhal belirtelim ki, gerek icap gerekse kabul açısından ileri sürülen görüşlerden birinin veya diğerinin kabulü, pratik sonuçları açısından herhangi bir fark yaratmamaktadır⁵⁷.

§ 19. İcabın Bağlayıcılığı

I. Kavram

- 1 Tıpkı Alman Hukuku gibi, İsviçre-Türk Hukukları da icapçının icabı ile bağlı olmasını kabul etmişlerdir. Bunun anlamı şudur: İcapçı icabını yag-tıktan sonra, belirli bir andan itibaren ve yine belirli bir süre ile icabını ser-

54) **Larenz**, AT, s. 516 ve not 5,522; **Larenz/Wolf**, 9.A., § 23, N. 11; **Flume**, § 35, I, 1, s. 635 ve not 1; **v. Tuhr**, AT, **Wl**, s. 224 ve not 130; **Köhler**, 28.A., § 8, N. 14.

55) **Schmidlin**, Vorbem. zu Art. 3-10 OR, N. 29, 33; Art. 3, N. 38; **Koller**, I, 2.A., § 7, N. 8 vd.

56) Bizim de üstün tuttuğumuz bu görüş için bkz. aşağıda § 20, N. 1.

57) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 396.

bestçe geri alınmız ve zamanında kendisine ulaşan bir kabul beyanı ile sözleşmenin kurulmasını önleyemez. Örneğin, bir mektupla mülki bir malını 1.000 liraya satmak için B'ye icapta bulunan ve ona cevap vermek üzere otuz günlük bir süre tanıyan A, onbeş gün sonra aynı malı Ü'den 30.000 liralık bir teklif alsa ve B'ye telefon ederek icabını geri aldığını bildirirse bile, bunun imkani bir değeri yoktur. B, otuz günlük süre içinde A'ya ulaşan kabul beyanı ile sözleşmeyi kurma imkanını muhafaza eder. Arada A, mülki Ü'ye satıp teslim etmişse, bu defa 13 ile arasındaki satış sözleşmesini ifa edememesinin sonuçlarına katlanmak zorundadır.

Bu açıklamalar gösteriyor ki, şu sorunun cevabı büyük önem taşımaktadır: İcap ile bağlılık hangi andan başlar ve ne kadar sürer? Zira bağlılık süresi bittikten sonra icabın hiçbir hüküm ve değeri kalmamış olduğundan, karşı tarafın kabul beyanı ile (hiç değilse ilke olarak) sözleşme kurulamaz.

İcabın bağlılık süresi incelenirken ikili bir ayırım yapmak gerekir: İcap belirli bir süreye bağlı olarak mı yapılmıştır, yoksa herhangi bir süre kaydı içermeyen bir icap mı söz konusudur? İkinci ihtimalde, icabın hazır olan kişiler (karşı karşıya veya yüz yüze olanlar) arasında mı, yoksa gaipler (karşı karşıya veya yüz yüze olmayanlar) arasında mı yapıldığı önem kazanacaktır¹.

U. Bir süre kaydı içermeyen (süresiz) icaplar

1. Hazır olan kişiler (karşı karşıya veya yüz yüze olanlar) arasında icap (BK. m. 4)

Bu ihtimalde, doğrudan doğruya temas halinde bulunan kişiler-söz konusudur. Öyle ki; doğrudan doğruya iletişimin sonucu olarak, taraflardan birinin beyanı kayda değer bir süre geçmeden karşı tarafa ulaşabilmekte ve onun tarafından öğrenilebilmektedir. Böylece taraflar arasında doğrudan bir diyalog kurulmakta, görüşme sırasında diğer tarafa soru sormak, açıklama istemek, önceki teklifinde değişiklik yapmak gibi imkanlar elde edilmektedir. Şüphesiz, bunun için tarafların bizzat hazır bulunmaları zorunlu değildir. İçlerinden biri veya her ikisi kendisini temsil de ettirebilir.

Telefonla sağlanan iletişimin de buraya girdiğini BK. m. 4/II açıkça belirtir. Aynı şey; Viaeokou/e:ans diye adlandırılan durumlarda da kabul edilmelidir. Bu son halde, karşı tarafı ekranda gören ve duyan taraflar arasındaki iletişim, telefonla kurulan iletişimden de güçlüdür. Buna karşı, te-

1) Borçlar Kanunumuz bugünkü metninde "Hazırlar beyinde (arasında)" ve "Gaipler arasında" deyimlerini kullanıyor (BK m. 4, 5). Türk Borçlar Kanunu Tasansı'nda kullanılan deyimler ise "Hazır olanlar arasında" ve "Hazır olmayanlar arasında" deyimleridir.

leks ve *tele/aks* aracılığı ile yapılan beyanlar kural olarak "hazır olan kişiler arasında" sayılamaz³.

Teleks açısından şu ihtimalde bir istisna tanınabilir: Taraflar, aralarında önceden kararlaştırdıkları bir gün ve saatte telekslerinin başına geçiyor ve karşılıklı olarak mesajlar gönderiyorlarsa. yine BK. m. 4'ün uygulanmasına yol açan "karşı karşıya" olma şartı gerçekleşmiş demektir³.

- 5 *İnternet* üzerinden kurulan elektronik sözleşmelerde durumu tek bir kural ile açıklamak mümkün olmadığından, çeşitli ihtimalleri ayrı ayrı ele alıp değerlendirmek gerekir⁴. Örneğin,

- *İnternet alı.lamıalı_sohb,et_(İzternet Re/ay Chat-IRC = çet)* halinde, taraflar buğıs";yar klavyesini kullanarak kşılıklı biçimde doğrudan ve eş zamanlı iletişim kurmak imkanını kazanırlar⁵. Durum rahatlıkla telefon görüşmelerine benzetilebilir ve BK. m. 4/II hükmü kıyas yoluyla uygulanabilir⁶. Bu şekilde kurulan iletişimin telefon görüşmelerinden farkı, diyalogun sözlü değil, bilgisayar ekranlarına yansiyacak biçimde yazılı olarak cereyan etmesidir. Şu halde, hakim görüş ile birlikte, bu ihtimalde sözleşmenin hazır (karşı karşıya) olan kişiler arasında kurulduğu kabul edilmelidir¹.

...:1...:/*Öik 11.osta:a Öesaj bıralıJJJ.g k yoluÖÖa* kurulan iletşim:1 halinde, ilke ol , oğrudan hır diyalogun kurulması söz konusu değildir. Şu halde, karşı tarafın E-postasına ulaştırılan icaba diğer taraf daha sonra yine İntemet üzerinden veya bir faks mesajı ile olumlu cevap vermişse, her iki irade beyanı da karşı karşıya (hazır) olmayan kişiler arasında gerçekleşmiştir⁸.

- 2) **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 412; **Schmidlin**, Art. 4, N. 4; **Schönenberger/Jaggi**, Art. 4, N. 4; **Flume**, § 35, I, 2, s. 638.
- 3) Bkz. Not 2'de anılan **Schmidlin**'e ek olarak **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 88.
- 4) Bkz. **Gezder**, Mukayeseli Hukuk Açısından İntemet'te Aktedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, İstanbul 2004, s. 112.
- 5) Özellikle bkz. **Altınışık**, Elektronik Sözleşmeler, Ankara 2003, s. 22; **İnal**, E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İntemet'te Sözleşmelerin Kurulması, İstanbul 2005, s. 12-13.
- 6) Ayrıca bkz. BGB § 147/1, 2.
- 7) Örnek olarak bkz. **Gimmy**, Vertragsschluss im İntemet, in: **Kröger/Gimmy**, Handbuch zum İntemetrecht, Berlin Heidelberg 2000, s. 68; **İnal**, not 5'de age, s. 13, 117-118; **Gezder**, not 4'de age, s. 112 vd.; **Özdemir Kocasakal**, Elektronik. Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti, İstanbul 2003, s. 73; **Jauernig**, § 147, N. 8; **Kılıçoğlu**, 7. bası, s. 46.
- 8) **Palandt/Heinrichs**, 64.A., §§ 147-148, N. 6; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 412; **Gezder**, not 4'de age, s. 114; **İnal**, not 5'de age, s. 108 (bu kurala bir istisna getirilebilir getirilemeyeceği konusundaki görüşler için bkz. aynı eser, s. 108, not 65).

- Web sayfasında tüketiciye yapılan teklif (bu teklif ister icap ister ica-
ba dnve o arak iiifoleııdırı sin) üzerine, karşı tarafın yine Intcmct üzerinden
"tıklayarak" siparişini göndennesi suretiyle kumlan sözleşmeler de, aynı
şekilde doğrudan diyalog imkfinının eksikliği sebebiyle karşı karşıya (hazLr)
olan kişiler arasında gerçekleşmiş sayılamaz⁹.

Borçlar Kanununa göre, karşı karşıya bulunan ki i .1a..yapılan 6
icapctertnrHrnbut-crl nma ıgı a ıca 1 ıca 1 ile bağlı kalmaktaur k,.ur-
-ttrh.ır. Buradaki "derhal,,-sözcüğü genellikle hay ı yumuşak ve hoşgörülü
içimde yonımlanmaktadır. İcap üzerine karşı taraf bazı sorular sorabilir,
bir taklın açıklamalar talep edebilir, böylece taraflar arasında bir görüşme
başlar. İcapçı bu görüşmenin sonuna kadar icabı ile bağlıdır. Şüphesiz,
karşı taraf icabı reddetmiş ise, taraflar bir arada bulunmaya devam etseler
bile icap ile bağlılık son bulmuştur.

Görüşme sırasında, yapılan icap ile ilgili olarak bir sonuca ulaşmadan 7
başka bir konunun müzakeresine geçilmişse, bir süre sonra tekrar aynı ko-
nuya dönen karşı taraf, görüşmelerin ilk aşamasında yapılmış bir icabı ka-
bul edebilir mi? Bizce, bir ayırım yapılmalıdır. İcap ile ilgili görüşme bir
kenara bırakılırken, taraflar konuya tekrar dönmek üzere (hiç değilse bu
ihtimali saklı tutarak) bir başka meseleyi görüşmeye başlamışlarsa, icapçı-
nın icabı ile bağlılığı son bulmamışır. Aksi halde, icap ile ilgili görüşme
son bulmuş sayılacağından, diğer konunun müzakeresine geçildiği anda
icapçının icabı ile bağlılığı kalmaz¹⁰. Tarafların, ikinci konunun müzakere-
sine geçerken maksatlarının ne olduğu, her ikisi de aynı şeyi düşünmüş
veya bir tarafın maksadını diğer taraf fiilen anlamış ve örtülü biçimde buna
katılmış olmadıkça, güven ilkesinin ışığında çözüme bağlanacaktır.

Görüşmeler sırasında, icaJ?CI teklifini yazılı olarak k ş t arafa erebilir. S
Bu rüşmeler karşı-taFa.fin-bu-metni--okuyup anlaması için _gerekli
...!!i'e kadar uzamış sayılacaktır. Ne var ki,

-ç 1.J,u tni, belirli bir sür @ryie_gj!}.Ş,,giip)_v bir süre tın
edilmese b!e daha nceleyip üzerinde düşünmesi_jçiii--rşı tarafa
vermişe;

-_y_y a bu hususlar açıkça b elirtilmekse dahi, metnin uzun ve kanşık
içeriği dolayısı ile .karş1-tarafın hemen bir fikir sahibiolnmsrve-cevap ver-
mesi kendisinden beklenemiyorsa,

ilk kademedede "hazır olan kişiler arasında" yapılan icap, bundan böyle
"gaipler" (yüz yüze olmayanlar) arasında bir icaba dönüşecek ve dunun

9) **Larenz/Wolf**, 9.A., § 29, N. 35; **İnal**, not 5'de age, s. 114 vd.; **Özdemir Kocasakal**, not
7'de age, s. 74; **Gimmy**, not 7'de age, s. 68.

10) Krş. **Schönenberger/Jaggi**, Art. 4, N. 10; **Schmidlin**, Art. 4, N. 7.

BK. m. 4'ün kapsamından çıkarak, bunun yerine BK. m. 3 veya 5'e tabi olacaktır¹¹. Aynı sonuç, yazılı bir teklif vermeden, karşı tarafa yalnız başına düşünüp kararını vernesi için belirli bir süre tanınması halinde de geçerlidir. Bu halde, süreli icaba ilişkin BK. m. 3 uygulanır¹².

- 9 Telefonla görüşülürken, bir anza dolayısı ile bağlantı kesilirse, derhal bağ antıyı kurabilmek kaydı ile görüşme devam ediyor sayılır. Aksi halde icap ile bağlantı son bulur¹³.

2. Gaippler (karşı karşıya veya yüz yüze olmayanlar) arasında icap (BK. m. 5)

a. Genel Kural

- 10 İcabin icapçısı tarafından açık veya örtülü biçimde belirlenmiş bir süre söz konusu değildir. O halde, bağlılık süresi, kanunun öngördüğü biçimde ve şöyle hesaplanacaktır:

- Önce, icabın karşı taraf-a ulaşması için gerekli süre dikkate alınacaktır. İcabi göndermek için kullanılan vasıta ya da varış yerine göre bu süre değişik biçimde hesaplanacaktır. Örneğin, İstanbul'dan Anıya mektuplaşılacak icapta (mektup posta) verilmişse) posta hizmetlerinin yeterince süratli biçimde gerçekleşmediği dikkate alınarak bu süre üç veya dört gün olarak göz önünde tutulduğu halde, kargo ile gönderilen bir mektupta bunu yerine göre bir veya iki güne, telgrafla yapılan icapta herhalde bir güne indirmek mümkün olabilecektir.

- İkinci olarak, icabın otele ve özel kişilere göre değişiklik arz edebilen bir süre karşı tarafa **tanınacaktır**.

- Nihayet, kabul haberinin icapçıya ulaşması için gerekli süre göz önünde tutulacaktır.

Derhal belirtelim ki, burada önemli olan toplam süredir. Su halde, icabın olda çok gecikmesi halinde, karşı taraf düşünme süresini azaltarak yine de kabul beyanının icapçıya zamanında varmasını sağlayabiliriz.

- 11 Şimdiden belirtilmesinde yarar gördüğümüz önemli bir nokta ise şudur:

Yukarıda üç ayrı sürenin birbirine eklenmesi ile bulunan toplam süre,

11) Krş. Gauch/Schluep/Schmid, N. 408; Schöenberger/Jaggi, Art. 4, N. 7; Schmidlin, Art. 4, N. 6; Larenz, AT, s. 519, not 8; Flume, § 35, I, 2, s. 638; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Ajtop, s. 89, not 5.

12) Schöenberger/Jaggi, Art. 4, N. 6; Schmidlin, Art. 4, N. 8.

13) Schöenberger/Jaggi, Art. 4, N. 11; Schmidlin, Art. 4, N. 9.

14) Schmidlin, Art. 5, N. 9.

BK. m. 3'de icapçı tarafından belirlenmiş süreden farklı olarak, kesin biçimde hesaplanabilecek bir süre olmayıp buna ister istemez bazı takdire dayalı unsurlar karışmaktadır¹⁵. Öyle ki, belirli bir olayda, icapçı BK. m. 5'e dayanarak toplam süreyi 10 gün, karşı taraf ise 12 gün olarak hesaplayabilir ve 11'inci gün icapçıya ulaşmış kabul beyanı dolayısı ile sözleşmenin kurulup kurulmadığı konusunda taraflar arasında ihtilaf çıkabilir. Bu gibi durumlarda, son sözü söyleyecek olan hakimdir. Onun BK. m. 5 çerçevesinde yapacağı hesap taraflardan birinin yapmış olduğu hesaba uyabileceği gibi (verilen örnekte 10 gün veya 12 gün), her ikisinden de farklı olabilir (örneğin 11 veya 13 gün). Sürenin hesaplanmasında işin niteliği gereği mevcut bu belirsizlik, aşağıda görüleceği gibi, hukuken önem taşır.

b. İcabın karşı tarafa geç varması

Acaba  haberinin icapçıya geç ulaşması  bebi-icapçının icabının yolda gecikmesi ise, bu durum dikkate alınabilir ve BK. m. 5'in öngördüğü süreye bir ilave yapılabilir mi? BK. m. 5/11, icapçıyı kastederek "Bu kimsenin icabı zamanında wıszl olmuş (ulaşmış) addetmeğe hakla vardır" diyerek soruyu olumsuz biçimde cevaplan ırıyor. Bu hükmün ışığında, çeşitli ihtimallere göre durum şöyledir:

12

- İlke olarak, icabın karşı tarafa geç varması to lam sürenin uzaması sonucunu doğtinnaz. kapçı, hesabını icabın süresinde karşı tara a ulaşacağı faraziyesine (varsayımına) göre yapmış bulunduğu için korunmalıdır. Karşı taraf ise, icabın kendi eline geç ulaştığını, bu yüzden kabul haberini derhal gönderse bile sözleşmenin kurulamayacağını, hiç değilse kurulmama rizikosunun bulunduğunu bilebilecek durumdadır.

- Ancak bu ilce, ica mm icabını düzenli bir biçimde göndermiş olması hali için geçerlidir. Mektubunu QUL koymadan! y altut yanlış veya eksik   ptfstalayan icapçı, bu aksaklıkları fark etmiş olması gereken durumlarda özensizliğini son!! clanna. yinrtoplam bağıllık süresinin uzamasına katlanmak zorundadır¹⁶.

- İcapçı, icabını *göndermeden önce veya gönderdiği sırada* varlığını bildiği sebeplerden ötürü (örneğin, deprem, su baskını vs. yüzünden ulaşım aksamaktadır yahut karşı taraf hastanede veya seyahattedir)¹⁷ sürenin uzamasını hesaba katmak mecburiyetindedir. Buna karşı, tartışmalı olmasına

15) **Schönenberger / Jaggi**, Art. 5, N.14.

16) **Schmidlin**, Art. 5, N. 12.

17) Karşı tarafın hastanede veya seyahatte olması gibi hususların ancak kişiler veya küçük işletmelere karşı yapılan icaplarda bağıllık süresini uzatabileceği, büyük işletmelerde bunun yerinde olmayacağı hakkında bkz. **Merz**, Vertrag, N. 205.

rağmen, icabın gönderilmesinden *sonra* öğrendiği sebeplerin süre uzatıcı etkisi olamaz¹⁸.

c. Zamanında ve düzenli biçimde gönderilen kabul beyanını! icapçıya geç

llb: ası) ; ccpt., 1C-?-C-, re -u Z6C.. ::} cıf-d>--1-?, VI
, ?lecJ, ? hd!f+-r1-1 c k -

aa. Genel olarak

- 13 Karşı taraf, uygun bir düşünme süresinden sonra, oluru:riiu vJlbını düzenli bir biçimde göndemiş olabilir. "Düzenli" 9enince, bundan mektuba yanlış veya okunaks? adr?sJccmulıpa mas L ?eya icap hangi vasıta ile-gönderilmişse, ?y nı va?ı? ik (ö IJ! eğin telefaks la yapılan bir icaba telefaks la) veya daha süratli bir vasıta i l e (m ?k!uP.la yap!lan icaba telefonla) cevap verilmesi anlaşılır. İcapçı, icabında kabulün ne tarzda gönderilmesini istediğini belirtmişse buna uyulması gerekir. Örneğin, telefonla yapılan bir icapta, cevabın bizzat karşı tarafın imzasını taşıyan bir mektupla verilmesi istenmişse durum böyledir¹⁹.

Süresinde ve düzenli bir biçimde gönderilen kabul beyanı, beklenmedik sebeplerden ötürü yolda gec ebı ır ve icapçının eline BK. m.-5 çerçevesinde esap anan sure tamamTancılıktan sonra' varmış olabilir. Bu ihtimalde, BK. rn. 5/III hükmüne göre, ilke olariK sözleşme kurulmamıştır. Ancak, icapçı kabul beyanının kendisine geç ulaştığını karşı tarafa derhal bildirmen ruğı takdirde, sözleşme kanun gereği kurulmuş sayılır. Ne var ki, BK. m. 5/III'ün meiiiiinde yazıı olmamasına rağmen, bu sonucun kabul edilebilmesi için, iqapçının geç ulaşan kabul beyanının gerçekte zamanında gönderilmiş bir beyan olduğunu anlayıp bilebTlecek durumda olması gerekir²⁰. Açıktır ki, icapçı: kabul beyanını zamanında gönderilmiş olduğunu anlayıp bilebilecek durumda değilse, ondan derhal bir gecikme ihbarında bulunmasını istemek esasen anlamsız olurdu.

- 14 İcapçı tarafından BK. m. 5/III çerçevesinde derhal yapılması gereken bildirimin hukuki niteliği tartışmalıdır:

- Azınlıktaki görüşe göre, burada, icapçı sözleşmenin kurulmasını reddeden, *hukuki işlem* niteliğinde bir beyanda bulunmaktadır²¹.

18) Schmidlin, Art.5, N.10; Merz, Vertrag, s. 115, not 69. Aksi görüşte: Guggenheim, s. 101, not 18; v. Tuhr/Peter, § 24, not 27.

19) Schöenberger/Jiggi, Art. 5, N. 8.

20) BGB § 1 49'da açık olarak ifadesini bulan bu çözüm, İsviçre öğretisinde genellikle benimsenmiş bulunmaktadır: Schöenberger/Jiggi, Art. 5, N. 29; v. Tuhr/Peter, § 24, il, 2, s. 186; Gauch/Schlupe/Schmid, N. 419; Schmidlin, Art. 5, N. 18; Koller, I, N. 487; Bucher, Basler Komm., Art. 5, N. 18.

21) Bucher, Basler Komm., Art. 5, N. 17.

- Bizim de kntıldığımız çoğwılığun görüşUnc göre, ortada hukuki işlem niteliğinde bir beyan yoktur. İcapçı, sadece karşı tarnfn hukuken "ıa-sav,,ır (bilgi) açığa vurmaşı" olarak nitelenebilecek bir *ihbarda* bulunncakttr. Bildirilecek olan husus, kabul beyanının geç ulaşması sonucu sözleşmenin kunılmamış bulunduğu olgusudur. Bu ihbarın derhal yapılması bir *külfet* olarak kendisine yüklenmiştir. Külfetin yerine getirilmemesinin yaptınmı ise, kanun hükmü gereği sözleşmenin kurulmuş sayılmasıdır²².

icapçının BK. m. 5/III'den doğan külfeti yerine getirmiş sayılması için derhal yapması gereken gecikme bildirimini *göndermesi* yeterli midir (bu takdirde söz konusu bildirim, riziko karşı tarafa ait olmak üzere yola çıkmış olacaktır), yoksa varma ilkesine burada da sadık kalarak, bu beyanın da ancak karşı tarafa *ulaştığı* anda ve ulaşmak kaydı ile hüküm doğuracağı mı kabul edilecektir? Bu son ihtimalde, gecikme bildirimini riziko gönderene ait olmak üzere yola çıkarılmış demektir. İsviçre'de yeni öğretide ağır basan görüş bunlardan ikincisidir²³.

Buchler'e nazaran, BK. m. 5/111 bu bildirimde de kıyas yolu ile uygulanır, yani zamanında ve düzenli biçimde gönderilen bir gecikme bildirimi karşı tarafa (onun anlayabileceği tarzda) geç varırsa, onun, bu bildirimde rağmen sözleşmenin kurulmasını sağlamak için gecikmeyi derhal icapçıya haber vermesi gerekir.²⁴

bb. BK. m. 5/III hükmünün layas yolu ile uygulanabileceği durumlar

Yeni İsviçre öğretisinin genel eğilimine göre, BK. m. Sffil'ün temelinde yatan düşüncenin gerçekleştiği başka ihtimallerde de bu hükmü kıyas (örnekseme) yolu ile uygulamak gerekir. Söz konusu temel düşünce ise şudur: Kabul haberinin icapçıya geç ulaşmasına r-a en, ica çının, karşı tarafın iviniyet e a u a enni.11...Z.amanın a vardığı ve sözleşmenin ru/-duğu yolunda bir güven ve kanaat sahibi p!sJEğunu h?Sı gerekiyor?MK. m. 2/I'de yazılı dürüstlük kur?h.ona gecilqneyi derhalbildirine külfetini yükler ve bu külfet !i !! yerine g?tirilrriemesi sözleşmenin gecikmiş ?c!bule-rağmen ?1??ş sayılması sonucunu d oğuru??. ----

Kıyas yolu ile uygulamaya özellikle aşağıdaki durumlarda başvurulacaktır²⁶:

- 22) Schmidlin, Art. 5, N. 21; Oser/Schönenberger, Art. 5, N. 20; Gauch/Schluemp/Schmid, N. 419; Eren, s. 227.
- 23) Bucher, Basler Komm., Art. 5, N. 19; Schmidlin, Art. 5, N. 23. Aksi görüşte: v. Tuhr/Peter, § 24, il, 2, s. 186.
- 24) Bucher, Basler Komm., Art. 5, N. 19.
- 25) Schönenberger/Jaggi, Art. 5, N. 38.
- 26) Scbönenberger/Jaggi, Art. 5, N. 39 vd.; Schmidlin, Art. 5, N. 26-27; Bucher, Basler Komm., Art.5, N. 21-23 vd.

- *Birinci hal:* Kabul beyanı, BK. m. 5/III'deki şartlar gerçekleşmese bile, *çok ufak bir gecikme* ile icapçıya vanniş olabilir. Daha önce de değin-etdiğimiz gibi, BK. m. 5'de öngörülen bağlılık süresi, herkesin her zaman üzerinde anlaşılabileceği, kesin biçimde ve aynı şekilde hesaplayabileceği bir süre değildir. Çok ufak bir gecikme ile karşı tarafa ulaşan kabul beyanında, gerçekte bir gecikme olup olmadığı dahi tartışma götürür ve bu sebeple sözleşmenin kurulup kurulmadığı kuşkulu kalır. İşte bu durumda, BK. m. 5/III kıyas yolu ile uygulanır ve gecikmeden karşı tarafı derhal haberdar etmeyen icapçı için sözleşmenin kurulmuş sayılmasına katlanmak zorunlu-luğu doğar.

- *İkinci hal:* İcap mm bi •. ceği veya tamame!! O!?! y:Oklenebilecek sebep er en oturü icabın karşı tarafa geç ulaşmasına rağmen, kar ı taraf bu gecilaneyi ..ô ılfııyor, bilmesi veya anlamasıda dürüstlük kuralının ışığında keiidisinden Oel<lenemiyors,yine kıyıs yolu ile BK. m. 5/ill h?kmü uygulama a anı bulabilir. Zirabu ihtimalde de, tıpkı BK. m. 5/III'e esas teşkil ederîôfguda olduğu gibi, *icapçı tarafından bilinebilir biçimde*, karşı taraf (icabın kendisine geç ulaştığını anlayacak durumda olmadığı için) kabul beyanını zamanında gönderdiği kanısındadır ve bu sebeple de sözleşmenin kurulduğu hususunda korunmaya değer bir güvene sahip bulunmaktadır.

❖ - Bir süre kaydı içeren (sürelî) icaplar

kap "on gün içinde cevap bekliyorum" veya "8.5.2006 günü çalışma saati sonuna kadar" kabilinden açık bir oagliTık-slliesi öngörmüş- olabilir. Bu sureniri-Ortülü biçimde veriliniş olm-ası da mümkü ndür. Bu ihtimalde, kaburoeyanı ıCc!Qta ongöruforisürenin bitimirdn önce icapçıya ulaşmadığı takdirde sözleşme kurulmuş ol!_ll_i!Z (BK. m. 3).

Bu konuda aşağıdaki problemler önem taşır:

- 19 a. İcapta öngöiilen süre saat, gün, hafta, ay olarak ifade edilmişse (örneğin "8 gün" gibi), bu sürenin başlangıcı ne olacaktır? Hiç kuşkusuz, süreyi koyan taraf bunun başlangıcını da tayin edebilir. Bu sebeple, bu sorunun cevabını önce icabı içeren beyanda aramak, bu konuda bir açıklık olmasa bile yorum yolu ile bir sonuca varmak imkanı olup olmadığını araştırmak gerekir. İcabin içeriği hiçbir ipucu vermiyorsa, Yargıtay'ın da²⁷ yerinde olarak kabul ettiği gibi, *icabın gönderildiği tarih* sürenin başlangıcı için esas alınacaktır. Bu göiüşün iki gerekçesi vardır:

27) Tic. D., 22.10.1953, E. 4865, K. 5413 (Olgaç, Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu, Genel Hükümler, 2. bası İstanbul 1969, s. 25 veya Karabasan, TBH, GH, 2004, cilt 3, s. 90).

- *Birinci gerekçe:* İcaba yapan, karşı tarafça da bilinmesi gereken biçimde. icap ile bağlılığının or al l oncc son bulniasını ve sözleşme kurulmay, caksn bir bnşkasına teklifte bulunma serbestisini en kısa sürede elde etmeyi ister. Bu dununda onun, süre tayin ederken bu sürenin başlangıcı olamk icabın karşı tarafa vardığı veya karşı tarafça öğrenildiği tarihi değil, göndcnne tarihini esas almış olması asıldır.

- *İkinci gerekçe:* BK. m. 5'de öngörülen kanuni süre hesaplanırken, başlangıç tarihi olarak süresiz icabın gönderildiği tarih esas alınmıştır. Aynı ilkenin, kıyas yolu ile, burada da uygulanması yerinde olur.

b. İcapçı, icabını gönderdikten sonra verdiği süreyi değiştirebilir mi? Sürenin uzatılması karşı tarafın yararına olduğu için buna bir engel yoktur. Buna karşı, sonradan sürenin kısaltılmak istenmesi, gerçekte önceki icabın geri alınması suretiyle kısaltılmış süreli yeni bir icap yapılması anlamını taşır. O halde, bu, ancak ilerde inceleyeceğimiz BK. m. 9 çerçevesinde icabın geri alınması mümkün olduğu dönemde söz konusu olabilir. İcabın geri alınması imkanı kalmamışsa, sonradan sürenin kısaltılmasına da imkan kalmamıştır²⁸.

c. Karşı tarafın zamanında ve düzenli bir biçimde gönderdiği  be- 20
yanı icapçıya geç varırsa, BK. m. 5/III kıyas yolu ile uygulanabilir ve icapçı bu-gecikmeyi derhal-bildirin-en"ignkdirde-sözleşmenin-kunılmış-sayılacağı
söylenebilir mi? İcabın süreliveya SÜRESİZ olması karşılıklı menfaatler durumu akımından hiçbir fark yaratmadığı için, bugün hakim olan görüş ile birlikte, süre içermeyen icaplarla ilgili BK. m. 5/III hükmünün burada da uygulama alanı bulacağı kabul edilmelidir²⁹.

§ 20. Kabul

I. Hukuki Niteliği

Sözleşmenin kurulmasını sağlayan ikinci irade beyanı kabul beyanıdır. Hakim olan görüşe göre, icabı alan karşı taraf bununla yenilik doğuran bir hak sahibi olmuştur. Kabul beyanı da yenilik doğuran bir hukuki işlemdir, zira bu beyanın karşı tarafa varması ile sözleşme ve buna bağlı olarak sözleşme ilişkisi kurulmaktadır'. İcaba bir taraflı hukuki işlem olarak görme-

28) SchmidJin, Art. 3, N. 71-73.

29) Gauch/Scbluep/Schmid, N. 419; Schönenberger/Jaggi, Art. 3, N. 93, Schmidlin, Art. 3, N. 87; v. Tuhr/Peter, § 24, not 30; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 91. Aksi görüşte: Oser/Schönenberger, Art. 3, N. 4; Oğuzman/Öz, 4. Bası, s. 54.

1) Örnek olarak bkz. Bucher, AT, s. 127, not 54; Merz, SPR VI/I, s. 72 ve not 2; v. Büren, s. 123; Eren, 9. bası, s. 228; Oğuzman/Öz, 4. Bası, s. 60.

yen yazarların bir bölümü dahi, kabulün icaptan farklı olarak bir yenilik doğuran hukuki işlem olduğu kanısındadı-2.

Buna karşı, ikinci bir görüş³, tıpkı icap gibi, kabul'ün de bir taraflı bir hukuki işlem olmadığı, bu sebeple yenilik doğuran bir hukuki işlem olarak nitelenemeyeceği yolundadır. Bu görüşe göre, sözleşme hiçbir zaman bir taraflı bir irade beyanı ile kurulamayıp daima iki tarafın karşılıklı irade beyanlarına ihtiyaç gösterir, kabul beyanı da bu bütünün unsurlarından birini oluşturur. Bizce de bu düşünce tarzı üstün tutulmalıdır. İcap ile karşı tarafa bahşedilen bir yenilik doğuran hak değil, sadece sözleşmeyi kunnaya elverişli bir hukuki durumdan ibarettir. Herhalde, bir taraftan sözleşme *iki taraflı* hukuki işlemler arasında sayılırken, diğer taraftan sözleşmeyi kurmak için karşı tarafın *bir taraflı* yenilik doğurucu kabul beyanının yeterli olduğundan söz açmanın birbiri ile kolay kolay bağdaştırılamayacağı açıktır. Ancak şu noktayı hiç gözden kaçırmamak icap eder ki, tıpkı icabın hukuki niteliği ile ilgili tartışmalarda olduğu gibi, bu konudaki tartışmanın da pratik bir sonucu yoktur.

il. Kabulde bulunması gerekli nitelikler

- 2 Kabul beyanı içeriği itibarı ile icaba uymalıdır. "Kabul" sözcüğüne yer verilse bile, icaptan ayrılan, değişiklik veya eklemeler içeren beyanlar kabul sayılamaz. Örneğin, "500 üzerinden yaptığınız icabı 450 üzerinden kabul ediyorum", yahut "Mal Ankara'da teslim edilmek kaydı ile yaptığınız satın alına icabını, teslim yeri İstanbul olmak üzere kabul ediyorum" kabilinden cevaplar, gerçekte icabın reddi ile birlikte yapılmış yeni bir icap anlamını taşır⁴. Diğer taraf bunu kabul edip etmemekte serbesttir.
- 3 Acaba, kabul beyanı sadece objektif açıdan ikinci derecede (yan) noktalarda icaptan ayrılıyorsa, buna rağmen sözleşme kurulmuş sayılabilir mi? Bu konuda iki çözüm vardır:

- *Birinci çözüme* göre, kabul objektif açıdan esaslı noktalarda icap ile aynı içeriğe sahip bulunduğu göre, BK. m. 2/I kıyas yolu ile uygulanabilir ve sözleşmeye kurulmuş gözü ile bakılabilir⁵.

Biz bu görüşe katılamıyoruz. Kabule eklenen veya değiştirilen hususlar

2) Örnek olarak bkz. v. **Tubr**, AT, II/1, s. 468.

3) **Larenz**, AT, s. 522; **Larenz/Wolf**, 9. A., § 29, N. 43; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 396; **Koller**, I, N. 443, 481, 502; **Buz**, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 140 vd.; **Schmidlin**, Vorbem zu Art. 3-10 OR, N. 29 vd.; **Köhler**, 28.A., § 8, N. 14.

4) Bu nokta BGB § 150/II'de açık ifadesini bulmuştur. Aynı nitelikte bir hüküm Viyana Sözleşmesi m. 19/b. I'de yer almaktadır.

5) **Scbönenberger/Jiggi**, Art. 2, N. 59. Krş. **Kramer**, Art. 1, N. 158; Art. 2, N. 18.

objektif açıdan ikinci derecede (yan) noktaların ilgili bulunsa bile, bunların icapçı açısından sübjektif açıdan esaslı sayılması ihtimali vardır. İlk defa kabul aşamasında ortaya çıkan bu gibi ilave ve değişikliklere itiraz imkânını veneden, icapçıyı kurulmuş sayılan sözleşmeden kurtulabilmek için, bunların kendisi bakımından "esaslı" olduğunu ispat etme mecburiyeti altına sokmak, birçok hallerde bu ispatın hiç de kolay olmayabileceği düşünülürse, adil bir çözüm değildir.

- Üçüncü çözüm, Viyana Sözleşmesi m. 19/b. 2'nin benimsediği çözümdür. Buna göre, bu gibi durumlarda, söz konusu ilave ve değişikliklerle bağlı olmak istemeyen icapçı derhal (gecikmeksizin)⁵ bunlara itiraz etme imkânı altındadır. Aksi halde, sözleşmenin bu şekilde kurulmasına katlanacaktır⁶. Bu çözüm, Türk Hukukunda, şu şekilde ifadesini bulacaktır: Yan noktalara ilişkin ilave ve değişikliklere BK. m. 6 çerçevesinde uygun bir süre içinde karşı çıkmayan icapçı, karşı tarafın söz konusu ilave ve değişiklikleri içeren yeni icabını susarak kabul etmiş demektir.

\5ffcc.\c--rr\dL.), 1/c..ldt. 1/c1., 1.+J-1, G

III. Örtülü (zımni) Kabul

1. İrade faaliyeti yolu ile kabul

İsmlenmediği halde gönderilen bir kitabın (fiili veya eylemli icap) sayfalarının açılıp çizilmesi⁶³ veya mektupla yahut telefaksla veya İnternet üzerinden bir otelde belirli tarihler için oda rezervasyonu yapılması üzerine otel yönetiminin rezervasyon defterine bu rezervasyonu kaydetmesi gibi durumlarda, karşı tarafın kabulü bir irade beyanı ile değil, irade faaliyeti (etkinliği, icraatı) yolu ile gerçekleşmektedir. Bir irade beyanı söz konusu olmadığından, bu gibi hallerde kabulün karşı tarafa öneltilip..Jılaştırılması-na da gerek Y-Okfır.

4

2. Susma ile kabul (BK. m. 6).

BK. m. 6, yeni öğretiye göre, güven ilkesi ve BK. m. 1/II'de ifadesini

s

5a) Biz burada, m. 19/b'nin Almanca metnini ("unzerzöglich") esas alıyoruz. Sözleşmenin Fransızca metnini "sans retard injustifié", İngilizce metninde ise, "without undue delay" deyimleri kullanılmıştır.

6) Avusturya Hukukunda, Bydlinski (Der Vertragsschluss nach der Wiener UN Kaufrechtskonvention in komparativer Betrachtung, Archivum Iuridicum Cracoviense, Vol. XVIII, 1985, s. 154-155) yerinde olarak bu çözümü isabetli bulmakta ve Avusturya Hukukunda da uygulanmasını tavsiye etmektedir.

6a) Bu örneğin ne dereceye kadar geçerli sayılabileceği hakkında bkz. yukarıda § 18, N. 20 vd.

7) Yukarıda verilen örneklerden birincisinde "temellük (sahiplenme) fiilleri ile kabul". ikincisinde ise "ifa fiilleri ile kabul" söz konusudur.

8) Larenz, AT, s. 530 vd.; Eren, 9. bası, s. 228, not 92; BGB § 151. - İrade faaliyeti kavramı ve bunun özellikleri için bkz. yukarıda § 14, N.4-5 ve not 6.

bulan zimni (örtülü) irade beyanları çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir hüküm içermektedir⁹. Buna nazaran, "işin özel niteli -i" ve a "hal ve mevkiin icabı" açık bir ka u eyanı eklenmesini gerekti.rmJyors, 1/2arşı tarafca gun bir sure ı inde reddOlif.I!ffiamı icap-,güven ilkesine göre ka- Ol edilmiş ve sözleşme bu yoldan kurulmuş sayılır.

Susma'nın susan kişiye olumlu bir irade beyanı (burada "kabul") olarak bağlanabilmesi için ne gibi şartların gerçekleşmesi gerektiğini daha önce incelemiş bulunuyoruz¹⁰. Onun için, bunları tekrar etmeden, aşağıda, sadece BK. in. 6'nın uygulanmasına yol açabilecek birkaç örnek vereceğiz¹¹:

- İcap, karşı tarafa herhangi bir yükümlülük yüklemeksizin sadece onun yararına olan bir sözleşmeye (bağışlama vaadi, borçtan ib. ra gibi) yöneltik ise, işin niteliğigereğFBK. m. 6 uygulama alanı bulacaktır.
- Taraflardan biri diğerini (özellikle katalog vs. göndererek) icaba davet elmiş-ve-d¹² taraf-da-tmnun:..üzeri.ue=liir icapta bu lunrius)"se, i capçı, söz eşmeyi yapmaya hazır olduğunu icaba davet teşkil eden önceki davranışları ile ifade etmiş bulunan karşı tarafın susmasını BK. m. 6 uyarınca k:a¹³ul 9¹⁴rgık 9e¹⁵ğerlendirmekte haklıdır.
- Taraflar arasında öteden beri mevcut iş ilişkileri dolayısı ile, o tarihe kadarki uygulama çerçevesinde içlerinden birinin yaptığı siparişi diğer tarafın ayrıca bir kabul beyanında bulunmaksızın bir süre sonra malı göndererek (fiili kabul) cevaplandırmış bulunması, durumun bundan sonra da böyle olacağı hususunda bir güven olgusunun gerçekleşmesine yol açar. O halde, yapılan son siparişi kabul etmek istemeyen karşı taraf, bunu BK. m. 6 gereğince uygun bir süre içinde bildirmek zorundadır.
- Taraflar arasında mevcut bir er eve sözleşJne¹² kapsarnında münferit sözleşme er yap¹³yo!¹⁴a, B¹⁵...¹⁶...¹⁷...¹⁸...¹⁹...²⁰...²¹...²²...²³...²⁴...²⁵...²⁶...²⁷...²⁸...²⁹...³⁰...³¹...³²...³³...³⁴...³⁵...³⁶...³⁷...³⁸...³⁹...⁴⁰...⁴¹...⁴²...⁴³...⁴⁴...⁴⁵...⁴⁶...⁴⁷...⁴⁸...⁴⁹...⁵⁰...⁵¹...⁵²...⁵³...⁵⁴...⁵⁵...⁵⁶...⁵⁷...⁵⁸...⁵⁹...⁶⁰...⁶¹...⁶²...⁶³...⁶⁴...⁶⁵...⁶⁶...⁶⁷...⁶⁸...⁶⁹...⁷⁰...⁷¹...⁷²...⁷³...⁷⁴...⁷⁵...⁷⁶...⁷⁷...⁷⁸...⁷⁹...⁸⁰...⁸¹...⁸²...⁸³...⁸⁴...⁸⁵...⁸⁶...⁸⁷...⁸⁸...⁸⁹...⁹⁰...⁹¹...⁹²...⁹³...⁹⁴...⁹⁵...⁹⁶...⁹⁷...⁹⁸...⁹⁹...¹⁰⁰...¹⁰¹...¹⁰²...¹⁰³...¹⁰⁴...¹⁰⁵...¹⁰⁶...¹⁰⁷...¹⁰⁸...¹⁰⁹...¹¹⁰...¹¹¹...¹¹²...¹¹³...¹¹⁴...¹¹⁵...¹¹⁶...¹¹⁷...¹¹⁸...¹¹⁹...¹²⁰...¹²¹...¹²²...¹²³...¹²⁴...¹²⁵...¹²⁶...¹²⁷...¹²⁸...¹²⁹...¹³⁰...¹³¹...¹³²...¹³³...¹³⁴...¹³⁵...¹³⁶...¹³⁷...¹³⁸...¹³⁹...¹⁴⁰...¹⁴¹...¹⁴²...¹⁴³...¹⁴⁴...¹⁴⁵...¹⁴⁶...¹⁴⁷...¹⁴⁸...¹⁴⁹...¹⁵⁰...¹⁵¹...¹⁵²...¹⁵³...¹⁵⁴...¹⁵⁵...¹⁵⁶...¹⁵⁷...¹⁵⁸...¹⁵⁹...¹⁶⁰...¹⁶¹...¹⁶²...¹⁶³...¹⁶⁴...¹⁶⁵...¹⁶⁶...¹⁶⁷...¹⁶⁸...¹⁶⁹...¹⁷⁰...¹⁷¹...¹⁷²...¹⁷³...¹⁷⁴...¹⁷⁵...¹⁷⁶...¹⁷⁷...¹⁷⁸...¹⁷⁹...¹⁸⁰...¹⁸¹...¹⁸²...¹⁸³...¹⁸⁴...¹⁸⁵...¹⁸⁶...¹⁸⁷...¹⁸⁸...¹⁸⁹...¹⁹⁰...¹⁹¹...¹⁹²...¹⁹³...¹⁹⁴...¹⁹⁵...¹⁹⁶...¹⁹⁷...¹⁹⁸...¹⁹⁹...²⁰⁰...²⁰¹...²⁰²...²⁰³...²⁰⁴...²⁰⁵...²⁰⁶...²⁰⁷...²⁰⁸...²⁰⁹...²¹⁰...²¹¹...²¹²...²¹³...²¹⁴...²¹⁵...²¹⁶...²¹⁷...²¹⁸...²¹⁹...²²⁰...²²¹...²²²...²²³...²²⁴...²²⁵...²²⁶...²²⁷...²²⁸...²²⁹...²³⁰...²³¹...²³²...²³³...²³⁴...²³⁵...²³⁶...²³⁷...²³⁸...²³⁹...²⁴⁰...²⁴¹...²⁴²...²⁴³...²⁴⁴...²⁴⁵...²⁴⁶...²⁴⁷...²⁴⁸...²⁴⁹...²⁵⁰...²⁵¹...²⁵²...²⁵³...²⁵⁴...²⁵⁵...²⁵⁶...²⁵⁷...²⁵⁸...²⁵⁹...²⁶⁰...²⁶¹...²⁶²...²⁶³...²⁶⁴...²⁶⁵...²⁶⁶...²⁶⁷...²⁶⁸...²⁶⁹...²⁷⁰...²⁷¹...²⁷²...²⁷³...²⁷⁴...²⁷⁵...²⁷⁶...²⁷⁷...²⁷⁸...²⁷⁹...²⁸⁰...²⁸¹...²⁸²...²⁸³...²⁸⁴...²⁸⁵...²⁸⁶...²⁸⁷...²⁸⁸...²⁸⁹...²⁹⁰...²⁹¹...²⁹²...²⁹³...²⁹⁴...²⁹⁵...²⁹⁶...²⁹⁷...²⁹⁸...²⁹⁹...³⁰⁰...³⁰¹...³⁰²...³⁰³...³⁰⁴...³⁰⁵...³⁰⁶...³⁰⁷...³⁰⁸...³⁰⁹...³¹⁰...³¹¹...³¹²...³¹³...³¹⁴...³¹⁵...³¹⁶...³¹⁷...³¹⁸...³¹⁹...³²⁰...³²¹...³²²...³²³...³²⁴...³²⁵...³²⁶...³²⁷...³²⁸...³²⁹...³³⁰...³³¹...³³²...³³³...³³⁴...³³⁵...³³⁶...³³⁷...³³⁸...³³⁹...³⁴⁰...³⁴¹...³⁴²...³⁴³...³⁴⁴...³⁴⁵...³⁴⁶...³⁴⁷...³⁴⁸...³⁴⁹...³⁵⁰...³⁵¹...³⁵²...³⁵³...³⁵⁴...³⁵⁵...³⁵⁶...³⁵⁷...³⁵⁸...³⁵⁹...³⁶⁰...³⁶¹...³⁶²...³⁶³...³⁶⁴...³⁶⁵...³⁶⁶...³⁶⁷...³⁶⁸...³⁶⁹...³⁷⁰...³⁷¹...³⁷²...³⁷³...³⁷⁴...³⁷⁵...³⁷⁶...³⁷⁷...³⁷⁸...³⁷⁹...³⁸⁰...³⁸¹...³⁸²...³⁸³...³⁸⁴...³⁸⁵...³⁸⁶...³⁸⁷...³⁸⁸...³⁸⁹...³⁹⁰...³⁹¹...

9) **Schmidlin**, Art. 6, N. 12 vd. özellikle 14; **Gauch/Schluemp/Schmid**, N. 455; **Yuog**, L'acceptation par le silence d'une offre de contracter, in: Etudes et Articles, Geneve 1971, s. 226, **Karabasan**, TBH, GH, cilt 1 (2003), s. 108, 133; **Engel**, s. 203 vd.. - Bu anlayışın sonucu olarak, karşı taraf susarak icabı reddetmek istediği ve icapçı da fiilen bunu anladığı (veya güven ilkesi çerçevesinde anlaması gerektiği) vakit, BK. m. 6 uygulanamaz (**Gauch/Schluemp/Schmid**, N. 455, 212, 218). Buna karşı, eski öğreti, BK. m. 6'da kabule ilişkin bir faraziye (fiksiyon) niteliğini görüyordu (**v.Tuhr/Peter**, § 24, IV, s. 189. Ayrıca bkz. **Becker**, Art. 6, N. 1. Yeni öğretilerde aynı fikirde: **Koller**, I, 2.A., § 7, N. 105 vd.).

10) Bkz. yukanda § 14, N.6.

11) Bu konuda özellikle bkz. **Schmidlin**, Art. 6, N. 30 vd.

12) Bu kavram için bkz. yukarıda § 11, N.34.

13) Bkz. § 14, N. 7 ve yukarıda N. 3.

Her iki tarafta: tamamen birbirleriyle habersiz, karşılıklı olarak aynı içerikte icaplarını birbirleriyle gönderirlerse, sözleşme yine BK. m. 6'ya dayanarak kurulmuş sayılabilir mi? Örneğin, A, evinde B'nin görüp beğendiği değerli bir tabloyu 10.000 lira karşılığı B'ye satmaya hazır olduğunu bildiren bir mektubu, o günlerde B'nin de bu tabloyu 10.000 liraya almaya hazır bulunduğunu bildiren bir yazıyı kendisine gönderdiğinden habersiz postaya verirse, bunun nedir?

Bu konuda iki görüş vardır. Birinci görüşe göre, BK. m. 6 uygulanır ve taraflardan her ikisinin de, icabı aldıktan sonra onu uygun bir süre içinde reddetmemeleri halinde susma ile sözleşme kurulmuş olur¹⁴. Bizim de üstün tuttuğumuz ikinci görüş uyarınca, bu gibi olaylarda, BK. m. 6'ya başvurmaya gerek yoktur. Her iki icabın da karşı tarafa ulaşması sonucu, en son ulaşma tarihinde sözleşmenin işlenmesi günü kabulüne göre r. Ayrı-
-crr;-6. m. 6-uyarınca, 'uygun süre içinde reddetmemiş olma' şartı aranmaz. Zira, icaplardan herbirinin, tamamen aynı içerikte olan karşı teklifin önceden kabulü anlanını taşıdığı söylenebilir¹⁵.

Vekalet sözleşmesi ile ilgili BK. m. 387'de, BK. m. 6'nın özel bir uygulama alanını oluşturan bir hüküm. Ürün yer almaktadır. Buna göre, a) vekilin tevdi edilen işi görme hususunda resmi bir sıfatı varsa, b) işin icrası mesleğinin icabından ise, c) bu gibi işleri kabul edeceğini ilan etmişse, vekalet verenin icabını derhal (görüldüğü gibi kullanılan deyim BK. m. 6'daki "münasip bir müddet"ten farklıdır) reddetmeyen vekil vekaleti kabul etmiş sayılır. Bu maddede öngörülen olgularda, BK. m. 387'nin, özel hüküm (lex specialis) olarak, BK. m. 6'ya tercihen uygulanacağı kuşkusuzdur. Buna karşı, BK. m. 387'nin kapsamına girmeyen durumlarda (örneğin vekil icapta bulunduğu vakit), şartların varsa BK. m. 6'ya başvurulması imkanı saklıdır¹⁶.

Sözleşme BK. m. 6 çerçevesinde kurulduğu vakit, yukarıda da işaret edildiği gibi, karşı tarafın örtülü (zımrı) irade beyanı olarak değerlendirilen susması ile kurulmuştur. Şu halde, karşı taraf için irade bozukluklarına dayanma imkanı saklıdır. Özellikle, gerçekte susarak icabı reddetmek isteyen taraf, BK. m.6 ve güven ilkesi gereği örfü li kabülüne yanlış a ulunmuş sayılmışsa, onun ilki m. 23'ü ntilrumleri' çerçevesinde BJI sözl. e ŞJ.1 - Yi hata sebebiyle iptal etmesine bi eng Lyokt Ü¹⁷.

14) **Schönenberger/Jaggi**, Art. 3, N. 87. Ayrıca bkz. **Engel**, s. 191.

15) **Kramer**, Art. 1, N. 166; **Schmidlin**, Art. 3, N. 54; **Neumayer**, Vertragsschluss durch Kreuzofferten? FS Otto Riese, Karlsruhe 1964, s. 309 vd., 328; **Merz**, Vertrag, N. 226; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 483.

16) Bu konuda özellikle bkz. **Fellmann**, Art. 395 şerhi ve BK. m. 6 ile BK. m. 387'nin karşılıklı uygulama alanları bakımından: Art. 395, N. 12, 45, 63, 67-68.

17) **Schmidlin**, Art. 6, N. 15; **Schönenberger/Jaggi**, Art. 6, N. 48; **Fellmann**, Art. 395, N. 71; **Piotet**, La formation du contrat en doctrine generale et en droit prive suisse, Berne 1956, s. 87-88; **Bucher**, Basler Komm., Art. 6, N. 21; **Oğuzman/Öz**, 4. Bası, s. 60.

§ 21. İcabın Ve Kabulün Geri Alınması Veya Hükümden Düşmesi

I. icabın geri alınması

İcabın geri alınması iki biçimde gerçekleşebilir¹

1

1 - Fiili (eylemli) geri alma: İcabını içeren mektubu postaya verilmek üzere yanında çalışan B'ye veren A, fikrini değiştirip B'nin peşinden koşuyor, onu mektubu posta kutusuna atmadan yakalıyor ve zarfı geri alıyor. Görüldüğü gibi, bu gibi durumlarda, icapçının icabı içeren irade beyanında bu defa icabın geri alınmasına ilişkin ikinci bir irade beyanında bulunması söz konusu değildir. Sadece, vola çıkmış bulunan icabın karşı tarafa gönderilmesi veya ulaşması *julen* engellenmektedir. Borçlar Kanunu

icabın geri alınmasını düzenlerken bu ihtimal üzerinde durmuş değildir, esasen durmasına da gerek yoktur. Zira, bu sonuç, kamını bir düzenlemeye ihtiyaç göstermeden kendiliğinden anlaşılır bir nitelik taşımaktadır.

2 - Huku/cf geri alma: BK. m. 9'da düzenlenen ihtimal budur. Burada, icapçı icabını gönderdikten sonra pişman olmakta ve bu defa daha önce yapılmış icabın geri alındığını bildiren *ikinci bir irade beyanını* karşı tarafa yöneltmektedir. Ne var ki, geri alma beyanının hüküm doğurması ve icabı hiç yapılmamış saydırması ancak aşağıdaki sınırlar içinde mümkün olabilecektir:

a. Birinci ihtimal: Geri alma beyanı, icaptan önce veya en geç icap ile birlikte karşı tarafa vii-rms ise. ömeğin mektupla ya ilan-ica henüz yolda iken, karşı tarafın evine ulaştırılan bir telgraf ile veya telefonla icabın geri alındığı bj@ınlıyor.

b. İkinci ihtimal: Geri alma beyanı, karşı tarafa icaptan sonra varmış olmakla beraber, karşı taraf önce ge - ama eY-anınLogrenmiŞ-ise. Örneğin, mekfula yapılan-icap karşı tarafın evde bulu !IIIladığı bir iş günü posta kutusuna atılmış iken, icapçı işyerine telefon ederek ona icabı ! J: g?ri aldığını, el?!)e g?ç?ekm?knJ,a-iti? aı: ?tm?e?i g?r?ğini bildiriyor.

İsviçre Hukukunda yukarıda belirtilen ikinci ihtimal ile ilgili olarak dikkate değer bazı düşüncelere rastlanıyor². Bu düşünceleri, bazı noktalarda tamamlayıcı açıklamalar yaparak şu şekilde nakledebiliriz: BK. m. 9'un temel amacı karşı tarafı korumaktır. O, kendisine yapılan icaba güvenerek iş ilişkilerini ayarlayabilir, bazı girişimlerde bulunabilir. Bunu önlemek için, geri alınan en geç icap ile birlikte karşı tarafa varması veya

1) Bu aynını yapan **Engel** (s. 199) bizim metinde benimsediklerimizden biraz farklı deyimler kullanıyor: "*Retrait materiel*" ve "*Retrait intellectuel*".

2) **Schmidlin**, Art. 9, N. 31, 32; **Schönenberger/Jiggi**, Art. 9, N. 23.

hiç değilse icaptan önce öğrenilmesi şart koşulmuştur. Ne var ki, knnun, icnp ile **geri** nımanm *aym anda* öğrenilmesi faraziyesinden hiç bnhsetmemektedir. Gerçi, işin niteli-
 ◆i gereği, aynı nnda öğrenmeden söz nçılınmnyucnğı, örneğin önünde iki mektup olan
 1-;mscnin ister istemez bunlnrdnn birini önce, diğerini sonra açıp okuyuncnğı açıktır. An-
 cak, arnyn hiçbir kesinti ginneden nrka nrknyn okunan iki mcktubun, tek bir öğrenme
 olgusunu oluşturduğu ve bu sebeple aynı nndn öğrenilmiş snyılınbileceği söylenebilir.
 Esnsen, birisi icabı diğeri geri almayı içeren ve her ikisi arka arkaya açılıp okunan iki
 mektuptan tesndüfen birisi önce nçılırsn başka, diğeri önce açılırsa başka sonuçların do-
 ğncağını knbul etmek yerinde gözükmemektedir. Burada, aynı andn öğrenme vardır *ve*
BK. m. 9'un koruyucu amacı, en az geri nlmanın daha önce öğrenilmesi ihtimalinde ol-
 duğu k'ıldnr bu ihtimalde de gerçekleşmektedir. Şu var ki, araya en ufak bir kesinti dahi
 girerse, örneğin önce icabı içeren mektubu açıp okuyan kişi, telefonla aranması üzerine,
 birkaç dakika için bile olsa ikinci mektubun okunmasını geciktirirse, artık aynı anda öğ-
 renmeden söz açılmaz ve geri alma beyanı hüküm ifade edemez. Gerçekten, bu ihti-
 malde, BK. m. 9'un karşı tarafı koruyucu amacı tehlikeye girmiştir, zira onun yaptığı te-
 lefon görüşmesinde bile, biraz önce öğrendiği icaba güvenerek bazı tedbirler alması, gi-
 rişimlerde bulunması imkan dahilindedir. Hiç kuşkusuz, "arka arkaya okuma var mı,
 yok mu?" sorusunun yol açacağı ispat zorlukları ayn bir problem oluşturur.

Buraya kadar yapılan açıklamalar gösteri or ki icap (yukarıdaki dü-
 şünce er s 1 a uzere en geç karşı tarafça öğrenildiği ana kadar geri
 alınabilmekte, karşı tarafça öğrenildiği andan başlayarak BK. m. 3, 4, 5'de
 öngörülen baglilile sürelerinin sonuna kadar icapçıyı bağlamaktadır.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, geri alma beyanı zamanında gönderildiği ve 2
karşı taraf bunu anlayabilecek durwnda olduğu halde yolda gecikirse, BK. m.-S/III
hükümü kıyas yolu neuygulanabilir. Şöyle ki, bu ihtimalde geri almanın icaptan sonra
 diğerlarafavarmış, hatta <liğer tarafın önce icabı öğrenmiş bulunmasına rağmen, ge-
 cikmenin derhal icapçıya bildirilmemesi halinde geri alma hükmünü doğurur ve icap
 yapılmamış sayılır³.

le? r, d""c:... ? ? 5?"? e+bf;
 5?\\;l?)_.;J"/V'e.. y,.ic: fuv?;c; <;?..r

il. Kabulün geri alınması

Bu konuda, icabın geri al asına ilişkin olarak yukarıda söylenenler 3
 aynen geçerli olur (BK. m. 9/II).

Sözleşme, kabul beyanının ica çı a varması ile kurulduğuya göre,
varma n sonra icapçıya ulaşan, anf ak onun tar◆ından daha önce öğreni-
 en gen a ma-6eyanıun kuriilmuş sözleşme üzerindeki etkisi nasıl açıklana-
 bilir? Bu durumda, en makul açıldama...! sözleşmenin kamın gereği bozucu
bir şarta bağlı olarak kurulmuş olduğunu ilen suren açılôama ◀ Buna
 gore, sozleşmenin-R'fifülmiışölmasına ragifien,BICm. 9'da öngörülen süre-
 ler içinde gerçekleşen bir geri alma beyanı geriye etkili biçimde sözleşme-
 nin hiç kurulmamış sayılmasına yol açacaktır.

3) Schmidlin, Art. 9, N. 37; Schöenenberger/Jiggi, Art. 9, N. 33.

4) Gubl (trad. par Rene Des Gouttes), Le droit federal des obligations, Zürich 1947, s. 85.

III. İcabin veya kabulün hükümden düşmesi

- 4 İcapçının icabı yaptıktan sonra ölmesi veya ehliyetsg QIJ ruma düşrpesi, ilke Olarak, yapılan icabın geçerliliğini etkilemez ye !c?cr\$} _tarafın kabul beyanı ile sözleşmenin kurulmasına engel olmaz. _Örneğin, bir malını sat-
_m ak i in B?ye ic? _?ı gönderen.A, mektubu postaya verdikten sonra ölürse, B)?in kabul etmesi halinde sözleşme B ile A'nın mirasçıları arasında ku-
?lmüş olur. Hiç kuşkusuz, icaptan hemen haberdar olan A'nın mirasçılan için, A'nın ölümü üzerine BK. m. 9 hükümleri çerçevesinde icabı geri alma imkanı saklıdır⁵.

İstisna olarak, icap, icapçının şahsının önem taşıdığı bir sözleşme ile ilgili ise (ressam A, işadarnı B'ye belirli bir bedel karşılığı portresini yapmayı teklif ediyor) durum farklıdır. Bu gibi ihtimallerde icapçı ölürse, icabı hükümden düşer.

Bu ilkeler kabul için de geçerlidir.

§ 22. Sözleşmenin Kurulması Ve Hükümlerini Doğurmaya Başlaması

I. Sözleşmenin kurulması

Karşı karşıya bulunan kişi arasında, kabul beyanının yapıldığı anda icapçı bunu öğrenmek imkanına sahip olduğundan, sözleşmenin ne vakit kurulduğu sorusu bir problem yaratmaz. Buna karşı, sözleşme "hazır (karşı karşıya) olmayan kişiler arasında" kuruluyorsa, akla çeşitli ihtimaller gelir:

-Kabul eden tarafın, öm?i!l cevAp mekJ u punu yazarak iradesini açığa vurması ile sözleşmenin kurulmuş olacağı kabul edilebilir (*Açığa vurma veya izhar teorisi*);

- Karşı tarafın iraO_e heyarnaçıklainası-yeterli...göi:ülmey.ip-bunun ayrıca gönderilmesi aranabilir (*gönderme teorisi*);

- KabuLbey.anının.icapçly.a_varmasLesas_alınabilir (*vanna veya ulaşma teorisi*);

- Nihayet) kabul bganıJ:lt} icapçl tc!faf!ı;ıdan öğrenildiği anc:! üstünlük tanı?abilir (*öğrenme teorisi*).

Borçlar Kanunu, karşı karşıya olmayan kişiler arasında, sözleşmenin kurulması anı olarak kabul beyanının icapçıya *vardığı* anı esas almıştır (BK. m. 3/c. 2, 5).

5) Schmidlin, Art. 9, N. 39.

Bu çözüm yerindedir ve iki tarafın çatışın incenfntleri arns111dn 6dil bir denge kunnaktadır. Zirn, bu yoldun, beyanın icapçıya ulaştığı ana kadar gerçekleşebilecek rizikolar kabulcüye, beyan icapçının iktidar alanına girdikten ve onun tarafından her an öğrenilebilir duruma girdikten sonra, onu öğrenme rizikosu icapçıya yüklenmiş olmaktadır.

İlke bu olmakla birlikte, icap veya kabulün geri alınması açısından *öğrenme teorisinin* de rol oynayabileceğini yukarıda incelemiş bulunuyoruz. Aşağıda (il) altında incelenecek konuda ise, *gönderme nazariyesi* uygulama alanı bulabilmektedir.

II. Karşı karşıya (Hazır) olmayan kişiler arasında sözleşmenin hükümlerini doğurduğu an

1. Genel Olarak

BK. m. 10/I, gaip er (hazır bulunmayan veya karşı karşıya olmayan kişiler) arasındaki sözleşmelerin *kurulduğu an* ile *hükümlerini doğurduğu an* arasında bir aynın yapmaktadır. Buna göre, sözleşme kabul beyanının icapçıya *varması* ile kurulacak, ancak hükümlerini (bununla kastedilen sözleşmenin *bağlayıcı* hükümleri değil *kurucu* hükümleridir, bir başka ifade ile borç sözleşmelerinde sözleşme ile kurulan ve taraflara borçlar yükleyen borç ilişkisidir) kabulün *gönderildiği* (örneğin mektubun veya telgrafın postaya verildiği yahut sözlü beyanın karşı tarafa nakledilmek üzere beyan sahibinin habercisine yapıldığı) andan başlayarak gösterecektir. Bu durumda, 5 Temmuz günü postaya verilen ve 10 Temmuz'da karşı tarafa ulaşan DİFtrabut-beyan-ile-soztesme 10-Temmuz'Oa7ffirulfüğü, bağlayıcı hükümlerini ancak bu anıledoğurduğu hafde, bunun kurucu hükümleri geriye yürüyecek ve-taraflanborç altın soka n-horç ilişkifu -5 Temmu'da gerçekfeşmiş nazarı ile ba kılacaktır.

Bu çözüm, yeni İsviçre öğretisinde genellikle ve haklı olarak eleştirilmektedir. Bu konuda varma anını esas almaktan vaz geçmenin inandırıcı bir gerekçesi yoktur. Çok defa ileri sürülen, gönderme anının varma anına nazaran çok daha kolay tespit edilebileceği gerekçesi tatmin edici değildir. Zira, kanun varma anının tespitinde bir güçlük olmadığı düşüncesinden hareket ederek "varma"yı sözleşmenin kurulması açısından esas almıştır. 1869 tarihli eski Alınan Ticaret Kanunundan(§ 321) İsviçre Borçlar Kanununa geçen bu hükmün¹ benzerine İsviçre'nin komşusu olan ülkelerin hiçbirinde (Fransa'da, Almanya'da ve İtalya'da) rastlanmamaktadır. *De legeferenda*, BK. m. 10'un kanundan çıkarılmasında sakıncadan çok yarar vardır².

1) **Becker**, Art. 10, N. 1, **Oser/Schönenberger**, Art. 10, N. 1.

2) **Bucher**, AT, s. 137 ve not 79; **Schmidlin**, Art. 10, N. 1 vd., 6, 7; **Keller/Schöbi**, s. 62.

BK. m. 10/1'de yer alan bu hükmün sonucu olarak, örneğin borçların muacceliyet anı (BK. m. 74) kabul haberinin gönderildiği tarih olacak, zaman aşımının (BK. m. 128) ve faiz şart edilmişse faizin başlangıcı yine aynı tarihe göre belli edilecektir. Bir tasarruf işlemi niteliği taşıyan alacağın temlikinde, aynı alacak birden fazla kişiye devredilmişse, bu devirlerden hangisinin öncelik taşıdığı yine temlike ilişkin kabul beyanının gönderildiği tarih esas alınarak tespit olunacaktır³.

2. Satış sözleşmesinde hasarın ne vakit alıcıya geçtiğini (BK. m. 183) tespit etme açısından BK. m. 10'dan yararlanmak imkanı var mıdır?

- 3 Bilindiği üzere, BK. m. 183 Roma Hukukunun etkisinde kalarak, satış sözleşmesinin kurulduğu andan başlamak üzere satılan şeye ilişkin karşı edimini hasarın alıcıya geçmesini öngören ÜŞ, yani satılan mal henüz alıcıya teslim edilmeden ve satıcının herhangi bir kusuru bulunmaksızın bir kaza sonucu üçüncü-yolcu olsa dahi, alıcının semeni tam olarak ödeme yükümlülüğü altına girdiğini kabul eder. Cok eleştirilen ve haksız bulunan bu hükmün uygulanması, BK. m. 10'dan yararlanarak, hasarın intikal ettiği anı Kabul beyanının karşı tarafa varması üzerine sözleşmenin kurulduğu tarihten daha geriye götürmek, yani kabulün gönderildiği tarihi esas almak mümkün olabilecek midir? Daha önce vermiş olduğumuz örnekte olduğu gibi, kabul beyanı 5 Temmuz'da gönderilmiş, 10 Temmuz'da karşı tarafa ulaşmış, ancak arada 8 Temmuz'da mal yok olmuş ise, BK. m. 183 uygulanıp, satışın 5 Temmuzdan itibaren hükümlerini doğurduğu gerekçesiyle alıcıdan satış bedelini ödemesi istenebilecek midir? Bu sorunun cevabı tartışmalıdır.

- Klasik diye niteleyebileceğimiz görüşe göre, varna ile kurulan sözleşmenin hükümleri gönderme anına kadar geriye yürüdüğüne göre, yukarıda verdiğimiz örnekte BK. m. 183 uyarınca hasar alıcıya geçmiş sayılır⁴. O, 8 Temmuz'da kaza sonucu yok olan malın bedelini ödemek zorundadır.

- Bizim üstün tuttuğumuz ikinci görüş açısından ise durum şöyledir: Kabul haberi henüz yolda iken sözleşme kurulmuş değildir. Satış konusu mal 8 Temmuz günü yok olduğuna göre, varmanın gerçekleştiği sözleşmenin kurulduğu 10 Temmuz günü sözleşmenin konu BK. m. 20 anlamında imkansız hale gelmiştir. Şu halde, 10 Temmuz günü kurulan sözleşme, konusunun imkansızlığı sebebiyle kesin hükümsüz bir sözleşme olur. Oysa, BK. m. 10 ancak geçerli olarak kurulan sözleşmeler açısından bir anlam taşır. Kurulduğu anda hiçbir hüküm doğurmayan söz-

3) **Bucher**, Basler Komm., Art. 10, N. 12.

4) **v. Tuhr/Peter**, § 24, VI, s. 191-192; **Becker**, Art. 10, N. 2; **Eren**, 236; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 97.

şemenin. "doğmayan" hükümlerinin BK. m. 10 gereğı kabul haberinin gönderildiğı ana kadar geriye yürütölmesi söz konusu olamaz. Bu gibi durumlarda BK. m. 183 uygulanmaz ve kabul haberinin karşı tarafa vanna-smdtu önce gerçekleşen hasar satıcıda kalmış sayılır⁵.

T:un hnsnr için knbul edilen bu çözümün kısmi hnsnr luulleri için de değır taşıması grek'ir⁶.

Bu çözümü destekleyen bir düşünce de şudur: Haksız bulunan BK. m. 183 hükmünün imkan ölçüsünde dar, aynı maddede öngörölün istisnaların ise elden geldiğince geniş biçimde uygulanması gerek İsviçre Federal Mahkemesi⁷ gerekse öğreti⁸ tarafından benimsenmektedir. Bu durumda, hukuk tekniğı açısından bir zorunluluk bulunmadığı, hatta aksi görüş çok daha rahat savunulabildiğı halde, BK. m. 10'un yardımı ile BK. m. 183'ün uygulama alanını genişletmek bu temel eğilim ile de bağdaşmaz.

3. Sözleşmenin susma ile kurulmuş olması

BK. m. 10/II'nin bu konuda kabul ettiğı sistem şöyledir: Karşı tarafın açık bir kabul beyanına ihtiyaç.. olma.)lan..haUerde, BK. m. 6 gereğı, sözleşme, icabın karşı tarafa varmasından sonra u bir sürenin susarak eci-rilmesi sonucu kurulmaktadır. Ne var ki, icabı reddetme imkanının bulunduğı sürenin sonunda kurulan sözleşmenin hükümleri, icabın kar ı tarafa vardığ..! (yanf uyguns?e !lin başladığı) andan itibaren g?rç?19.?ş_miş sayılacaktır.

4

§ 22a. Mesafeli Sözleşmelerin Kurulmasına İlişkin Özellikler

I. Mesafeli Sözleşme Kavramı

Mesafeli sözleşme (*Fernabsatzvertrag, contrat a distance, distance contract*) deyimi pozitif hukukumuzda, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a 6.3.2003 tarih ve 4822 sayılı kanunla eklenen 9/A maddesiyle girmiştir. Daha sonra, konuyla ilgili olarak, 14.6.2003 tarihinde yürürlüğe giren "Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönet-

1

5) **Thevenoz**, La retroactivite des effets du contrat entre absents et le transfert des risques, SJ 1983, s. 485 vd.; **Schmidlin**, Art. 10, N. 26 vd., özellikle 30-31; **Schönle**, Zürcher Komm., Obligationenrecht, V 2a, Zürich 1993, Art. 185, N. 45a; **Koller**, Basler Komm., Art. 185, N. 1; **Petitpierre**, Reflexions sur l'impossibilite objective initiale provoquee par la faute d'une partie, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Annağan, Ankara 1990, s. 166.

6) **Thevenoz**, not 5'de age, s. 487.

7) BGE 84.II.158.

8) **Tercier**, Contrats, N. 914; **Engel**, Contrats, s. 57.

melik" (bundan böyle kısaca "Yönetmelik" olarak anılacaktır) çıkarılmıştır. (Bu Yönetmelikte 9.10.2007 tarihinde yapılan değişiklikler için bkz. aşağıda § 51'den sonraki EK). Bütün bunların Avrupa Birliğinin 20.5.1997 tarih ve 9717/CE sayılı Yönergesi (Direktifi) 1 dikkate alınarak yapıldığı anlaşılmaktadır.²

1 Mesafeli sözleşme, satış, kira, hizmet vs. gibi sözleşmelerin yanında yer alan ve bağımsız bir sözleşme tipi olmayıp, sadece bir sözl eslinin ku luluş tarzım esas alın bir kavramdır. ..S.İLhalde, aşağıda El_ç_ıkJayacağımız biçimde kurulmuş olmak şartıyla herhangi bir sözleşme mesafeli sözleşme kavraır-uçinde ye-r alabilir v-e örneğin bir satış sözleşmesi "mesafeli satış sözleşmesi" olüi-³. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna 2003 yılında eklenen 9/A maddesiyle, bu kavrama kanun koyucu bir ad koyup sınırlarım çizmiş ve böylece onu kanuni bir düzenlemeye kavuşturmuştur. Şu noktayı ekleyelim ki, kanunda bu yönde bir hüküm bulunmamasına rağmen Yönetmelik (m. 11), örneğin "banka, sigorta ile ilgili" veya "otomatik satış makinaları vasıtasıyla aktedilen" sözleşmeler gibi altı bent halinde sayılan sözleşmelere mesafeli sözleşme hükümlerinin uygulanmayacağını belirtmektedir.

3 TKHK. m. 9/A hükmü mesafeli sözleşme kavramını şöyle tanımlamaktadır:

"Mesafeli sözleşmeler; yazılı, görsel, telefon ve elektronik ortamda veya diğer iletişim a, çları kullanılarak ve tüketicilerle karşı karşıya gelinliiefüzün yapılan ve malın veya hizmetin tüketiciye anında veya sonradan teslimi veya ifası kararlaştırılan sözleşmelerdir".

Bu tanımda, mesafeli sözleşmeler diğer sözleşmelerden ayırmaya yarayacak en önemli unsur, sözleşmenin taraflar fiziksel olarak karşı karşıya gelmeEizin ileişim araçları aracılığı ile kurulnuu olmasındır³. Alman

1) Bu Yönergenin Fransızca ve Almanca metinleri için bkz. **Amstuti/Pichonnaz/Probst/Werro**, Droit prive europeen, Directives choisies (Europaisches Privatrecht, Ausgewählte Richtlinien), Beme/Athenes, 2005, s. 102 vd.

2) Alman Hukukunda, 2002 yılı başında yürürlüğe giren kanun değişikliğiyle BGB'ye eklenen §§ 312b-d hükümleri de aynı Yönergeye (Direktife) dayalı olarak kaleme alınmıştır (Bu hükümler daha önce özel bir kanunun konusunu oluşturuyordu. Bkz. **Palaodt/Heinrichs**, 64.A., Vorbem. vor § 312, N. 2). Bu konuda ayrıca bkz. **Laren/Wolf**, 9.A., § 30, N. 60.

3) Özellikle bkz. **Gezder**, Mesafeli Sözleşmeler, İstanbul 2006, s. 26-27.

3a) Kanunda yer almayan bir sınırlamanın yönetmelik ile öngörülmesinin ne dereceye kadar hukuken kabul görebileceği hakkında bkz. **Gezder**, not 3'de age, s. 50 vd.

3b) Deryal, Tüketici Hukuku, Ankara 2004, s. 85; **Demir**, Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması, Ankara 2004, s. 16; **Zevkiler/Aydoğdu**, Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. baskı, Ankara 2004, s. 263; **Aslan**, s. 410.

Hukukunda 8GB § 312 b/1, bu şartı çok daha iyi ifade ederek, sözleşmenin *sadece (miinliasıran) iletişim araç'ları kullanılmak suretiyle* kurulmasını ummaktadır⁴. Buradaki iletişim araçlarından maksat, tarafların fiziksel olarak karşı karşıya gelmelerine gerek bırakmaksızın, *uzaktan bağlantı sağlanmalarına* imkan veren iletişim araçlarıdır⁵. Bunun içine örneğin İnternet üzerinden (yani modem iletişim araçları kullanılarak) gerçekleşen bağlantıların gireceği gibi, faks, 111 ekli-örneklerinde olduğu gibi klasik iletişim araçlarına dayalı bağlantılar da girer. Şu var ki, mesafeli sözleşmeden söz açabilmek için, her iki tarafın da müzakere ve sözleşmenin kurulması aşamalarında hiçbir zaman fiziksel olarak yüz yüze gelmeksizin, sadece uzaktan bağlantı sağlayan iletişim araçları vasıtasıyla sözleşmeyi imzalamaları zorunludur. Onların aynı tip iletişim araçlarından yararlanmış olmaları gerekmez. Şu halde, faks mesajı gönderilerek yapılmış bir icap, telefonla kabul edilmiş veya karşı tarafın elektronik postasına gönderilen bir kabul beyanı ile sözleşmenin kurulması sağlanmışsa, yine bir mesafeli sözleşme söz konusudur. Bu durumda, her gün önce Sc\111iLiDağazasına gidip mallarını inceleyen, gerekli bilgileri alan, ancak fiyat hakkında terecflüt ettiği için son sözü söylemeden mağaza an aynlanafıcı, ertesi gün telefonla görüştüğü satıcıya icaplıca bul ettiiioildiirse Ortacıa mesafeli bir 1 ein.2.eyoktur, zira bu sözleşme *sadece* uzaktan bağlantı sağlayan iletişim araçları kullanılarak kurulmuş değildir⁶.

Bir mesafeli sözleşmeden söz açabilmek için gerekli bir başka şart 4
TKHK:-ırr.-9fA-hükmi:inde-a-if-aclesini-bulmamıdır. Buna göre; uzaktan iletişim araçları kullanılarak kurulan sözleşmenin, satıcı veya hizmet sağlayıcıya ait *organize bir uzaktan satış veya hizmet sağlama sistemi* çerçevesinde gerçekleşmiş olması gerekir. Su hald, gıcıLqlalc \:e tsaüflere bağlı biçimde uzaktan iletişi ra ch n racıllığıyla gıı:çldşen ş lşmeler, 7canıııun öngördüğü anlamda b im esafeli sözleşme sayılamaz. Ne var ki, Avrupa Birliği Yönergesi (m. 2/1) ve BGB § 312b/I'den farklı olarak⁶ bu şartın TKHK. m. 9/A hükmünde ayrıca ve açıkça anılmamış olması dolayısıyla konu Türk öğretisinde tartışmalıdır^{6b}.

Mesafeli sözleşme Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda düzenle S

4) Bkz. **Larenz/Wolf**, 9.A., § 30, N. 61. Türk Hukukunda **İnal** (E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternet'te Sözleşmelerin Kurulması, İstanbul 2005, s. 77) yerinde olarak bu noktaya özellikle dikkatleri çekmektedir.

5) **Demir**, not 3b'de age, s. 29 vd.

6) Bu açıklamalar için bkz. **Palandt/Heinrichs**, 64.A., § 312b, N. 8; **İnal**, not 4'de age, s. 76-77, 168, 169.

6a) **Demir**, not 3b'de age, s. 25; **İnal**, not 4'de age, s. 77. Ayrıca bkz. **Brox/Walker**, § 19, N. 14.

6b) Metindeki gibi: **Demir**, not 3b'de age, s. 25; **İnal**, not 4'de age, s. 77. Buna karşı, kanunda böyle bir şartın açıkça öngörülmemiş olması dolayısıyla aksi görüşte: **Gezder**, not 3'de age, s. 40.

nen bir Tüketici Hukuku kavramıdır. Şu halde, mesafeli sözleşme söz edilebilmesi için, karşımızda mutlaka ir tüketiciyle yapılmış ve anılan kavramın anlamında "tüketici sözleşmesi" taşıyan bir sözleşme bulunmalıdır. Buduruncela iki ticari şirket arasında, hiç yüz yüze gelmeksizin ve sadece uzaktan iletişim araçları kullanılarak kurulan bir sözleşme "tüketici sözleşmesi" olarak nitelenemeyeceğinden TKHK. m. 9/A anlamında bir mesafeli sözleşme sayılmaz⁷.

- 6 Şu noktayı ekleyelim ki, "elektronik sözleşme" ve "mesafeli sözleşme" kavramları da eş anlamlı değildir. Bir defa tüm elektronik sözleşmelerin tüketici sözleşmesi niteliğinde olması gerektirir. Diğer taraftan, iki tarafın bu sözleşme görüşmelerini yaptıktan sonra elektronik ortamda birbirine uygun irade beyanları ile kurdukları sözleşme, (bir tüketici sözleşmesi niteliğini taşısa bile) elektronik sözleşme olarak nitelendirilebileceği halde, sırf (münhasıran) uzaktan iletişim araçlarına dayalı olarak kurulmadığı için bir mesafeli sözleşme oluşturmaz⁸. Nihayet, bir mesafeli sözleşme oluşumuna imkan hazırlayacak biçimde uzaktan iletişim yolu ile kurulan tüm sözleşmelerin mutlaka elektronik ortamda gerçekleşmesi, dolayısı ile elektronik sözleşmeler olarak hayata geçmesi mecburiyeti yoktur. Örneğin telefon aracılığıyla veya elektronik ortamda gerçekleştirilen elektronik sözleşmeler elektronik sözleşmeler kategorisine girmez.

II. Mesafeli Sözleşmelere İlişkin Düzenlemenin Temelinde Yatan Değerlendirmeler

- 7 Tüketicileri korumak üzere öngörülen mesafeli sözleşmelere ilişkin düzenlemenin temelinde aşağıda belirtilen üç noktada mal sunan veya hizmet sağlayan taraf ile tüketici arasındaki dengenin tüketici aleyhine bozulmuş olması⁹ yatmaktadır:

- Mal sunan veya hizmet sağlayan taraf o konuyla ilgili ve tüketiciye bilgi vermediği halde, tüketici genellikle bu bilgi ve tecrübeden yoksundur.

- Tüketici, çok defa karşı tarafın varlığı, kimliği ve güvenilirliği konusunda bilgi sahibi olmaksızın bir hukuki ilişki içine girmektedir. Gerçekten, örneğin ir e sayfasında bazı mal veya hizmetler için teklifte bulunan tarafın gerçekten en mevcut ir tacir olup olmadığı, varsa gerçek kimliği ve ne erececeği hakkında tüketiciye güvenli bir şekilde bilgi verilmemiş olabilir.

7) İnal, not 4'de age, s. 170, 173 vd.

8) İnal, not 4'de age, s. 170.

9) Özellikle bkz. **Larenz/Wolf**, 9.A., § 30, N. 2, N. 58, 60; **Jauernig/Berger**, § 312 b, N. 2.

- Bumm gibi, tüketici, aslını görmediği mnl gibi, sunulnn hizmetin de l1.--cnoirunnçfünhn7'1 dcreteye kadar uygun düştüğü konusunda açık ır fikir snhibi olmaktan uzaktır.

Kanundaki düzenleme, yukarıda yazılı sebeplerle tüketici aleyhine bozulmuş dengeyi yeniden kuınaya yöneliktir.

III. Ön Bilgilerin Tüketiciye Verilip Bu Hususun Yazılı Olarak Te-yit Ettirilmemesinin Sözleşmenin Kurulması veya Geçerliliği Üzerindeki Etkisi

ene ara

Yukarıda sayılan olguların yarattığı sakıncalı durumları önlemek ve tüketiciyi korumak üzere gerek Avrupa Birliği Yönergesi gerekse Türk mevzuatı (tıpkı Alman Hukukunda olduğu gibi) sözleşme kurulurke ilgili-lerin tüketiciye verilmiş olmasını Qş_muşrdır.)3urad_a_ikLç_C,it b_ilgi bildirimi ile karşılaşılı2: _:

8

- Bunlardan birincisi, sözleşme kurulmadan önce tüketiciye verilmiş olması gereken ön b-ilgilerair. Bu nılğilerin-1<:apsariiiiia nelerin-girdiği Yönetmeliğin 5. maddesinde teker teker sayılarak gösterilmiştir (Örneğin, satıcı ve sağlayıcının isim, unvan, açık adresi, telefon ve varsa diğer erişim bilgileri, sözleşme konusu mal veya hizmetin temel özellikleri, söz konusu mal veya hizmetin tüm vergiler dahil fiyatı, satıcı ve sağlayıcının fiyat dahil tüm vaatlerinin geçerlilik süresi, on ayn bentte teker teker sayılan bilgilerin bazılarıdır).

- İkinci grupta, yazılı olarak yapılması ve bir nü.shiasın.ın tüketiciye,ve-rilmesi zorunlu kılınan sözleşmede er alması ereken artlar (sözleşme bilgileri) karşımıza çıkmaktadır. Bunlar Yönetmeliğin 7. maddesinde teker teker gösterilmiştir (Aynca bkz. aşağıdaş 5f'den sonraki EKf -

İşte bu noktada, gerek Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 9/A, gereise Yonetmelik m. o'daöngönülen,- ancak hem Avrupa Birliği Yöner-gesinide, liem de bÜ-Yönerge göz önünde tutÜiarak2002 yılı başında Alman Medeni K?nup.unda(§§ 312J,:afyapila-ndeğişikliklerde hiç yer almayan _h_azı ifadeler_bü.Y-fi.ke.redd,üt _urao.dllJllc!ls:ta :ve_ttrtışm?lara y_gl.Açmaktadır:

TKHK. m. 9/A'nın 2. fıkrasına göre,

"Mesafeli satış sözleşmesinin akdinden önce, ayrıntıları Bakanlıkça çıkarılacak tebliğle belirlenecek bilgilerin tüketiciye verilmesi zorunlu-dur. Tüketici bu bilgileri edindiğini yazılı olarak teyit etmedikçe söz-

/eşme akdedilemez. Elektronik ortamda yapılan sözleşmelerle ilgili işlemler yine elektronik ortamda yapılır.

Yönetmeliğin 6. maddesi ise şöyledir:

Ön Bilgilerin Doğruluğunun Yazılı Olarak Kanıtlanması

Madde 6- Tüketicisi, ön bilgileri doğru ve eksiksiz olarak edindiğini yazılı olarak teyit etmedikçe sözleşme akdedilemez. Elektronik ortamda yapılan sözleşmelerde bu teyit işlemi yine elektronik ortamda yapılır. Tüketicisi, mallar için sözleşme konusu mal kendisine ulaşmadan, hizmetler için de en geç sözleşmenin ifasından önce ön bilgileri içeren yazılı onayı almalıdır." (Bkz. aşağıdaş 51 sonrası EK).

- 9 Bu hükümler, Avrupa Birliği Yönergesi ve Alman Medeni Kanunundan ayrılarak, ön bilgilerin satıcı ve hizmet sağlayıcı tarafından tüketiciye verilmesiyle yetinmemekte, buna ek olarak tüketicinin söz konusu bilgilerin kendisine ulaştığını yazılı olarak teyit etmesini (doğrulamasını), olsa olsa bir ispat kolaylığı sağlamak amacıyla¹⁰ zorunlu kılmaktadır¹¹. Bizce, bu düzenleme son derece isabetsizdir. Satıcı ve sağlayıcının ön bilgileri vermiş olması yeterli olmak gerekirdi. Mevcut düzenleme çerçevesinde, tüketici, bu bilgiler kendisine ulaştırıldığı halde bunları yazılı olarak teyit etmekten kaçınırsa ne yapılacaktır? Bu sorunun cevabı açıktır ve ister istemez satıcı veya sağlayıcının söz konusu bilgileri tüketiciye ulaştırdığını ispat etmesi ile yetinilecek, yani artık ispat külfeti satıcı veya sağlayıcıya ait olacaktır. Daha da vahim olan husus, gerek kanunda gerekse Yönetmelikte ön bilgilerin yazılı olarak teyit edilmemiş olması halinde sözleşmenin akdedilemeyeceğini açık biçimde ifade edilmiş olmasıdır. Zihinleri karıştırmaya son derece elverişli olan bu hükümden, sözleşme karşılıklı irade beyanları ile kurulmuş gibi gözükse de, ister tüketiciye bilgi verilmemiş olması, ister

10) İnal, not 4'de age, s. 135. -Böyle bir teyidi zorunlu saymayan Alınan Hukukunda, öğretisi, satıcı veya hizmet sağlayıcının tüketiciden bu yolda bir teyit beyanı almasının (ispat yönünden) yararlı olacağına işaret etmektedir. Aksi halde, bilgilerin tam olarak karşı tarafa ulaştığını o ispat edecektir (Palandt/Heinrichs, 64.A., § 312c, N. 7).

11) Yönetmelik m. 6/c. 3'de yer alan şu hüküm son derece anlamsızdır: "Tüketici, mallar için sözleşme konusu mal kendisine ulaşmadan, hizmetler için de en geç sözleşmenin ifasından önce ön bilgileri içeren yazılı onayı almalıdır". Kamına göre, yazılı onayı (teyidi) verecek olan tüketici olduğuna göre, onun yazılı onayı "almasından" söz açılması ağır bir yanılgıdır. Gerçekte, Aslan'ın (s. 419) yerinde olarak belirttiği gibi, tüketicinin sözleşme yapılmadan kendisine verilmesi gereken ön bilgileri aldığı teyit eden yazılı belgeyi malın tesliminden veya hizmetin ifasından önce satıcı-sağlayıcıya göndermekle yükümlü olduğunu ifade eden bir düzenleme yapılmak istenmiş, ancak bu düşünce çok yanlış biçimde ifade edilmiştir. Şu noktayı ayrıca ekleyelim ki, bu tip bir düzenleme, yazılı teyit bulunmadığı halde geçerli bir sözleşmenin kurulmuş bulunduğu faraziyesine dayanır ve bunun sonucu olarak tüketicinin yazılı teyit beyanı bulunmadıkça sözleşmenin hiç kurulamayacağı veya geçerli olarak kurulamayacağı yolundaki görüşlerle bağdaşmaz (Ayrıca bkz. EK).

gerekli bilgilerin ona ulaştırılmış olmasını rağmen tüketicinin bu konuda sessiz kalması sonucu, ortada tüketicinin imzasını taşıyan yazılı bir teyit beyanı yok diyerek yaptırımın sözleşmenin kurulmamış sayılması (yokluk) olacağı ileri sürülemez. Şu noktayı hiç gözden kaçırmamak gerekir ki, Borçlar Hukuku ilkelerine göre, hukuka veya ahlaka aykırılığın en ağır biçimde gerçekleştiği ihtimallerde bile, yaptırım olarak "yokluk" değil, sadece ..butlan" (kesin hükümsüzlük) öngörülmüştür (BK. m. 20/1). Oysa, aşağıda göreceğimiz gibi, burada butlan (kesin hükümsüzlük) yaptırımına da yer yoktur ve bu sonucu açıklayan gerekçeler yokluk görüşünün reddedilmesi için de yeterlidir.

10

Öngörülen yasağa rağmen sözleşme yapılmışsa, yaptırımın yokluk değil, kesin hükümsüzlük Cbutlan olacaı da imdi açıklayacağımız sebeplerden ötürü söylenemez' 'Sözleşme akdedileme?::Waresinin gösterdiği gibi, burada geniş anlamda emre ıcı ukümlere dahil sayılabilecek bir *yasaklayıcı hüküm* söz konusudur. Yasaklayıcı hükümlere ters düşen sözleşmeler otomatik olarak BK. m. 20/I hükmüne tabi tutularak kesin hükümsüz sayılamaz. Tam tersine, her defasında söz konusu hükmün anlam ve amacının bir geçersizliği mi, yoksa bu anlam ve amaca uygun farklı bir yaptırımı mı gerektirdiği ayrıca araştırılmak gerekir¹³. Genellikle kabul edildiğine göre, yasak sözleşmenin içeriğiyle ilgili olmayıp sadece sözleşmenin hangi hal ve şartlar içinde kurulduğuna, yani sözleşmenin (mesafeli sözleşmelerde olduğu gibi) meydana gelme tarzına ilişkin bulunuyorsa, (öngörülen yasağın amacı farklı bir çözümü zorunlu kılmadıkça) yaptırım geçersizlik biçiminde karşımıza çıkmaz. Ortada sadece bir düzen hükmünün (*Ordnungsvorschrift*) çiğnenmesi vardır. Bunun en başta gelen örneği, resmi tatil günlerinde kapalı kalması gereken dükkanların açık tutulup alışverişe devam etmesidir. Bu örnekte sözleşmelerin içeriğine ilişkin bir yasak yoktur. Sadece, resmi tatil günlerinde dükkanların açık tutulmasını engelleyen kanun hükümleri dolayısıyla, sözleşmelerin bu kanuna ters düşecek hal ve şartlar içinde yani kanunen yasaklanmış bir tarzda kurulması söz konusudur. Bu yüzden, sözleşmeler geçerli sayılır, sadece dükkan sahipleri kanunda öngörülen ceza yaptırımına tabi tutulur¹⁴. Tüketiciyi koruma mevzuatının ön gördüğü "ön bilgileri verme ve bunun tük • • rarafindazılı biçimde doğru anması yu ••mlülüklerinin bir yandan sözleşmenin kurulmasına eşlik eden hal ve şartlara (@aylara) ilişkin bl! lundu gy , di(er:....)ralldan da tamamen ve s-aaecéfüketfoinin çlkarlarıiikOrwnak amacıyla sevk edilmiş hillrumler öldul<:lan lruşlrusuzaur. Bu yülruriilwiikler yerine getirilmediği

12) Farklı düşüncede: **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 45, 133-134.

13) Yasaklayıcı kanun hükümleri, bunların (dar ve teknik anlamda) emredici hükümlerle ilişkisi ve yasaklayıcı hükümlere aykırı davranışlara uygulanacak yaptırımın özellikleriyle ilgili geniş bilgi için bkz. aşağıda § 42, N. 17 vd.; 21 vd.

14) Bkz. **Brox**, N. 323 ve aşağıda § 42, N. 25.

zaman sözleşmenin geçersiz olacağını ileri sürmek, tüketiciyi korumak için öngörülmüş hüliimlerin, kanun koyucunun amacına tamamen ters düşmek suretiyle, ihtiyaç duyduğu mal veya hizmetten yoksun bırakılan tüketici aleyhine sonuç doğurmasını, yani tüketicileri korumak üzere çıkarılmış bir kanunun İTKHK, m. 1) tüketiciler aleyhine işletilmesini kabul etmek anlamını taşır⁵. Oysa, yasaklayıcı hükümlerin en büyük özelliği, bunlara aykırı düşen sözleşmelerin ancak bu hükümlerle takip edilen amaç gerektiriyorsa hükümsüz sayılmasıdır. Şu halde, incelediğimiz meselede, TKHK m. 9/A ve Yönetmelik m. 6 hükümlerini bu esaslar çerçevesinde değerlendirerek şu sonuca varmak gerekir: Ön bilgiler verilip tüketiciden yazılı teyidi! alılmak-sızın kurulan ve tüm esaslı noktalan üzerinde uyuşma sağlanmış söz/eşmeler, yasaklayıcı hükümler çiğnenerek kanun koyucu-Ön öngördüğü tarza ters azılen biçimde kurulmuş olduklarından, ilke olarak yaptırım geçersizlik-şeklinde gerçekleşmeyecek, buna karşı bir bölümü tüketiciyi koruma mev-iuanında, diğer bölümü ise Borçlar Hukukunda öngörülmesi aşağıda sözünü ettiğimiz y_aptırımlar gündeme gelecektir^{15a}. --- -

- 11 Mesafeli sözleşmelerin yazılı şekilde yapılması zorunluluğunu öngören bir hüküm Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yer almamaktadır. Her ne kadar, TKHK. m. 9/A hükmünün 5. fıkrası, şekil şartıyla ilgili olmayan ilci nokta dışında, kapıdan satışlara ilişkin hükümlerin mesafeli sözleşmelere uygulanmasını öngörüyorsa da, bundan mesafeli satışlarda da tıpkı kapıdan satışlar gibi yazılı şekil şartının arandığı sonucunun çıkarılması^{15b} isabetsiz olur. Öngörülen yollama sonucu, kapıdan satışlara ilişkin hükümler mesafeli satışlara doğrudan doğruya değil, kıyas yoluyla uygulanacaktır. Oysa, kıyas yoluyla uygulamada, kıyasa esas olan hükmün bu uygulamaya konu olacak kurumun niteliğine uygun düşmesi zorunlu bir şarttır. Karşı karşıya (yüz yüze) gelen kişiler arasında kurulan kapıdan satış sözleşmelerine ilişkin yazılı şekil şartı, karşı karşıya (yüz yüze) olmayan kişilerin kurduğu mesafeli sözleşmeler kavramına hiç uymadığı için bu mesele ister istemez TKHK. m. 9/A, f. 5 hükmünün yaptığı yollamanın kapsamı dışında kalacaktır. Görülüyor ki, mesafeli sözleşmelerde yazılı şekil şartının kanuni bir

15) Tüketiciyi Koruma Hukukunun amacına dayalı bu gerekçe özellikle **İnal** (not 4'de age, s. 134-135, 180 vd.) tarafından ileri sürülmüştür. -Şu noktayı ekleyelim ki öngörülen bilgilerin tüketiciye verilmemiş olması, gerek Avrupa Birliği Yönergesinde gerekse Alman Hukukunda bir geçersizlik sebebi sayılmamakta (**Jauernig/Berger**, § 312 c, N. 5), ayrıca tüketicinin ön bilgileri aldığını teyit etmesi şartı da aranmamaktadır (Aynca bkz. not 10).

15a) **Gezder**'e göre (not 3'de age, s. 88-89), tüketicinin yazılı teyidi geciktirici bir kanuni şart oluşturur ve bu şart gerçekleşmedikçe sözleşme (en azından tüketici için) hüküm doğurmaz. THKH. m. 9/A ve Yönetmelik m. 6'da yer alan yasaklayıcı hükümlerin anlam ve amacının bir hükümsüzlük yaptırımına yol açamayacağı^{1D1} gözden kaçırın bu görüş hiçbir şekilde kabul edilemez. Buna karşı, burada bir geçersizlik yaptırımının söz konusu olmadığı düşüncesinde: **Aslan**, s. 419-420; **İnal**, not 4'de age, s. 134-135, 180 vd. -Krş. **Atamer**, TKHK m. 9/A ve Mesafeli Sözleşmelere İlişkin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in AB Mevzuatı Uyumuna İlişkin Görüş ve Değişiklik Önerileri, Batider, cilt XXIII, sayı 1, s. 183, s. 186 not 38.

15b) **Aslan**, s. 421.

dayınınğı yoktur. Knnun bu konuda özel bir şekil nrmomıştır. Bunn knrşı, "Mesafe/ Sö: l emeler Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetme/fi<" m. 7/1'de yer olan hül-n,c göre "Afrsafeli sözlçşmcüü yazılı olarak yapılması ve bu ,çözleşmenli bir nii,- hasının riijceticici)*c , crilmc: i i zoumltıdır". Bu son hükümden hareket ederek, mesafeli sözleşmelerde ynzlı şeklin bir geçer/ilik şartı olduğu sonucun vnrılabilir mi? Bizce, bu sorunun cevabı olumsuzdur. BK. m. 11/1, *kanununda* nçık bir hüküm bulunmadıkça, sözleşmeler için geçerlilik şnrtı olarak bir şeklin öngörülelemeyeceğini, herhangi bir soru işurctine yer bırnkmnyacak biçimde belirtmiştir^{15C}. Şu hülde, anılan Yönetmelik hilk-münin ynzlı şekli bir geçerlilik şnrtı olarak öngördüğü söylenebilir^{15d}. Ancak kanunun, belirli bir işlemin geçerli snyılabilirliği için açıkça bir şekil şartını öngördüğü durumlar-dadır ki, bu şeklin nasıl gerçek.lçşeeğine ilişkin nyrıntılann bir Tüzük veya Yönetmeli-ğe terk edilmesi mümkün olabilir¹⁵⁰. Olayımızdaki durum böyle değildir. Diğer taraftan, şu nol-tayı hiç gözden kaçınmamak gerekir ki, şekil serbestisi Anayasayla (m. 48/I) te-minat altına alınmış sözleşme özgürlüğünün bir parçasıdır. Oysa yine Anayasaya göre (m. 13), temel hak ve hürriyetler "ancak kanunla" sınırlanabilir. Bu durumda, Yönetme-lik m. 7/1'de düzenlenen yazılı şeklin olsa olsa bir ispat aracı olarak öngöröldüğü kabul edilmek gerekir (Aynca bkz. § 51'den sonraki EK).

Vurgulayarak belirtelim ki, asağıda incelenen yaptırımların uygulama alanına girebilmesi için önce sözleşmenin k'iifillfius olması-gerefu. Oysa, ön Q!fi!_fer ve SQZleşme bi!gileri arasında öyi b3:Zıları vargır ki, bunlar örneğin satıcının veya hizmet sunucunun kimliği veya satılan mal-ıyahÜt taahhüt edilen hizmetin belirlenmesine yarayan bilgiler) açıklığa kavuşturulup tüketi-ciye ulaştırılmadan sözleşmenin esaslı noktalan üzerinde bir uyuşma olduğu-nu, dolayısı ile sözleşmenin meydana geldiğini söylemek mümkün değildir¹⁶. Kimin satıcı olarak mal sattığı veya sağlayıcı sıfatıyla bir hizmetin yerine getirilmesini taahhüt ettiği; yahut hangi malın satıldığı, hangi hizmetin yerine getirileceği yeterince belirli veya belirlenebilir olmadan bir sözleşme kuru-lamaz. Ö e el- elim ki bu sonuç, ön bilgiler tüketiciye verilip onun tarafından y- lı J,i çimde doğrulanma ca soz eşmenin amayacağını bildiren ve TKHK. m. 9/A'da yer alan yasaklayıcı hükmün çiğnenmiş olma-sına degil, sadece Boiçlar Hukuku'nun sözleşmenin kurulmu sa ılması için aradığı en temer şarlfaiiio aylagerçelçleşmeriış olmasına dayan.maktadır. Durum böyleyken-da.ha sonra telcrar-uzerinde duracağımız Yönetmeliğin 8.

12

15c) Geçerlilik şekli olarak yazılı şekle uyma zorunluluğunun sadece bir kamın hükmüyle öngörülebileceği hakkında bkz. **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 116-117; **Eren**, 9. bası, s. 240; **İnal**, not 4'de age, s. 136. Bu konuda (pratik olarak aynı sonuca varmakla birlik-te) farklı düşüncede: **Gezder**, not 3'da age, s. 150 vd.; 156-157.

15d) **Atamer** de (not 15a'da age, s. 184), yerinde olarak bu sonuca varmaktadır.

15e) **Gezder'in** (not 3'de age, s. 151) "Belki de, BK. m. 11'de ifadesini bulan kanun, tüzük ve yönetmeliği de kapsayacak şekilde geniş yorumlanmalıdır" şeklindeki anlayışı ye-rinde görülemez.

16) Bkz. **Larenz/Wolf**, 9.A., § 30, N. 65. -Ne var ki, bu eserde sözü geçen durumdaki bir sözleşmenin yerine getirilemez ve bu sebeple de hükümsüz olduğunun ileri sürülmesi yerinde değildir. Tarafların esaslı unsurları (essentialia negotii) üzerinde uyuşmadığı bir sözleşme hiç kurulmamıştır.

maddesinin V. fıkrası, herhangi bir aynın yapmadan, sözleşmedeki eksikliklerin satıcı veya sağlayıcı tarafından en geç otuz gün içinde giderilmesine izin venniş bulunmaktadır^{16a}. Bu hükmü sadece esaslı noktalar dışında kalan ve sözleşmenin kurulmasını engellemeyen şartların eksik kalmış olması ihtimaline yönelik olarak anlamak yerinde olacaktır. Esaslı noktalar üzerinde uyuşma olmadığı için kurulmamış bir sözleşmeye, satıcı veya hizmet sağlayıcının *bir taraflı* bildiriyle işlerlik kazandırılması mümkün değildir. Şu var ki, "satıcının kimliği" veya "satılan malın türü, miktarı, marka ve modeli" gibi esaslı noktalara ilişkin konularda taraflar arasında uyuşma olduğu halde, sadece bunların Yönetmeliğin (m. 7) öngördüğü yazılı sözleşme metnine geçirilmesi ihmal edilmişse durum değişir. Buradaki yazılı şekil şartı bir ispat aracından ibaret kaldığı için sözleşme geçerli olarak kurulmuştur ve bu durumda Yönetmelik reza'ya sozleşme bilgileri yanında sözleşmenin esaslı noktalarıyla ilgili bu gibi konularda da yazılı sözleşme metnindeki eksikliklerin tamamlanması için Yönetmelik m. 8N hükmünün uygulanmasına bir engel kalmamıştır. Yönetmelikte eksikliklerin tamamlanması için öngörül-müş otuz günlük süre başlangıç tarahından neolacağını ve otuz gün içinde yazılı sözleşme medeki eksiklikler satıcı veya sağlayıcı tarafından giderilmediği takdirde nasıl hareket edileceğini ise bu da cayma (geri alma hakki) ince- lerken açıklıyoruz.

2. Uygulanacak Yaptırımlar

- 13 Esaslı noktalar üzerinde tarafların anlaştığı sözleşmelerde uygulama alanı bulabilecek yaptırımlar şunlardır:

a. Tüketiciyi Koruma mevzuatına dayalı yaptırımlar¹⁷:

= TKHK. m. 25 hükmü gereği, aynı kanunun 9/A maddesi çerçevesinde, sözleşme kurulmadan ön bilgileri tüketiciye ulaştırın ondan yazılı teyit alın yan satıcı veya sağlayıcı bir para cezasına çarptılacaktır.¹⁸

= TKHK. m. 9/A'nın 5. fıkrası, kapıdan satış hükümlerine yollama yapmak suretiyle tüketiciye bir cayma (geri alma) hakki tanımıştır.¹⁹ Yö-

16a) Bu konuda krş. **Gezder**, not 3'de age, s. 98 ve aşağıda not 22. -Açıktır ki, bu şekilde Yönetmelik bilgilerin tam olarak verilmemesine rağmen sözleşmenin kurulduğunu kabul etmektedir.

17) Burada üzerinde durulmayacak bazı ikincil yaptırımlar için bkz. **Palandt/Heinrichs**, 64.A., § 312c, N. 12; **İnal**, not 4'de age, s. 184.

18) **Aslan**, 3. bası, s. 462, s. 419-420.

19) Yönetmelik m. 8/U uyarınca "Elektronik ortamda anında ifa edilen hizmetler ve tüketiciye anında teslim edilen mallara ilişkin sözleşmeler cayma hakkı ve kullanımına ilişkin hükümlere tabi değildir". Bu hükümle doğrudan E-Ticaret işlemlerinin kastedildiği anlaşılmaktadır. Yönetmelik m. 8'ff hükmünün eleştirilmesi için bkz. **Atamer**, not 15a'da age, s. 191.

nctmclğin 8. maddesi bu hakkı dahn ayrıntılı biçimde düzenlemektedir. Bu hükme göre.

"1_l'ikc(ic{. _?nal satışma ilişkin mesafeli sözleşmeleri _de. teslim aldığı ta-
Jiliten itibaren yedi gün içerisinde hiçbir hukuki ve cezai sor.uuululuk üst-
lenmeksizin ve hiçbir gerekçe göstermeksizin malı reddederek sözleşmeden
cayma /hakkma sahiptir. Hizmet suuumuma ilişkin mesafeli sözleşmelerde
ise. bu siire sözleşmellililililil!_zala1ldığı ıalhte yi/şlay." Görüldüğü gibi,
cayma (geri alma) hakkı tanınan sözleşmelerde, bu hakka sahip olan taraf,
hakkın kullanılma süresi içinde hiçbir sebep göstermeden ve hiçbir sorum-
luluk altına ginneden bir taraflı yenilik doğuran irade beyanı ile sözleşme
ilişkisinden geçmişe etkili olarak sıyrılmak imkanına sahiptir, yani sözleş-
me (genel kurala aykırı biçimde) onu bağlamamaktadır²¹.

Aynı yönetmelik, (6. ve 7. maddelerine yollama yapmak suretiyle) _
rek ön bilgilerin gerekse sözleşme bilgilerinin tüketiciye tam olarak veril-
-meninsoiml1-srh-altnde,-?atı _veya s_ ağılayıcıy_ıouoılgilerdek.i eksik,Wi en
geç otuz gün içerisinde tama?lamaklayükümlüutmakt?ğır (m. 8/VJ² . Söz
onusu hüküm aynen şöyle devam etmektedir:

- 20) Yönetmeliğe göre (m. 8/I, c. 3) cayma hakkının kullanılmasından doğan giderler satıcı veya sağlayıcıya aittir.
- 21) 2002 yılı değişikliğiyle BGB'ye giren § 357/I, tüketiciye tanınan geri alma (cayma) hakkına, kanundan doğan dönme (rücu) hakkına ilişkin hükümlerin kıyas yolu ile uygulanmasını kabul etmiştir. Bunun sonucu olarak, yeni Alınan öğretisi, bu konudaki geri alma (cayma) hakkını dönme (rücu) hakkınun özel bir türü olarak kabul etmektedir (**Palandt/Heinrichs**, 64.A., § 355, N. 3; **Jauernig**, § 355, N. 3). Bu anlayışın Türk Hukukunda da benimsenmesi, ister istemez dönme hakkının hukuki sonuçlarına ilişkin tartışmanın buraya da taşınması sonucunu doğurur. Ne var ki, Alman öğretisinde, dönme beyanının geçmişe etkili olmayıp sadece sözleşmeyi tersine çevirdiği ve bir tasfiye ilişkisi haline soktuğu yolundaki (bu hukuk çevresinde) hakim olan görüşün, 20.12.1985 tarih ve 85/577/CEE sayılı Avrupa Birliği Yönergesiyle (m. 5/2) bağdaşmadığı, busebeple cayma (geri alma) beyanı üzerine sözleşme ilişkisinin geçmişe etkili olarak hükümsüz kalacağı öne sürülmüştür (**Laren/Wolf**, 9.A., § 39, N. 29 vd.).
- 22) **Aslan'ın** (3. bası, s. 474) yerinde olarak belirttiği gibi, hangi andan itibaren işleyeceği maddede belirtilmeyen otuz günlük süre zihinleri karıştırmaktadır. Yine aynı yazara göre bu hükmün şu şekilde kaleme alınması çok daha isabetli olurdu: "6. ve 7. maddelerde belirtilen koşullardan birinin eksile olınası halinde, bu eksiklik sahcı-sağlayıcı tarafından tamamlandıktan sonra cayma süresi işlemeye başlar". Bizce, Yönebnelik m. 8N hükmünde sözleşme metnindeki eksiklikleri gidermesi için sahcı veya sağlayıcıya tanınan 30 günlük süre, TKHK. m. 9/A, **M**ve Yönetmelik m. 9/I hükümlerinde yer alan 30 güne yollama yapmaktadır. Ne var ki, hüküm dikkatsiz biçimde kaleme alındığı için bu bağlantı gereği gibi ifade edilememiştir. Kanunun 9/A, **M** ve Yönebneliğin 9/1 hükümleri, satıcı veya hizmet sağlayıcının, tüketicinin siparişinin kendilerine ulaşmasından itibaren 30 gün içinde edimlerini yerine getirmekle yükümlü olduklarını belirtmektedir. Bu süre, önceden tüketiciye yazılı olarak bildirilmek kaydıyla en fazla on gün uzatılabilir. Açıktır ki, bir borcun ifası aşamasına geçmeden önce sözleşme içeriğinin kesinliğe kavuşması gerekir. Metninde eksiklikler bulunan bir sözleşme hukuken henüz ifa için hazır sayılamaz. İşte bunu göz önünde tutan Yönetmelik m. **SN** hükmü eksikliklerin giderilmesi için, borcun muaccel yani ifasının istenebilir olduğu tarihten başlamak üzere, ifa süresi olan 30 gün

terine pc.c_nalikenicce takdir edilecek bir üsLsür.eyLkaçınnaJcsızın kullan-m.'k zorundadır²⁷.

Tüketiciyi koruma mevzuatına hakim tüketicileri koruma amacı çerçeve¹⁴ sinde, tıpkı kapıdan satışlarda tüketicilere tanınan cayma (geri alma) hakkı-nda olduğu gibi (TKHK. m. 9), genci kuraldan ayrılmak suretiyle, burada da cayma (geri alma) beyanının süresi içinde *gönderilmiş* olması yeterlidir¹¹. Şu var ki, beyanın geçerli sayılabilmesi, bunun karşı tarafa ulaşmış olmasını da zorunlu kılar. Şu halde, cayma (geri alma) beyanının karşı tarafa ulaşmış olması kaydıyla, süresi içinde gönderilmiş beyanlar geçerli sayılacaktır⁹.

Burada üzerinde durulmayacak bir başka yapının i¹ n bkz. TIQ-IK .23/IV. hc.-k.'lt.. hkv....'Q.nQ --7-¹.

b. Borçlar Hukukuna dayalı yaptırımlar³⁰:

= Tüketici, yerine göre ve şartları ^{Jkk.1} eklenmişse, bata ve a hile hü- 1S
kümlenme (BK. m.24,2 ^{Jkk.1} ayanarak sq_zjeşin_e,yi iptal edebilir.

= Keudisine hiç veya tam ve d-o bil i verilmemi olan tü.ke.ticilu
yüzden bir zarara u¹amı sa¹erli bir s_özle_sme.nin.Jrurulınad.ıgı...durum-
ar a cupa in *contrahendo* (sözleş¹ müzakerel¹ij ş_ırasında gerçekleşen
İrusurtı:nlavıanı::)-esasına dayanarak tazmine!! jst¹yebilir. Sözleşme geçerli
olarak *Irurufüp* ifa aşamasına geçildiği halde tam ve doğru bilgi verilmemiş
olması sözleşmenin olumlu ihlali (kötü ifa) olarak nitelenebilir ve bu yüz-
den zarar gören tüketici bu defa doğrudan doğruya sözleşme sorumluluğuna
ilişkin hükümlere dayanabilir.

§ 23. Genel İşlem Şartları

I. Genel Olarak

Borçlar Kanunumuzun borç kaynağı olarak sözleşmelere ilişkin hüküm- 1

- 27) Buradaki üst sürenin BK. m. 125 hükmünde aranması gerektiğini ileri süren görüş (Gezder, not 3'de age, s. 99-100) yerinde değildir. Anılan maddede öngörülen on yıllık süre, talep (alacak) hakları için söz konusu olan bir zamanaşımı süresidir. Oysa, cayma (geri alma) hakkı yenilik doğuran bir haktır. Yenilik doğuran hakların kullanılmasını sınırlandıran süreler zamanaşımı süreleri olmayıp hak düşürücü süre niteliğini taşır. Hak düşürücü süreler ise BK. m. 125 hükmünün kapsamına girmez. Ayrıca bkz. § 37, not 42.
- 28) **inal**, not 4'de age, s. 188; **Demir**, Kapıdan işlemlerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara 2001, s. 325; Aydoğdu, 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Kapıdan Satışlar, İzmir 1998, s. 191; Özel, Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alın Hakkı, Ankara 1998, s. 192. -Alman Hukukunda, bu ilke 2002 yılı değişikliğiyle açık bir kanun hükmü olarak öngörülmüştür (Bkz. BGB §§ 355/I, 2 ve **Brox**, N. 212).
- 29) **Palandt/Heinrichs**, 64.A., § 355, N. 10; **Jauernig**, § 355, N. 9.
- 30) Bu konudaki açıklamalar için bkz. **Laren/Wolf**, 9.A., § 30, N. 65-66; **Palandt/Heinrichs**, 64.A., § 312 c, N. 12.

leri, esas itibarıyla aynı sosyo-ekonomik konumda olan ve karşı karşıya gelip görüştüktan sonra sözleşmeyi kurduğu farz edilen taraflar göz önünde tutularak düzenlenmiştir. Oysa, çağımızda durum çok değişmiştir. Başta bankacılık, sigortacılık ve taşıma işleri olmak üzere, pek çok alanda yo-r-ralizasyon e-stand-ar-dizasyon-amaçları ile, aynı konularailişkin olarak pek çok kimse ile ilerde yapılmas-ıplanlanan sözleşmelerin şartları, önceden bir taraflı olaral(bii gifü k'l.lrumTarca llazırlanmakta ve herhangi bir müzakere imkanı kalmaksızın karşı tarafın önüne konulmaktadır. Karşı-tariCicin yapılabilecek iki şey vardır: 1 - Önüne konulan şartları o dugÜ gibi kabul etmek; 2 - *Arz* edilen mal veya hizmet ediminden ve dolayısı ilesözleşmenin k'l.lfULmasından vazgeçmek.

Forstmoser'in 1980 yılında yayımlanan bir yazısına göre¹, o tarihte Almanya' da, sigortacılık, bankacılık, turizm, uzaktan (mektupla) öğretim ve otomobil satışlarında genel işlem şartlarına dayanılarak kurulan sözleşmelerin oranı %100, inşaat ve tellallık işleri ile, mobilyacılık ve mesken kiralarda %80, diğer bazı işlerde %50 oranındadır. İsviçre'de de aşağı yukarı aynı oranların geçerli olduğu tahmin edilmektedir. Bu rakamlar, bu yoldan kurulan sözleşmelerin ne kadar geniş bir uygulama alanı bulduğunu göstermeleri bakımından hayli dikkat çekicidir. Günümüzde bu oranların çok daha üstüne çıkıldığı ve tarafların sözleşme şartlarını serbestçe müzakere etmek suretiyle klasik yoldan sözleşme kurmalarının neredeyse bir istisna haline geldiği kuşkusuzdur. Türkiye'de de, genel işlem şartları çok yaygın biçimde kullanılmaktadır.

- 2 Tarafların görüşmeler yolu ile kurdukları sözleşmelerde, her birinin kendi--çıkafıann-ı-sa-vunmasıönem verdiği bazı noktaları--sözleşmeye geçirebilmel< içi-n diğer bazı noktalarda ödün vermesi normaldir. Bu yoldan, (liiç değilse içlerinden birinin, fiilen diğerine kendi şartlarını empoz edecek kadar güçlü olmadığı durumlarda) bir sözleşme adaletine ulaşılması, kısaca sözleşme ile kurulan düzenin her iki tarafın menfaatlerini de belirli ölçülerde gözeten adil bir düzen olması ihtimali kuvvetlidir. Oysa, sözleşme, bir tarafın hazırladığı genel işlem şartlarına diğer tarafın, fiilen hiçbir görüşme imkanı olmaksızın, boyun büküp katılmasıyla kuruluyorsa, artık sözleşme adaletinden söz açılmaz. Bu gibi durumlarda, genel işlem şartlarına dayanarak faaliyet gösteren taraf, herhangi bir zaman kısıtlaması olmadan, en iyi uzmanlara danışarak önceden hazırladığı genel işlem şartlarında hukuk düzeninin sağladığı imkanları sonuna kadar zorlamış ve hemen her konuda kendi lehine fakat karşı taraf aleyhine olan hükümleri tartışmasız kabul edilecek hazır bir reçete haline getirmiştir. Gerçi, genel işlem şartlarının

1) **Forstmoser**, Die rechtliche Behandlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im schweizerischen und im deutschen Recht, in: Recht und Wirtschaft heute, FG Max Kummer, 1980, s. 99.

kanunun *emredici hüddimlerini* değiştirmesi veya bertaraf elmesi mümkün değildir. Her şey, kanunun *tamamlayıcı /hükümleri ile* (hiç şüphesiz *yoruun- /ayıcı lır'ikümler* de buraya dahildir) di.izenlenmiş bulunan alanlarda cereyan etmekte ve bütün bu gibi bertaraf edilmeye veya değiştirilmeye açık kanun hükümleri bir yana bırakılarak, yeni ve sadece bir tarafın çıkarlarını kollayan düzenlemeler getirilmektedir. Hiç kuşkusuz, kanun koyucunun tarafların karşılıklı çıkarları arasında uygun bir denge lcııı:mak endişesi ile öngör- <lüğü taıl lamlayıcı hükümleri, iki taraf görüşüp anlaşarak, kendi aralarında 'kı ilişkide uygulama dışı b rakabilirler. Ancak *iki tarafın görüşmesi sonucu* tamamlayıcı hükmün yerini alacak düz f!lemenin, yine ml.ın çı krları arasında az çok makül bir denge-kurı:nası beklenir. Olaydaki durumun özelliği, tamamlayıcı kanun hükümlerinin iki tarafın serbestçe görüşüp an aşması sonucu değil, içlerinden Eirinin bir ta:::-i Tracfesı i ldeğiştirmenin si ve alger-tarafın da bu değişlikleri ister istemez blok halinde kabul etmek mecliiyefiide kalınasıdır. Bu tarzda gerçekteşen bir değişiklik ise, tamam ayıc-ihükümlerden ayrılarak kurulan yeni düzenlemenin adaleti ve yerindeliği hususunda hiçbir garanti içennemektedir². Bu konuda, bankacılık uygulamasından alınan şu örnek, durum hakkında bir fikir verebilir: Bilirdiği üzere, hukukumuzda, icap, kabul, takas, fesih (bozma) gibi karşı tarafa yöneltilen irade beyanlarında, hakim görüşe göre, "varma" esastır. Ancak, Borçlar Hukuku kurallarının çok büyük bir bölümü gibi, bu ilkenin tersinin kararlaştırılmasına da bir engel yoktur. Gerek Türk bankalarının gerekse yabancı bankaların Türkiye şubelerini bankacılık işlemlerinde kullandıkları genel işlem şartlarında, bunun yerine, tamamen bankanın lehine olmak üzere, banka tarafından yapılan bildirimlerde bunun postaya verildiği (gönderildiği) anın, müşterinin bankaya karşı yapacağı bildirimlerde ise, bankanın bildirimi içeren yazıyı okuyup öğrendiği anın esas alındığı anlařılmaktadır³.

şu noktayı ekleyelim ki, daha elverişli sözleşme ř.a ı:tları ld etmek üzere, bir başka mal veya hizmet sęla)'.ıciya b vunuılmaı-da, geneUil<le sonucu değiştirmeye-cekfr.Zıra, ge f!el işlem şartları u lruııanav !a.rafin piya-sada brr-relfer (monopol) durumund ? olınası halinde, baş.vurulacak.başka '@'ısı yoktur'; 6öyle bir tekel durumu bulunmasa bile, yine hemen hemen

2) Bk.z. **Larenz**, AT, s. 610; **Bucher**, Der Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen, FG Henri Deschenaux, Fribourg 1977, s. 256 vd.; **Bucher**, AT, s. 179; **Palandt/Heinrichs**, 64.A., Überblick vor § 305, N. 4 vd.; **Kramer**, Art. 1, N. 178. - şurasını ekleyelim ki, Bucher'e göre, bütün tamamlayıcı hükümlerin adil ve uygun bir düzenleme amacı ile konulduğu söylenemez. Bunlardan bazıları, ilgili çevrelerde hakim olan görüşlere en çok uyan çözümü getirdikleri için, diğer bazıları ise, bir konuyu çözümsüz bırakmaktansa herhangi bir çözümü öngönnenin daha iyi olduğu düşüncesi ile kabul edilmiş olabilir.

3) **Tekinalp**, Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 1988, s. 288, N. 75.

ayrı nitelikte genel işlem şartlarıyla çalışın bir başkası ile karşı karşıya kaınacaktır.

Çağımızın ekonomik hayatının özellikleri karşısında, hiç kuşkusuz, çok sayıda kimse ile sözleşme yapan kişi ve kuruluşların, her defasında kurulacak sözleşme şartlarını karşı tarafla görüşmeleri ve bu yoldan hem zaman kaybına, hem de bazı sözleşmelerde mutlaka yer alması gereken birtakım hükümlerin unutulması veya iyi bir biçimde kaleme alınmaması rizikolarına katlanmaları beklenemez. Bu açıdan genel işlem şartlarından vazgeçmek rümlcün değildir⁵. Yapılacak şey, genel işlem şartlarına dayalı sözleşmeleri huk."Uken daha sıkı bir denetim altına almak ve zayıf dınyımdak.i karşı tarafı daha iyi korumaktan ibarettir.

- 3 Şu noktayı önemle belirtmeliyiz ki, karşı tarafın genel işlem şartlarına dayalı olarak kurulan sözleşmeler a ısın an orunmag problemin e, iki ihtimali daha baştan bir!;?irinden ayırmak-gerekir : - - -

- Bu ihtilll!lerdenJ:ıirin!s!, sözl?menin, her ikisi de o konulardan anlayan ilci tacir ara sında kurulmasıdır. Bu durumda, taraflardan biri veya her ikisi genel işlem şartlarına göre hareket etseler bile, karşı tarafın alelade bir tüketici lcadar korunmaya ihtiyacı olmayacağı açıktır.

- Buna karşı, bir tarafta genel işlem şartlarına dayanan bir tacir, diğer tarafta ise bir tüketicinin yer altıTgılı mallerde durum değişir ve karşı tarafın nası Jföfunacağı meselesi çok daha geniş ölçüde önem kazanır. Biz aşağıdaki açıklamaıainuzda diğer tarafın bir tüketici olduğu ihtimallere ağırlık vereceğiz.

- 4 Tacirler arasındaki ilişkilerde, her iki taraf da *kendi genel işlem şartlarına* yollama yaparak sözleşmeyi kurduğu, ancak bunlar birbiri ile bağdaşmayan hükümler içerdiği vakit ("*battle of the forms*"), nasıl hareket edileceği çok tartışmalı bir konudur. Hakim olan ve bize de uygun gelen görüşe göre, bu durumda gerçekleşen kısmi uyumsuzluğa rağmen, sözleşme aşağıdaki açıklamalar çerçevesinde ayakta tutulur: Bir defa, her iki tarafın genel işlem şartlarında yer alan birbiriyle uyumlu hükümler sözleşmenin içeriğine girmiş sayılır. Buna karşı, birbiriyle bağdaşmayan ve çatışan genel işlem şartları hükümlerinin bulunmasına rağmen, taraflar sözleşmenin ifası aşamasına geçmişlerse içlerinden hiçbiri kendi genel işlem şartlarında yer alan ve diğerininki ile çatışan hülanün kendisi açısından sübjektif yönden esaslı bir şart oluşturduğunu, bu yüzden sözleşmenin kurulmamış sayılması gerektiğini (BK. m. 2) ileri süremez. Genel işlem şartları arasındaki çatışma taraflarca çok iyi bilindiği veya bilinebilir olduğu zaman, özellikle karşı-

4) Schweozer, N. 44, 03; **Brox/Walker**, § 4, N. 33.

5) **Merz**, Massenvertrag und Allgemeine Geschäftsbedingungen, FG Schöenberger, Freiburg 1968, s. 141; **Engel**, Cents ans de contrat sous l'empire des dispositions generales du Code federal des obligations, ZSR, N.F. 102, 1983/II, s. 41-42.

6) **Kramer**, Allgemeine Geschäftsbedingungen: Status quo, Zukunftperspektiven, SJZ 81 (1985), s. 18; **Merz**, FG Schöenberger, s. 160; **Atamer**, Sözleşme Özgürüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 1999, s. 54 vd.

İlkli ifhnm bnşlndı? t nndnn itibrcn Mylc bir iddinyn)'er knlmıız. Her iki tarnfn genel işlem şırt.lımnđn yer nlın ve çntıınn hükümlerin sof dııı knlmıısı dolnyısıylo ortoyı çı-knn boşlnk, ilk plđndn knnunun tnmnmınyıcı hlíkUmılcrlnc göre doldurulur. Konuya ilişkin tnmnmınyıcı hüküm yoksa vcyn mevcut hUkUm o sözleşmenin özelliklerine uyumu-yorsa, tarnfınnn bu durumu bilselerdi dürüstlık kuralının ışığında hangi hükmil kabul etmiş olacaktan aruştmılnrnk tnmnmınyıcı yorum yoluyla boşluğın doldurulması yoluna gidilir⁷.

Bir tarafın hazırladığı genel işlem şartları son şeklini alsa ve basılı kağıtlarda ifadesini bulsa bile, bu aşamada, hiç değilse taraflar arasındaki ilişki bakımından hukuken bir varlık kazanmış sayılamaz. Nasıl bir futbol maçında kenarda bekleyen yedek oyuncu teknik direktörünün talimatı ve hakemin izni ile sahaya girmediği sürece oyun dışı ise, genel işlem şartlarına da, taraflar arasında kurulacak sözleşme ile tarafların rızası ile girdiği sözleşmenin içeriği ile ilgili medlce !!) gık, Lbir eğer tanınamaz . Diğer taraftan, taraflar arasında kurulan sözleşmenin içeriğini sadece genel sözleşmenin o tündüğü ariilmam aJidrr. am ersine, lçiminle sözleşme yapıldığı, hangi maldan ne miktar satıldığı, yahut bir taşıma sözleşmesinde angı ma arın angı ta te nereden ne e taşmac..ağı ys. gibi konular, ister istek aj. z anca! { sö:zij g C.@ sözleşmeJrar.adaş tınl i? ar kı,sozfeş.riie R !! gibi konuların dışında, bir tarafın diğer tarafça önceden hazırlanmış genel işlem şartlarını tartışmasız Kamil edip onlara katılırla

• ❖- Bu sebeple, bu yoldan kÜnılan bu gibisözleşmelere (aşağıda göreceğimiz gibi bu konuda kullanılan başka deyimler de bulunmakla birlikte) Fransız Hukukundan gelen bir deyimle "katılmalı (= iltihakı) sözleşmeler" (*contrats d'adhesion*) denir. Gerçi öğretilde rastlanan bir görüşe göre, iltihakı sözleşmeden söz açabilmek için sözleşmenin *bütün hükümleri* önceden bir taraflı olarak tespit edilmiş olmalıdır. Sözleşmenin sadece bir bölümünde genel işlem ❖artlarına atıf yapılmışsa artık iltihakı sözleşme deyimi kullanılmamalıdır¹. Biz bu görüşe katılmıyoruz ve bir sözleşmenin yalnız sosyal veya ekonomik açıdan güçlü olan tarafın diğer tarafa tartışmasız empoze ettiği belirli hükümleri açısından iltihakı sözleşme sayılmasına bir engel göremiyoruz. Nasıl enel i lem şartları taraflar arasındaki sözleşmenin sadece bir veya bir kaç hükmünü e eme e yetinebiliyorsa, bunu paralel olarak KılfiliG (kafılmalı-) sözleşme -niteleiriesi, yalnız sözleşmenin genel işlem şartlarından etkilenefi, yani 'katış-ctarafa fiiyatılan' f,ölümff için geçerli olmak üzere kullanılabilir. Sönuç olarak şu noktaya dilcfatfen. çekmekle ıctınıyörüz ki, Alman ve İsviçre Hukuklarında kullanılan "genel işlem

7) **Larenz/Wolf**, 9.A., § 43, N. 24; **Palandt/Heinrichs**, § 305, N. 55; § 306, N. 6-7; **Atamer**, not 6'da age, s. 115 vd. 120 vd. -Bir nokta hariç aynı doğrultuda açıklamalar: **Köhler**, 28.A., § 16, N. 19. Ayrıca bkz. **Kramer**, SJZ 81 (1985), s. 19-20; **Kramer**, Art. 1, N. 160; **Flume**, § 37, 3, s. 676.

8) Bkz. **Schönenberger/Jaggi**, Art. 1, N. 433, 517; **Forstmoser**, s. 107.

9) **Schönenberger/Jaggi**, Art. 1, N. 432; **Bucher**, AT, s. 152.

10) **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 21.

şartları" de imi sözleşmenin "içeriği" ile, Fransız Hukukundan gelen "iltihakı (kahlmalı sözleşme eyımı ise sözleşmenin "kurulına tarzı" ile ilgili bulunm cta ır .

6

Bazı Yargıtay kararlarında rastlanan ifade ile, "iltihakı sözleşmeler (contrats d'adhesion) bir kamu hizmeti ifa edip, huk.-uken veya eylemli olarak tekel durumu arz eden ve tüketicinin bağlanması gereken (nakliye müesseseleri, elektrik havagazı, doğalgaz, PTT sözleşmeleri gibi) standart hükümleri içeren ve tüketicilerin olduğu gibi bağlanmak zorunluluğunda kaldığı sözleşmelerdir"¹². Öğretide bu görüşü benimseyen bazı yazarlara göre, iltihakı sözleşmeler "hukuki veya fiili bir tekele, devlet tarafından verilen bir imtiyaza dayanarak topluma kamu hizmeti niteliğinde sayılan konusu su, elek."trik, doğalgaz, taşıma hizmeti gibi hizmetlerin verilmesine ilişkin olan, bu hizmetleri sağlayan kişi veya kurumların hizmetten yararlanmak amacıyla kendilerine başvuran herkesle sözleşme yapma mecburiyeti altında oldukları sözleşmeleri" ifade eder¹³. Bu görüş isabetsizdir. Bir defa Yargıtay'ın tüm kararlarında iltihakı sözleşmelerle ilgili bu tip bir sınırlama yapılmamaktadır. Örneğin, 5.4.1944 tarih ve E. 4, K. 12 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararında, iltihakı sözleşmeler incelenirken, "... hususi' hukuk sahasında sigorta ve nakliye mukaveleleri gibi emsali bulunan bu akitler de onların tamamen aynıdır" denilerek geniş kapsamlı bir tanım benimsenmiş bulunmaktadır¹³³. Gerçekten, örneğin evden eve taşıma işleriyle uğraşan ve serbest piyasada çok sayıda rakibi bulunan bir ticaret şirketinin genel işlem şartlarını karşı tarafa empoze etmesi sonucunda kurulan taşıma sözleşmesinin, sınırlayıcı görüşün kapsamı dışında kalmasına rağmen bir iltihakı sözleşme oluşturduğu kuşkusuzdur. Kaldı ki, Yüksek Mahkemenin bir başka kararında¹⁴ "Gerek ülkemizde, gerek Alman ve İsviçre Mahkeme içtihatları ile bilimsel öğretisinde, genel işlem şartlarının (veya iltihakı sözleşmenin)..." demek suretiyle öğretideki azınlık görüşünün getirmek istediği sınırlamaların benimsenmediği açığa vurulmuştur. İltihakı (kanlımalı) sözleşme kavramının kaynağı olan Fransız Hukukunda böyle bir sınırlama bulunmadığı gibi¹⁵, İsviçre-Türk öğretisinde büyük çoğunlukça benimsenen anlayış da, iltihakı sözleşme kavramının belirlenmesinde bu tip sınırlamalara yer vermemektedir¹⁶. Bütün bunlar gösteriyor ki, hukuki' veya fiili bir tekele

-
- 11) **Wessner**, Les contrats d'adhesion: quelle protection pour la partie reputée la plus faible?, ZSR, N.F. 105 (1986/1), s. 164.
 - 12) Örnek olarak bkz. Yarg. 13. HD., 18.3.1996, E. 1734, K. 2495 (**Uygur**, cilt I, s. 572).
 - 13) **Havutçu**, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003, s. 14; **Zevkliler/Aydoğdu**, Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. baskı, Ankara 2004, s. 159. Aynı doğrultuda: "iltihakı sözleşme" terimini sadece kamusal bir makamla aktedilen sözleşmeler için kullanan **Atamer**, not 6'da age, s. 7.
 - 13a) Anılan İçtihadı Birleştirme Kararıyla uyumlu bir başka karar: Yarg. 4. HD., 6.12.1974, E. 6285, K. 6590 (**Uygur**, cilt 1, s. 557).
 - 14) Yarg. 3. HD., 2.6.1998, E. 1998/4263, K. 1998/6098, YKD., 1998/8, s. 1141.
 - 15) Özellikle bkz. **Berlioz**, Le contrat d'adhesion, Paris 1973, s. 27 vd., 39-40. Ayrıca bkz. **Carbonnier**, Droit civil, tome 4, Les Obligations, 16. ed., Paris 1992, s. 74; **Terre/Simler/Lequette**, Droit civil, 5. ed., Paris 1993, s. 58, s. 149 vd.
 - 16) Örnek olarak bkz. **Wessner**, not 1 l'de age, s. 164 vd.; **Engel**, s. 165-166 (Bu yazarın yerinde olarak belirttiği gibi, "iltihakı sözleşme" deyimini, "müzakereye dayalı sözleşme" deyiminin karşılığı olarak kullanılmaktadır); **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1129; **Bucher**, Basler Komm., Art. 1, N. 48; **Oğuzman/Öz**, 4. Bası, s. 21, 22; **Kılıçoğlu**, 7. bası, s. 80; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 155, not 5; **Akipek**, Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Ankara 1999, s. 223. **Eren** de (9. bası, s. 197), çok yerinde olarak, genel işlem şartları içeren sözleşmelerle iltihakı sözleşmelerin nitelik itibarıyla aynı şey olduğuna işaret etmektedir.

·nhut devletçe verilmiş hir iıntıyızın dnyanlı olınık knmu hizmeti gtlren kunılışlrılo yo-
pılın sö7.lc şmckr. İltihnkı sözleşmelerin sındcc uygulunındı çok sık msılunın bir ömc-
♦ini oluştunır. İltihnkı sözleşsnc bu ömeği de içeren dnlm geniş bir knvrıındır. Dunun
i,-inc. gü;li\ konumda buhınım ınrınnrcım birinin, knrşı tınnfrı önceden bir tınnfrlı olornk
hımrındığı (g.cncllık genci işlem şırtlını gürlını.lmilnde knrşımızın çıkucnk) kendi söz-
kşmc şnı lhmı empoze ettiği tüm sözleşmeler girer.

Borçlar Kanunumuzun gerek İsviçre'de hazırlandığı, gerekse Türki-
ye'de kabul edildiği dönemlerde, sözleşmenin bu modele göre kurulması
problemi bugünkü ölçüde önem taşımadığından bu kanunda genci işlem
şartları ile ilgili bir hüküm aramak boşunadır. Mevzuatımızda, genel işlem
şartlarını sadece tek bir noktada ele alan bir kaç dağınık hükme rastlanabi-
lir. TTK. m. 776 ve 1266/II bu konuda iyi birer örnek olabilir¹⁷. Çok sınırlı
uygulama alanı olan bir başka örnek, Sermaye Piyasası Kunulu'nun Seri V,
10. 19. Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Tebliğ'in-
de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ'in (Seri V, no. 38) 1. maddesinde
yer almak:tadır¹⁸. Buna göre, aracı kuruluşlar ile müşteriler arasında yapıla-
cak çerçeve sözleşmede "... müsterilerin-haklarını ciddf şekilde zedeleyici
-ve aracı küruluş leliine tek taraflı olağanıüstü haklar sağlayan hükümlere...
i?er ve?-ilemez'-r:-Bby ece, muş en er, aracı la:mifoşların pazarlık-l<önusu
yapılmadan tek taraflı olarak hazırlayıp dayattıkları genel işlem şartlarına
karşı özel olarak korununuşlardır¹⁸.

Avrupa ülkelerinde uzun yıllardan beri müşterilerin genel işlem şartlarına karşı ko-
runması amacıyla çıkarılan özel kanunlar vardır¹⁹. Örneğin, Alman Hukukunda önce bu
konuda 9.12.1976 tarihli özel bir kamın çıkanlmış, daha sonra, 2002 yılı başında yürür-
lüğe giren Alman Medeni Kanunu değişikliğinde söz konusu özel kanunun maddi hu-
kuka ilişkin hükümleri Alınan Medeni Kanunu içine transfer edilmiştir (BGB §§ 305-
310)²⁰. İsviçre Hukukunda, bu konu genel olarak düzenlenmiş değildir. Sadece,
19.12.1986 tarihli Haksız Rekabet Kanununun 8. maddesinde, meseleyi haksız rekabe-
tin önlenmesi açısından ele alan ve çok eleştiri alıp büyük tartışmalara yol açan bir
hükme rastlanmaktadır²¹.

Hukukumuzda, mevzuat açısından en önemli değişiklik 4822 sayılı ve
6.3.2003 tarihli "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik
Yapılmasına Dair Kanun"la gerçekleşmiştir. 4077 sayılı Tüketicinin Ko-
runması Hakkında Kanunun 6. maddesinde bu kanunla yapılan ve
14.6.2003 tarihinden itibaren yürürlüğe giren değişiklik sonucu, tüketicileri

17) Bkz. **Aslan**, s. 279.

18) RG. 8.10.1998, sayı 23487. Bu konuda özellikle bkz. **Atamer**, not 6'da age, s. 198 ve
not 312. Ayrıca bkz. **Kılıçoğlu**, s. 79; **Aslan**, s. 279.

19) Bu konuda bkz. **Forstmoser**, not I'de age, s. 100; **Wessner**, not I I'de age, s. 169 ve not
47.

20) **Medicus**, AT, N. 398; **Larenz/Wolf**, 9.A., § 43, N. 3; **Palandt/Heinrichs**, 64.A.,
Überblick vor § 305, N. 1 vd.

21) Özellikle bkz. **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1151 vd.; **Kramer**, Art. 19-20, N. 281,284
vd.

sözleşmelerdeki haksız şartlara karşı koruyan bir düzenleme Türk Hukukuna girmiştir. Bu kanuna dayalı olarak çıkarılan bir de "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik" (bundan böyle kısaca, "Yönetmelik" diye anılacaktır) vardır²².

il. Genel işlem şartlarının yargısal denetimi

10 Bu denetim, genellikle kabul edildiğine göre, üç aşamada gerçekleşebilir:

- Birinci aşama, genel işlem şartlarının taraflar arasındaki sözleşmenin içeriğine dahil olup olmadıkları (bir başka anlatiirif-ay ürrülük7rnzanıp kazanmadık.lan) meselesi ile ilgilidir. Derhal belirtelim ki, taraflar arasında hiçbir görüşme yapılmıllızın ve genel işlem şartlarının aynen kaoriieoil-mesiyle gerçekleşen-bu tip sözleşmeler için "kitlesel sözleşme", "formüler sözleşme", "Katılmalı(iltihalô) sözleşme" gibi deyimler yanında en çok lruTiaiiian--deyim "standart sözleşme" deyimidir. Buna karşı, taraflardan birinin önceden hazırladığı genel işlem şartlarını diğer tarafa empoze etmesi söz konusu olmaksızın, serbest müzakere yoluyla kurulan sözleşmeler için ("kitlesel sözleşme"nin karşıtı olarak) "bireysel sözleşme" deyimi kullanılmaktadır.

- İkinci aşamada, sözleşmeye giren genel işlem şartlarının nasıl yorumlanacağı mesele.si.karşıımıza.çıkır. ----- - ---- -

- Nihayet, üçüncü aşamada, sözleşmede yer alan genel işlem şartlarının bir içerik kontra/una tabi tutulabilip tutulamay-acığı, yani bazı hallerde geçersiz sayılabiHp sayılamayacağı inceleme konusu olur.

1. Genel işlem şartlarının tarafların rızası ile sözleşmenin içeriğine girmesi

a. Açık (sarih) benimseme ile

11 Sözle ş ı:g e !_curulurken açıkça bu ilişki de gen işle112. şa lanının g rli olduğuna yollama yapılın...!\$. ve arşı tarafa bunla n içeriği!?:i ğrenme imkanı ba!!sedilmi sse , Qfillp. l, v \$ özl şmeyi istg ması aynı zamanda genel işlem şartlarının da açıkça kabul edilip benimsenmesianfamını taşır. Yalnız, unun için ya genel iş em şartları imzalanan metnin ön- "veya arka yü-zünde yer almalı (arka yuzde yer alan genel işlem şartlarına müş-terinin .!ffizJISIDIO üstünae.:Jjulun ag oolürriaeyaiu le, ya üt nēti n imzalanmadan sözlü olarak yollarpa yapılmış olmalıdır) veya ayn ve bağımsı-zbir kağıtta yer alan u gibi şartlar sözleşme kunihrken ô iger"tarafaverilriiefdir²³.

22) RG. 13.6.2003, sayı 25137.

23) **Kramer**, Art. 1, N. 188.

Buna karşı, sözleşme kurulduktan sonra müşteriye verilen fatura, bilet vs. gibi belgelerde yer alan genel işlem şartlarının, bunlara yollama yapılma-
dan kurulmuş sözleşmenin içeriğini değiştirmesi mümkün değildir²⁴.

Genel işlem şartlarını kullanan tarafın bizzat kendisinin hazırladığı şart-
tanı nymnmiş 61mns1_g reJüne üçüncü bir kişi (örneğin bir başka tica-
ret şirketi veya bir meslek kuruluşu) tarafından hazırlanmış geneli işlem
şartlarını dn esas alınış olabilir²⁵. Diğer taraftan hakim olan görüşe göre,
genel işlem şartlarının söz açabilmelc içiibun arın-6iiTcGözleşme için
ikçıl, fükaru,ı?len fo.z/a-s-özlş.!!ede kulfonifmak i z.9.re baJ.:ırianmış olması
gerekir. Şu var ki, bu maksat tespit edilmişse, daha ilk kullanımdan itibaren
genef işlem şartlarından söz açmak mümkün olur²⁶.

Bizce, bu konudaki ispat yükü şöyle olmalıdır: Karşı taraf, önüne sürülen önceden
hazırlanmış sözleşme şartlarının sadece bir defalık kullanım için mi, yoksa birden çok
l'illanına yönelik olarak mı öngörülmüş bulunduğunu genellikle bilemez, bilebilecek
durumda da değildir. Şu halde, ihtilaf halinde bu şartların tek bir kullanım için öngö-
rölmüş olduğu, bu sebeple de genel işlem şartı olarak nitelenemeyeceği bu iddiayı öne
süren satıcı, sağlayan veya kredi veren tarafından ispat edilmelidir. Bu ispat külfetinin
yerine getirilemediği durumlarda bunlar genel işlem şartı olarak kabul edilecektir.

Tüketicileri korumak amacıyla Avrupa Birliği Konseyi Yönergesi ve enninöngördüğü özel sistemi aşağıda "İçerik Deneti-

ib=:a s=li g i=a Tfin=d a=a ı.yr ic ı a=- ınceliyoruz.

Açık bir yollama bulunsa bile, okunamayacak derecede küçük puntolar-
la yazılmış genel işlem sar'l,Jarr enjnise-mnts--say ılaolir mIT TTK. m.
12667II. sigorta-gen-efsartları ile ilgili olarak bunların "zahmetsizce okuna-
bilecek bir tarzda basılmış" olmalarını aramıştır. Bu hükmün, sigorta genel
şartları dışında da, kıyas yolu ile uygulanmasına bir engel yoktur²⁷. Sözü
edilen şart gerçekleşmemişse, karşı tarafa genel işlem şartlarını öğrenme

24) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1133. Bir an için, sözleşmenin kurulmasından sonra karşı
tarafa genel işlem şartlarının bildirilmesi sözleşme içeriğinde değişiklik yapma icabı
olarak görölse bile, karşı tarafın susması bu teklifin kabul edildiği anlamım taşımaz
(Bkz. **Havutçu**, not 13'de age, s. 126; **Medicus**, AT, N. 410; **Brox/Walker**, § 4, N. 35;
Koller, I, N. 557).

25) **LareD71Wolf**, 9.A., § 43, N. 10; **Brox**, N. 222; **Atamer**, not 6'da age, s. 65-66. -Kırş.
Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 156.

26) **Atamer**, not 6'da age, s. 66 vd.; **Havutçu**, not 13'de age, s. 81 vd., 84. -Alman Huku-
kunda, Federal Mahkeme ve öğreti en az üç kullanım için hazırlanmış olma şartını ara-
makta, ancak bu niyet sabit olmuşsa, daha ilk l,rullanımdan itibaren genel işlem şartları-
na ilişkin hükümlerin uygulanmasına izin vermektedir. Şurasını ekleyelim ki, bu hukuk
çevresinde, tüketicilerle yapılan sözleşmeler bakımından böyle bir sınırlama yoktur. Bu
ihtimalde bir defalık bir uygulama için öngörölen haksız şartlar bile genel işlem şartları
hükümleri çerçevesinde denetime tabi tutulur (Bkz. BGB § 310/ill, 2; **Brox/Walker**, §
4, N. 30, 65). -Anılan son noktada, Türk Hukukundaki benzer çözüm için bkz. aşağıda
N.26.

27) Buradaki gibi: **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö**, s. 159.

imkanı verilmemiş sayılır ve bunlara müşteri veya tüketici tarafından benimsenmiş gözü ile bakılamaz²⁸.

TKHK m. 6N1, teker teker saydığı tüketici sözleşmelerinin *en az 011 iki punto 'e koyu siyah harflerle* düzenlenmesini öngörmüştür. Bu hüküm, standart sözleşme niteliğini taşıyan veya taşımasın, tilin tüketici sözleşmelerinde uygulanacak bir hükümdür²⁸⁰.

- 16 Genel işlem şartlarının yalnız kolay "okunabilir" değil, aynı zamanda hukuk bilgisinden yoksun ortalama bir müşterinin kavramakta zorluk çekmeyeceği ölçüde "açık ve anlaşılabilir" biçimde kaleme alınmış olması gerekir. Örneğin, **"BK. m. 100/1 hükmü uygulanmaz"** şeklinde kaleme alınan ve yalnız bir hukukçunun gereği gibi değerlendirebileceği bir kayıt, "şeffaflık (saydamlık)" ilkesine uymaz ve müşteri tarafından benimsenmek suretiyle standart sözleşmenin içeriğine girmiş (yürürlük kazanmış) sayılmaz²⁹.

- 17 Avrupa Birliği Konseyinin 8.6.2000 tarih ve 2000/31/CE sayılı Yönergesine göre (m. 10/b. 3), elektronik sözleşmelerde ayrıca müşterinin genel işlem şartlarını kendi bilgisayarına yükleyip ondan bilgisayar yazıcısını kullanılarak azılı bir kopya çıkarma imkanına sahip kılınması zorunlu bir şart olarak öngörülmüştü⁹³.

b. Örtülü (zımni) benimseme ile

- 18 Öğretide bakım olan görüş, alelade tüketicilerle yapılan sözleşmelerde örtülü benimseme" kavramını kolay kol kabul etmeme eğilimindedir. Bu konuda bazı istisnalar tanınabilip tanınamayacağı tartışmalıdır. -- --

Aşağıdaki halde, böyle bir istisna kabul edilebilir: T.ru:aflaurasında..daha önce kurulmuş jş_jlişkile.rinde pj_r_t araf diğerine g_e_n_e_j_i_ş.Lem_ş artlanm vermiş ise, daha sonraki sözleşmelerde açıkça genel iş_l artların_y'alla-mi yapılmasa bile mü terinin ö:rtülü.Jcab.uliLile bınlann. y.ine sözleşm_ye dahil olaulan düşünülebilir. yeter ki önceki ilişkilerinden...bu y.ana uzun süreli7in1fesıntiaraya girmiş olmasın³⁰. Diğer bir istisna şu olabilir: Bir

28) Bkz. Köhler, 28.A., § 16, N. 17.

28a) Bu şekil şartına uyulmamış olmasının yaptırımı için bkz. aşağıda§ 26, N. 2.

29) Köbler, 28.A., § 16, N. 17; Palandt/Heinrichs, 64.A., § 305, N. 41. -Şurasını ekleyelim ki, gereği gibi açık olmamasına rağmen ilk aşamadaki denetimi (genel işlem şartlarının sözleşmeye girip yürürlük kazanıp kazanmadığına ilişkin denetim) aşma başarısını gösteren bir kayıdın, bu defa içerik denetimi aşamasındaki saydamlık (şeffaflık) ilkesine aykırılık engeline takılması mümkün olabilir (Bkz. Atamer, not 6'da age, s. 209).

29a) İsviçre öğretisinde aynı doğrultuda: Schwenger, 4.A., N. 45.06a -Anılan Yönerge'nin Fransızca ve Almanca metinleri için bkz. Amstutz/Picbonnai/Probst/Werro, Droit prive europeen, Directives choisies (Europaisches Privatrecht, Ausgewahlte Richtlinien), Beme/Athenes 2005, s. 532 vd.; 580, 581.

30) Bu düşüncede: Forstmoser, not 1'de age, s. 117. Aksi görüşte olan Kramer'e göre ise (Art. I, N. 194), bu ihtimalde dahi örtülü bir benimseme söz konusu olamaz.

işletmeci gc_!leJ islem şnrtnrıyl(!.işLcıllyop_tıgt.hufılısundn n"l ri i örneğin - if,cnndc ◆!l.12!ıgı göiünür iTuij]!ırln ve a .!} zışn alnııdu genel işlem şartla- rına yaptıgLyollamalarlılhatta yerine göre.genci işlem şartlau.-nlctnııı tes- lim ederek) uyannış, fakat bir süre devam eden sözleşme görüşmelerinden sonra. örneğin karşılıklı faks mesajlnrıyla sözleşme kurulurken genel işlem şnrtnlandnn tekrar söz açılmamışsa, o, müşterinin davranışını güven ilkesi- nin ışığında genci işlem◆artlarına ilişkin örtülü bir kabul olarak dcğcrlcn- dinckte haklı görülebilir ¹.

Bu konuda kabul edilen bir başka istisna ise şudur: Genci işlem şartla- rına açık bir yollama yapılmasının nispetiz güçlükler yōf açacağı bazı cluttmıhırdı;-sözleşmenln-kunıldıgu mahalde yer alan ve müşterinin gözüne batacal<ve rahat okunabflecek biçimde duvara asılmış genel işlem şartlan yeterli sayılabilir. BÜ sonuç, örneğin ◆netçilerle, otomobil,ear◆y er◆rini işleyenlerle yapılan sözleşmelerde olduğu gibi, sözleşmenin alelacele ve hiç konuşmadan kurulduğu ihtimallerde ("sessiz sözleşmeler") değer taşıyacak- tır³².

Buna karşı, İsviçre'de yaygın olan görüşe göre, bankalar, sigorta şirket- leri, taşıyıcılar gibi genel işlem şartlarına dayalı olarak sözleşme yapmaları mutlak olan kişiler karşısında dahi, alelade müşteri veya tüketicinin zımnen genel işlem şartlarını benimsediği kabul edilmeyecek ve sarıh bir yollama şart koşulacaktır³³. Bize daha gerçekçi gözükten diğer bir görüşe göre ise, enel işlem şartlarının varlığını bilen bir mü teri somut ola◆da, dür:üştlük kura mın ışığın a arşı tarafın bunları kurulacak sözleşmenin içeriği haline getirmek istediğini anladığı y eyJLgerekli özeni österseydı anlayabilececek durumda b4lunduguyak.i.Lonun-genel-işlem şartlarını da- hesab◆k'alması ◆e.nir .dolay.ıslYJa olay.ın öz◆lliklerine gör◆ örtülü benimseme gerçek- leşmiş say◆◆◆bilir³⁴. Oysa, bankalar, sigorta şirketleri ve taşımacıların genel 1 ş lem şartlarına dayalı olarak çalışmaları genellikle bilinen.ı alışılmış bir olgudur. Bu sebeple, olayda aksi sonuca götürecek özellikler yoksa, bunla- rll müşteri tarafından örtülü biçimde kabul edilmiş sayılmaları mümkün- dür³⁵. Ne var ki, 'Türk bankacılık uygulamasında sık sık rastlandığı gibi, bankaların imzalanmış sözleşmenin hır nüshasını müşterilerine vermekten ... kaçındıkları ihtimal teroe, metni sözleşmeyle birlekte müşteriye verilmemiş ge-n-el işlem şartı-atına aay◆ nma lCöürüstlük l furalıyla bağdaşmaz. Bu konu- aalcrispat külfeti bankalara aittir.

31) Bkz. Atamer, not 6'da age, s. 100.

32) Medicus, AT, N. 411; Kramer, Art. 1, N. 195; Forstmoser, not l'de age, s. 110 ve not 71.

33) Kramer, Art. 1, N. 196.

34) Havutçu, not 13'de age, s. 122.

35) Larenz/Wolf, 9.A., § 43, N. 22.

Şu noklayı ekleyelim İcİ, 4822 sayılı kanunla değişik TKHK m. 10/I ve 10/A uyanca, bankalarla tüketiciler arasında yazılı şekilde yapılması öngörülen "tüketici kredisi" ve "kredi kartı" sözleşmelerinde, bankaların tüketiciye sözleşmenin bir nüshasını vermesi zorunlu kılınmıştır. /

c. Global ben'imseme ile

- 19 Şekil 1'deki açıklarolardan anlaşıldığı gibi, bazı-istisnalar-dışında, genel işlem şartlarının alelade müşteri tarafından benimsenmiş sayılması için, diğer tarafın bunlara as ikça yollama yapması ve müşterinin bunları öğrenmek durumunda olması şarttır. Bu şartlar gerçekleşse aafı, 6ızae olsun, yabancı ülkelerde olsun realite şöyledir: Hemen hemen hiçbir yerde, kendisine yollama yapılan ve öğrenme imkanı verilen genel işlem şartları okunmamakta (okünsaydı dahil, içerdikleri teknik hükümler dolayısıyla çok defa doğrultörüst-anfaştılmalan-nriimkün olmayacak idi) ve müşteriler tarafından genellikle "global"-biçiride, yani okunmadan, düşünmeden, anlaşılmadan olduğu görülmektedir. Böyle global bir benimseliş kuşkusuz geçerlidir³⁶.

Öğretide global kabulün geçerliliği, okunmadan imzalanan belgelere ilişkin bilim görüşle paralellik kurularak kabul ediliyor³⁷.

- 20 Bu yoldan bir bütün olarak benimsenen genel işlem şartlarına karşı, müşteriyi zorlamak ihtiyacı çok açıktır. Bunun için, özellikle aşağıdaki yollara başvurulabilir:

/ - *Bireysel anlaşmaların genel işlem şartlarına üstünlüğü ilkesi*
/

Genel işlem şartlarının mevcudiyetine rağmen, belirli bir noktada, taraf- lar arasındaki sözleşmede genel işlem şartlarına ters düşen bir hüküm kabul edilini se sonraki özel hüküm o aral<bu a ma a üstünlük tainııacak ve genişlem..şartlarındaki hüküm..u.y:gulanmayacaktır³⁸. —

36) Özellikle bkz. **Wessner**, not 11'de age, s. 177, 180; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 1130.

37) **Kramer**, Art. 1, N. 190.

38) **Jiiggi/Gauch**, Art. 18, N. 471; **Forstmoser**, not 1'de age, s. 121 - Genel işlem şartlarındaki yer alan bir hüküm, bu şartlara aykırı bir bireysel anlaşmanın geçersiz veya ancak belirli bir şekilde yapılmışsa geçerli olacağını öngörmüş olabilir. **Forstmoser'in** yerinde olarak belirttiği gibi, böyle bir hüküm genel işlem şartından ayrılan bireysel anlaşmaları kesin biçimde engelleme gücünden yoksundur, zira bireysel anlaşma doğrudan doğruya anılan hükmü de değiştirmiş olabilir. Hiç kuşkusuz, bu gibi durumlarda dikkate alınması gereken bir başka husus, bu tarz bir hüküm ile işletme adına bireysel anlaşmayı yapacak temsilcinin temsil yetkisinin sınırlanmış sayılabiliş sayılamayacağıdır ki, bu sorunun cevabı ilgili hükmün ne tando yorumlanacağına bağlıdır (**Forstmoser**, s. 121, not 154).

ene! işlem şartlarında yer alan ol-a al l dışı (kekleülmeJl. en) ve J_O-sırtıcı ka it arm sözle?me e dahil olmamış sayılması

Müşterinin genel işlem şartlarını kabul ederken önceden hesaba katması onitl:m beklenerneyecrk olan. somıntairoı-ray?r-sı7ıpriz teşkil-efd?ııou gioı l<ayıtlar onun...kabuLbeyanının içeriğine dahil sayılamaz ?a..karşı ileri sürülemez. Bu sonu , _gi! e _jl.kesi..ile açıklanabilir. Genel ?em şartlarını düzenleyen taraf, olayda müşteri bu konuda açıkça i?az ilnuş olmaıkça, om.ı.rıkaoul be anında ifa esini bulaoiradesinin...bu gibi ?tlan c:ıa--kapsanÜna alm?dığını bileb ?ecek d?dadır. Şu halde, o diğer tarafın kabul beyanını bu gibi olağan dışı kayıtların da benimsendiği anlamında yorumlayıp buna güvenmiş olduğunu ileri süremez. Sonuç olarak, bu gibi kayıtlar hiçbir zaman sözleşme içeriğine girmemiş kayıtlar olarak görülür³⁹. İsviçre'de, özellikle yetkili mahkemeyi değiştiren veya taraflardan birinin (genel işlem şartlarını hazırlayan tarafın) kanuni yükümlülük ve sorumluluklarını, iş hayatında adet olanın üstünde veya dışında kaldıran kayıtlar bakımından bu ilkenin uygulama alan bulacağı belirtilmektedir⁴⁰.

Federal Mahkeme'ye göre, sözleşmenin niteliğini esaslı biçimde değiştiren veya belirli bir sözleşme tipi için kanunda öngörülen çerçeveden önemli ölçüde ayrılan kayıtlar sözleşmeye yabancı, dolayısıyla olağan dışı sayılır⁴¹.

"Olağan dışı (alışılmamış)" ve "şaşırtıcı" kayıtlar arasında bir aynın y?ılması doğru aegil<ir⁴²?0lağanrusrbtrk?ıt 15..iftaraft? sözleş?eye yabancı kalan, diğer yandan _ıia karşı tarafın görüş ufkunun dışında yer al-

39) **Kramer**, Art. 1, N. 190, 204; **Bucher**, AT, s. 156; **KöhJer**, 28.A., § 16, N. 20; **Larenz/Volf**, 9.A., § 43, N. 25; **Havutçu**, not 13'de age, s. 133; **Gauch/Schlupe/ Schmid'in** (N. 1141a) bu görüşe karşı çıkarak, bu gibi kayıtların dürüstlük kuralı gereği geçersiz olacağını ileri sünnesi şu bakımdan da isabetsizdir ki, MK. m. 2 hükmü sözleşmelerde içerik denetimi yapılmasına elverişli bir hüküm değildir (Bkz. aşağıda § 42, N. 50).

40) **Merz**, FG Schönenberger, s. 148-150; **Bucher**, AT, s. 156; **Kramer**, Art. 1, N. 201-204. İsviçre'de, Federal Mahkeme, alelade bir müşterinin yetkili mahkemeyi değiştiren genel işlem şartlarını kabul etmiş sayılması için, onun bu kaydı fiilen öğrenerek ve içeriğini doğru biçimde anlayarak buna muvafakat etmiş olmasını aramaktadır (BGE 104. la. 279; krş. BGE 109. la. 57. Bu son kararda, bir önceki kararda benimsenen ilke geliştirilip, tamamlanmıştır). Ne var ki, 1 Ocak 2001'de yürürlüğe giren bir kanun değişikliğiyle, tüketici sözleşmelerinden, taşınmaz kiralannndan ve hizmet ilişkilerinden doğan davalarda yetkili mahkemeyi değiştiren kayıtlara bundan böyle izin verilmemektedir (**Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 1145a).

41) Bkz. BGE 109.II.452; 119.II.443.

42) Krş. **Atamer**, not 6'da age, s. 115, 109. -Yargıtay 3 HD.nin 2.5.1998 tarih ve E. 1998/4263, K. 1998/6098 sayılı kararında (YKD 1998/8, s. 1141) "alışılmamış kayıtların geçersiz, şaşırtıcı kayıtlara ise sözleşmenin içeriğinden dahi sayılmayacağı" ifade edilerek, hem bu iki tip kayıt arasında hem de bunlara bağlanacak yaptırım bakımından fark gözetildiği görülüyor ki, bu düşünceye katılmak mümkün değildir.

<lığı için onun açısından şaşırtıcı bir nitelik taşıyan bir kayıt: ŞU-balde, !aydın sbzleşmeye ya önci kalması dolayısıyla "olağan dışı (alışılmamış)" sayılması bu kavramın örneği Hif, "şaşırtıcı" olması ise sübjektif unsurunu oluşturmaktadır⁴³. -Görülüyor- ki, bu deyimlerin her ikisi de, birisi kaydın öjetüif niteliğini, diğeri bunun diğeri taraf üzerindeki etkisini ön plana çıkarak aynı şeyi ifade etmektedir. Diğeri taraftan, biL..kaydın ..şaşırtıcı olmasına yol açan olağan❖.!. lığın, o kaydın sözleşmenin ilgisiz bir madde- s;-g:In❖ sıkıştırılıp gizlenmesinden veya genel işlem şartlarını kullananın daha önce yaptığı reklamlara ters düşmesinden kaynaklanmış olmasına da bjr engel yoktur .

Bir New York mahkemesi kararına konu olan olay hayli ilginçtir: Almanya'da ikamet eden, Almancadan başka dil bilmeyen bir kadının, Amerika Birleşik Devletleri'ne gidip dönmek üzere yaptığı❖ bir seyahatle ilgili sözleşmede İngilizce olarak kaleme alınmış çok maddeli genci işlem şartları yer alıyor ve bunlar çıkacak ihtilaflarda yetkili mahkeme olarak Amerikan mahkemelerini gösteriyordu. New York Mahkemesi yerinde olarak bu hükmün uygulanmasını reddetmiştir⁴⁵. Öyle sanıyoruz ki, bu olayda, yetkili mahkeme kaydının olağan dışı niteliği bir yana, karşı tarafa, bilmediği bir dilde yazılan genci işlem şartlarını öğrenme imkanının verilmediği, bu sebeple de bunların taraflar arasındaki sözleşmeye girmede rahatlıkla söylenebilir.

- 21 Genel işlem şartlarındaki kaydın "olağan dışı" olması ile, "haksız" olması birbirine karıştırılmamalıdır. Bunlar farklı kavramlardır⁴⁶. Olağan dışı kayıt, daha önce de belirttiğimiz gibi, işleme yabancı bir kayıttır❖undan, normal o işlemlerde yer almırsöyleyemeyec-ekl<ayılan anlamak gerekir. Bu durumda, önce bu kaydın olağan dışı bir nitelik taşıyıp taşımadığı ve buna bağlı olarak sözleşme içeriğine girip girmediğini araştırmak, daha sonra, iç❖rikte y_er alan k❖yıtların haksız olup olmadığını incelemek daha isabetli olur. Şu noktaya dikkatleri çekelim ki, sözleşme yapılırken müşteri bu konuda açıkça ikaz edildiği için, olağan dışı bir kayıt şaşırtıcı olma niteliğini kaybedip sözleşme içeriğine girmiş olabilir. Ne var ki, bu durum, söz konusu kaydın bu defa da haksız olup olmadığının incelemesine engel değildir⁴⁸.

2. Genel işlem şartlarının yorumlanması

- 22 Alman Hukukunda hakim olan görüşten farklı olarak, İsviçre' de, genel işlem şartlarının kanunların yorumlanmasında olduğu gibi, olayın özelliklerinden sıyrılmış olarak tamamen objektif bir tarzda yorumlanması kabul

43) Palandt/Heinrichs, 64.A., § 305c, N. 3-4; Laren/Wolf, 9.A., § 43, N. 25 vd.; Havutçu, not 13'de age, s. 135 vd. Ayrıca bkz. Gauch/Schluep/Schmid, N. 1141b.

44) Palandt/Heinrichs, 64.A., § 305c, N. 4; Medicus, AT, N. 417; Gauch/Schluep/Schmid, N. 1141b.

45) Berlioz, Le contrat d'adhesion, Paris 1973, s. 67.

46) Merz, FG Schöenberger, s. 151.

47) Schöenberger/Jiggi, Art. 1, N. 499; Kramer, Art. 1, N. 205.

48) Havutçu, not 13'de age, s. 141.

edilmiyor ve bu konuda, tüm bireysel sözleşmelerde olduğu gibi olayın bütün hal ve şartlarını gözönünde tutan güven ilkesine dayalı yoruma üstünlük tanınıyor⁴⁹. Bu düşünce Türk Hukuku için de geçerlidir.

Öte yandan, bir hükmün anlamı hakkında diğer yorum araçtan ile bir sonuca vanlamadığı, şüphe ve tereddütler devam ettiği takdirde, sözleşmeyi kaleme alan taraf aleyhine olan anlama üstünlük tanınması kuralı (*In dubio contra stipulatorem*) en büyük ve tartışma konusu olmayan uygulama alanını genel işlem şartlarının yorumlanmasında buluyor⁵⁰.

Her halde şu noktayı hiç gözden kaçırmamak gerekir ki, genel işlem şartlarının yorumlanması a amasına geçilebilmesi için, önce yukanda-(1) altında incelenen mesele bir çözüme bağlanmış, yani yorumlanacak hükümler arasında sözleşmenin içeriğine girdiği kesinleşmiş olmalıdır.

3. Genel işlem şartlarında içerik denetimi

a. İdari ön denetim

Genel işlem şartlarının, önceden idari makamlarca denetlenmesi ve ancak onrar tarafından onaylanan hükümlerin taraflar arasında kurulacak sözleşmelerde kullanılmasına izin verilmesi, bizde, orta genel şartları alanında öteden beri yürürlükte olan bir sistemdir.

Gerçekten 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu'nu yürürlükten kaldıran (m. 45) 5684 sayılı ve 3.6.2007 tarihli Sigortacılık Kanunu m. 11 hükmüne göre "Sigorta sözleşmelerinin ana muhtevası, Müsteşarlıkça onaylanan ve sigorta şirketlerince aynı şekilde uygulanacak olan genel şartlara uygun olarak düzenlenir". Buradaki "Müsteşarlık", Hazine Müsteşarlığı anlamını taşımaktadır (m. 2/i).

Bunun gibi, TTK. m. 1266/II, "Sigorta poliçesi ... İktisat ve Ticaret Vekaletince tasdik edilmiş ve zahmetsizce okunabilecek bir tarzda basılmış olan sigorta umumi şartlarını ... ihtiva eder" hükmünü içermektedir.

İdari yoldan gerçekleştirilecek ön denetim, bazı aşırı ve haksız hükümlerin daha uygun şekilde tasfiyesini sağlayabileceğinden belirli sınırları içinde olsa bile, yarar sağlayabilir. Tersinedüşünce erin tle-bulunmasına rağmen, blitüngenel iş em şartları Çin böylefür-sis enfe Başvurulması, başka sağıncalan bir yana, b.İ.İ.İ. için kuüiacaK örgütleri ve sistemin

49) Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 465 vd.; Hugueoio, OR, N. 278 ve orada anılan Federal Mahkeme kararları. - Krş. Kramer, Art. 1, N. 218-219.

50) Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 451-452; Kramer, Art. 1, N. 221, 109.

51) Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 464.

bürçsi çarkı wnde eriyip git.ine ibtılJlalinLdikkate aldığıımızda bize uygun.gf zükümüyo².

/ Şurasını ekleyelim ki, genel işlem şartlarının öncedeLhir- idari denetimden geçmiş olması, sonradan bunların bu defa ğa yargısal bir denetime tıbı tufuTll! as ırı enge emez ve engellemelidir⁵³.

b. Yargısal denetim

24 Burada, idari' denetimden farklı olarak, sonradan (*ex post*) yapılan bir denetim söz konusudur. Bu konuda, Türk Hukukundaki durumu incelerken bir ayırım yapmak ve sözleşmenin karşı tarafında bir tüketicinin bulunduğu sözleşmeler ile diğerlerini birbirinden ayırmak gerekmektedir.

aa. Karşı tarafta bir tüketicinin yer aldığı sözleşmelerde içerik denetimi

25 Türk kanun koyucusu, Avrupa Birliği Konseyinin Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlara İlişkin 93/13/CEE Yönergesinden (Direktifinden)⁵⁴ çok geniş ölçüde esinlenerek, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 4822 sayılı kanunla değişik 6. maddesine konuya ilişkin hükümler koymuş, ayrıca yine sözü geçen Yönerge'yi esas alarak 13.6.2003 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik"i çıkarmıştır⁵⁵.

26 Avrupa Birliği Yönergesinin en başta gelen özelliği ise, doğrudan doğruya genel işlem şartlarıyla değicfiikat !JiTeyseL-sözleşmede yer alan haksız ılgılı olmasıdır:-Böylece, s.adece genel işlem şartlarıylıgılı b c !üzenlemeye nazaran tüketiciye daha gıni bir koruma sağlanmaktadır. Bu sistemde bireysel sözleşmede yer alan haksız şart ister genel iş em şartları- na dayalı olarak sözleşmeye gırm.İs, yani bireysel sözleşmeyibir standart sozle me e dönü türmüş olsun ister hi bir enel i lem artı bulunmaksızın sözle mede yer alsın. ır başka anlaımla taraflar arasındaki sözleşme ır

52) Bu konuda krş. **Merz**, FG Schönerberger, s. 157 vd.; **Baudenbacher**. Braucht die Schweiz ein AGB-Gesetz?, ZBJV, 1987, s. 522-523; **Kramer**, SJZ 81 (1985), s. 33 vd.; **Wessner**, not 1 l'de age, s. 186 vd.

53) Bkz. Merz, in: Richtcrliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Frankfurt/M-Berlin 1968, s. 76; **Havutçu**, not 13'de age, s. 49-50.

54) Bu Yönergenin Fransızca ve Almanca metinleri için bkz. **Amstutz/Picbonnaz/Probst/Werro**, Droit Prive European, Directives choisies (Europaisches Privatrecht, Ausgewahlte Ricbtlinien, Beme/Atbenes, 2005, s. 64 vd.).

55) Gerek kanun değışikliğinin gerekse Yönetmeliğın Avrupa Birliğı Yönergesi esas alınarak hazırlandığı hususunda bkz. **Atamer**, Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açıbmlar, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Annağan, Ankara 2004, s. 291 ve not 2; **Zevkliler/Aydoğdu**, not 13'de age, s. 157; **Aslan**, s. 274. Ayrıca bkz. **Havutçu**, not 13'de age, s. 70.

standart s ö zLe ş m niteliğini taşıyın veya taşımasını, tüketici korunmaktadır⁵⁶.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesi de bu sistemi benimsemiştir⁵⁷. Örneğin, maddenin 2. fıkrasında "taflardan birini tüketici oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir" denmesi bunu açık biçimde göstermektedir. Bunun gibi, "Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse" diye başlayan 3. fıkradan, maddenin uygulama alanına giren sözleşmelerin sadece genel işlem şartlarına dayalı standart sözleşmelerden ibaret olmadığı anlaşılmaktadır. Kaldı ki, 6. maddenin birinci fıkrasında da korumayı sadece standart sözleşmelere inhisar ettiren bir açıklık yoktur. Bu durumda, bireysel sözleşmelerdeki haksız şartları esas alan böyle bir düzenlemede ister istemez bir aynın yapmak gerekecektir:

- Tüketici sözleşmesi satıcının veya sağlayıcının genel işlem şartları esas alınarak kurulmuş wz-bt! y u zden bir standart sbzleşnie-niteliğim kazainuşnıalJitir. Hu intimalde, genel işlem şartlarının benimsenmesi yolu ile till<etici sözleşmesine giren haksız -şar:tlann deJJ tlenmesi, ay-mamanda genel işlem şartlarının da denetlenmesi anlamını taşı-r. - -

- İkinci ihtimal, tüketici sözleşmesinin hiçbir genel işlem şartına davanmalisızın kurulmuş ofmasulii. Örneğin, satıcı, satış sözleşmesinde mutlalayıeralmasını istediği hükümleri bir taraflı olarak fakat tek bir kullanım 7çifilnızlftamTss daba önce açıkladığımız gibi burada genel işlem şartlarından söz edilemez. Bu ihtimalde, b@ysel tüketici sözleşmesindeki herhangi bir şartın haksız sayılıp geçersizliğine hükmedilmesi, genel işlem şartlarının denetlenmesi problemiJ n ak bir ilgisi bulunmaksızın, sırf olaydaki bireysel sözleşme hipcrnünün haksız dolayısıyla geçers sayılmas onucunu doğuracaktır. --

Tüketici sözleşmesinde yer alan bir kayıt ne vakit "haksız şart"⁵⁸ sayılacaktır? TKHK m. 6'nın bu konuda verdiği tarif şöyledir:

56) **Larenz/Wolf**, 9.A., § 43, N. 3, 15; **Brox**, N. 221; **Atamer**, not 55'de anılan Armağan, s. 296; **Atamer**, not 6'da age, s. 44; **Havutçu**, not 13'de age, s. 65 vd., 86-87, 219 not 538; **Aslan**, s. 277. Ayrıca bkz. **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 11S2. -Hakim görüşten ayrılarak, gerek Avrupa Birliği Yönergesinde gerekse bu Yönergeyi esas alan TKHK m. 6'da, doğrudan doğruya genel işlem şartlarına dayalı standart sözleşmelerin düzenleme konusu olduğunu ileri süren **Zevkliler/Aydoğdu**'ya (not 13'de age, s. 158-159) katılanuyoruz.

57) Özellikle bkz. **Atamer**, not 55'de anılan Annağan, s. 291,296; **Aslan**, s. 277.

58) Avrupa Birliği Yönergesi, bu konuda farklı bir deyim kullanmaktadır. Yönerge'nin Fransızca metninde kullanılan deyim "clauses abusives" deyimidir. Aynı anlama gelmek üzere Almanca metinde "missbriuchliche Klauseln" denmektedir. Bazı yazarlarca (Almanca deyimden hareket etmek suretiyle) bu deyimlerin karşılığı olarak verilen "kö-

"Satıcı ve alıcıların tüketiciyle müzakere etmeden, teli. Jal-sd/1 olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların söz eşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecekliğin tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşine koşutturliaksız-;arttır".-

Bu tanımdan hareket ederek, bu konuda aşağıdaki iki şartın arandığı söylenebilir:

- *Birinci şart: Satıcı* (Yönetmelikteki tarife göre "tüketiciye mal sunan gerçek veya tüzel kişiler"), *sağlayıcı* (Yönetmelikteki tarife göre "tüketiciye hizmet sunan gerçek veya tüzel kişiler") veya *kredi veren* (Yönetmelikteki tarife göre "mevzuatları gereği tüketicilere nakit kredi vermeye yetkili olan banka, özel finans kuruluşu ve finansman şirketleri")⁵⁹ tarafından *bir*

tüye kullanılabilir şartlar" çevirisini isabetli saymak imkânını göremiyoruz (Bkz. **Atamer**, not 55'de anılan Annağan, s. 303-304; **Havutçu**, not 13'de age, s. 66. Anılan yazarlardan **Atamer'e** göre, "kötüye kullanılabilir şartlar" deyiimi, "haksız şartlar" deyimine nazaran daha doğrudur). Bir defa, "missbrauchlich" kelimesi gerek Almanca-Almanca, gerekse Almanca-Türkçe Sözlüklerde verilen anlamıyla "kötüye kullanılabilir" diye çevrilemez. Örneğin, Duden (Deutsches Universal Wörterbuch) "missbrauchlich" karşılığı "absichtlich falsch, unerlaubt" demekte, Almanca-Türkçe Sözlüklerde de, buna paralel olarak "istimali yerinde olmayan; yersiz (kuUaois)" (**K. Steuenvald**, Almanca-Türkçe Sözlük) veya "suiistimal ederek, kötüye kullanarak, yersiz, densiz, haksız" (Fono Universal Almanca Büyük Sözlük) yahut "kötüye kullanan, usulsüz, yolsuz, kötüye kullanarak" (**O. N. Kıyğı**, Wörterbuch der Rechts-und Wirtschaftssprache-Hukuk ve Ekonomi TerimJeri Sözlüğü, Deutsch-Türk.isch, Almanca-Türkçe, München 1999; **Önen/Şanbey**, Almanca-Türkçe Sözlük, Ankara 1993) açıklamalarına yer verilmektedir. Fransızca "abusif" deyiimi bakımından da durum bundan farklı değildir. Fono Universal Fransızca Büyük Sözlük, "abusif" karşılığı "aşın, çok fazla; kanunsuz, usulsüz, yasaya aykırı" demektedir. Görülüyor ki, gerek Almanca "missbrauchlich" gerekse Fransızca "abusif" sözcüklerinin Türkçe karşılığı "kötüye kullanılabilir" değildir. Bu deyimler karşılığı "kötüye kullanılabilir şartlar" demek açık bir çeviri yanlışlığı oluşturmaktan öteye geçmemektedir. Kaldı ki, "kötüye kullanılabilir şartlar" deyiimi incelediğimiz olgunun özelliklerine de hiçbir şekilde uymamaktadır. Sözü geçen koşullar tüketici sözleşmesinin içine yerleştirilmiş bulunduğu göre, çoktan kullanılmış olan bu şartlar hakkında "kötüye kullanılabilir" deyimine yer verilmesi yanlış anlamalara yol açmaktan başka bir fonksiyon ifa etmez. Gerçekte bu deyimle kastedilen, karşı tarafça sözleşme içeriğini belirleme yetkisi kötüye kullanılarak sözleşmeye konulmuş şartlar olup, sözleşmede yer alan masum kayıtların sonradan kötüye kullanılabilir olması söz konusu değildir. Gerek Fransızca "abusif" gerekse Almanca "miss-briiuchlich" deyimleri ilerde gerçekleşmesi muhtemel kötüye kullanmaları değil, gerçekleşmiş kötüye kullanmaları ifade eder. "Haksız şart" ise, bu deyimlere Türkçe'de aslına tam uyan kısa bir karşılık bulmanın zorluğu yüzünden başvurulmuş ve (gerek Fransızca gerekse Almanca deyimlerin kapsamı dışına çıkmaksızın) söz konusu kötüye kullanmanın sonucunu ifade eden bir deyimdir. Kural koyma (sözleşme şartları belirleme) yetkisi kötüye kullanılarak oluşturulan ve karşı tarafa görüşmesiz empoze edilen şart haksız bir şarttır.

59) TKHK.. m. 6 hükmü, sadece "satıcı" ve "sağlayıcılardan" söz açmakta ve "kredi verenleri" anmayı ihmal etmiş bulunmaktadır. Yönetmelik (m. 2, 4/h) bu boşluğu doldurmaya çalışmaktadır. (Bkz. **Atamer**, not 55'de anılan Armağan, s. 294; **Aslan**, s. 286).

1. ...
 2. ...
 3. ...
 4. ...
 5. ...
 6. ...
 7. ...
 8. ...
 9. ...
 10. ...
 11. ...
 12. ...
 13. ...
 14. ...
 15. ...
 16. ...
 17. ...
 18. ...
 19. ...
 20. ...
 21. ...
 22. ...
 23. ...
 24. ...
 25. ...
 26. ...
 27. ...
 28. ...
 29. ...
 30. ...
 31. ...
 32. ...
 33. ...
 34. ...
 35. ...
 36. ...
 37. ...
 38. ...
 39. ...
 40. ...
 41. ...
 42. ...
 43. ...
 44. ...
 45. ...
 46. ...
 47. ...
 48. ...
 49. ...
 50. ...
 51. ...
 52. ...
 53. ...
 54. ...
 55. ...
 56. ...
 57. ...
 58. ...
 59. ...
 60. ...
 61. ...
 62. ...
 63. ...
 64. ...
 65. ...
 66. ...
 67. ...
 68. ...
 69. ...
 70. ...
 71. ...
 72. ...
 73. ...
 74. ...
 75. ...
 76. ...
 77. ...
 78. ...
 79. ...
 80. ...
 81. ...
 82. ...
 83. ...
 84. ...
 85. ...
 86. ...
 87. ...
 88. ...
 89. ...
 90. ...
 91. ...
 92. ...
 93. ...
 94. ...
 95. ...
 96. ...
 97. ...
 98. ...
 99. ...
 100. ...

1. ...
 2. ...
 3. ...
 4. ...
 5. ...
 6. ...
 7. ...
 8. ...
 9. ...
 10. ...
 11. ...
 12. ...
 13. ...
 14. ...
 15. ...
 16. ...
 17. ...
 18. ...
 19. ...
 20. ...
 21. ...
 22. ...
 23. ...
 24. ...
 25. ...
 26. ...
 27. ...
 28. ...
 29. ...
 30. ...
 31. ...
 32. ...
 33. ...
 34. ...
 35. ...
 36. ...
 37. ...
 38. ...
 39. ...
 40. ...
 41. ...
 42. ...
 43. ...
 44. ...
 45. ...
 46. ...
 47. ...
 48. ...
 49. ...
 50. ...
 51. ...
 52. ...
 53. ...
 54. ...
 55. ...
 56. ...
 57. ...
 58. ...
 59. ...
 60. ...
 61. ...
 62. ...
 63. ...
 64. ...
 65. ...
 66. ...
 67. ...
 68. ...
 69. ...
 70. ...
 71. ...
 72. ...
 73. ...
 74. ...
 75. ...
 76. ...
 77. ...
 78. ...
 79. ...
 80. ...
 81. ...
 82. ...
 83. ...
 84. ...
 85. ...
 86. ...
 87. ...
 88. ...
 89. ...
 90. ...
 91. ...
 92. ...
 93. ...
 94. ...
 95. ...
 96. ...
 97. ...
 98. ...
 99. ...
 100. ...

...göre, aym sonuç belirli bir sözleşme maddesinin sadece bazı hükümlerinin müzakere konusu yapılmış olması hali için de geçerlidir⁶⁴ ..

64) TKHK. m. 6/IV hülonü, "sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden, standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa. bu sözleşmedeki bir şartın belirli uşurların veya münferit bir lükünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısma bu maddenin uygulanmasını engel/eniez" diyerek bu hükmü sadece genci işlem şartlarına dayalı olarak kurulmuş sözleşmeler için öngörmüş gözükmeğedir. Böylece önceden, satıcı veya sağlayıcının tek bir kullanım için hazırladığı sözleşme şartlarının bir bölümü müzakere edilmişse, tüketiciye müzakeresiz dayatılan diğer sözleşme hükümleri, ortada genel işlem şartlarına dayalı bir standart sözleşme bulunmadığı için TKHK. m. 6'run öngördüğü "haksız şart" denetiminden kurtulmuş olacaktır. Madde gerekçesine göre "Madde ile, tüketiciler, satıcılar tarafından matbu olarak hazırlanan sözleşmelere karşı koruma altına alınmaktadır". Öyle sanıyoruz ki, bu maddede sözü edilen "standart sözleşme" deyimi teknik anlamda kullanılmış değildir. Bununla kastedilen, satıcı veya sağlayıcının bir taraflı olarak hazırlayıp tüketiciye dayattığı tilin sözleşmelerdir. Tüketicinin korunması açısından, önüne çıkarılan ve görüşme yapılmadan kendisine dayatılan sözleşme taslağının bir defalık lıullanım için mi (bu halde teknik anlamıyla standart sözleşme yoktur), yoksa birden fazla k.7. lıullanım için mi öngörölmüş bulunduğ u bir fark yaratmaz. Gerekçedeki "matbu" sözcüğü de sınırlayıcı bir yoruma tabi tutulmamalıdır. Zira, genel işlem şartlarının dahi mutlaka matbu ("matbaada basılmış, basılı") olması mecburiyeti yok--n.r. Maksud, taraflardan birinin önceden ve genellikle yazılı olarak hazırladığı sözleşme şartlarıyla tüketicinin karşısına çıkması ve bu şartları ona müzakeresiz empoze etmesine karşı tüketiciyi korumaktan ibarettir. Nitekim maddenin içerik denetimini düzenleyen ilk fıkrasında, "standart" sözleşme sınırlamasına (tıpkı model olarak alınan Avrupa Birliği Yönergesinde olduğu gibi) yer verilmemiş, "matbu" sözleşmeden de hiç söz edilmemiştir. Daha önce belirttiğimiz gibi, genel işlem şartlarını değil, fakat bireysel sözleşmedeki haksız şartları esas alan, ancak sözleşme genel işlem şartlarına göre kurulmuş bir standart sözleşme ise, genel işlem şartlarının da bu yoldan denetlenmesi imkanını yaratan bu yasal düzenleme çerçevesinde, teknik anlamıyla standart sözleşme bulunmayan hallerde, sırf sözleşme şartlarının bir bölümü müzakere edildi diye, müzakere edilmemiş diğer haksız şartlara karşı tüketicinin bu kanun açısından himayesiz bırakılması, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 1. maddesinde açık ifadesini bulmuş tüketiciyi koruma amacıyla hiçbir şekilde bağdaşmaz. Kaldı ki, bir önceki fıkrada "Eğer bir sözleşme şartı önceden Jazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse. o sözleşme şartının Jüketiciyle müzakere edilmediğı kabul edilir" diyen ve teknik anlamda bir standart sözleşmenin varlığını zorunlu kılmayan bir kanunun, bir sonraki fıkrada, kısmi müzakere halinde tüketiciyi müzakere konusu olmamış bölüme ilişkin olarak sadece standart sözleşmelerde koruyan bir düzenleme getirmesini makul bir şekilde açıkJamak imkanı da yoktur. Son olarak şu noktayı ekleyelim

ki. bir an için bu anlayışın kabul görmediğini farz edersek. bu defa meselenin çözümünü gerçek olmayan kanun boşluğu (hukuk politikası boşluğu) kavramında aramak gerekecektir (Bu kavram için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras Hukuku, 3. bası, İstanbul 1987, s. 138, not 9 ve oradaki yollamalar). Buna göre, belirli bir konuda kanunda bir hüküm bulunmakla birlikte, bu hüküm düzenlediğı konuya sadece lafzı (sözü) açısından uymakta, ruh ve amacı açısından ise hıç uymamakta, yani kanun içinde bir yabancı cisim gibi durmakta ve kabul edilmesi imkansız sonuçlara götürmektedir. Bu hükme dayanıp aynen uygulanmasını istemenin MK. m. 2/II anlamında bir hakkın kötüye kullanılması sayılabileceğı durumlarda, artık ortada hakimın MK. m. 1 hükmüne göre uygun bir normla doldurabileceğı bir boşluğun bulunduğu kabul edilecektir. İncelediğimiz meselede, TKHK. m. 6/TV hükmü bu şartları tam olarak gerçekleştirmektedir. Özellikle şu noktaya ayrıca dikkatleri çekelim ki, bu hüküm sözüne uygun biçimde aynen uygulandığı takdir-

Bu açıklanmaların ışığında aşağıdaki örnekte TKHK. m. 6 anlamında bir müzakereden söz edilemez:

- *Satıcı: Sözleşme metnini hazırladık, buyrun okuyun ve imzalayın:*
 - *Tüketici: Hıletui okuduın, aıJcak bu 111 tı11de benim s ok a!!J!ume liiküm-
 ler goniıyorunı Bunlarda bazı değişiklikler yapmak ge:েকেcek;- --Satıcı:
 Bu sözl(JşLJJ! piyasada kullanıla ı lzenzer sözleşmelere uygun piçimdehazır-
 lanmış, hier ild tarafı da koruyucu hüküniler içeren dengeli bir sözleşmedir.
 6.iu, olduğu gibi kabul etmezseniz bu iş yüüimez. Lütfen imzalayın; -Tüke-
 tici: Kale11111iz var mı?"*

29

Müzakere konusunda en önemli problem ispat külfetiyle ilgilidir. Yukarı-
 nda belirtilen anlamda bir müzakerenin gerçekleştiğini ispat etmek hayli
 zordur. B ö v..k bir müzakere aşamasından geçilmediğini is P-at etmek isteyen
 tüketicinin karşılaşacağı zorluklar bt.11!dan da fazlaadır. Tüketicinin Korun-
mas 1 RaklsırıdaKanun ouKonuaa ispaLyikünü.Jiketicj nin lehine o!arak,
müzakerenin yapıldığını ileri süren satıcı veya sağlayıcıya yüklemiştir (m.
67111.Kış. m. 6N). - - - - -

Bu konuda, bir yandan TKHK. m. 6/III ve Yönetmelik m. 5/1 hükümleriyle, diğer
 yandan TKHK. m. 6N ve Yönetmelik m. 5/III hükümleri arasında bir uyumsuzluk var-
 dır. Şöyle ki,

30

- TKHK. m. 6/III ve Yönetmelik m. 5/1'e göre, "bir sözleşme sarh önceden hazır-
 lanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki
 edememisse" o şartın müzakere edilmeksizin sözleşmeye girdiği yolunda bir karine
 oluşur ve bunun tersi Oı isp at tük et içiy deği Lsancı, sağlıcıyı veya kredi veren kuruu-
 mundaki karŞ! tarafa düşer. Görüldüğü gibi, bu hüküm standart tüketici sözleşmeleriyle,
 (hükümleri satıcı veya sağlayıcı tarafından bir taraflı olarak önceden hazırlanmış) bi-
 reysel tüketici sözleşmeleri arasında bir ayırım yapmamaktadır.

- Buna karşı, TK.HK. m. 6N ve Yönetmelik m. 5/III "Bir satıcı veya sağlayıcı, bir
 standart şartın münferiden tartışıldığını ileri sürüyorsa, bunu ispat yükü ona aittir" diye-
 rek bu sonucu sadece standart sözleşmede öngörülmüş şartlar için kabul etmiş gözüük-
 mektedir. Şu halde, anılan son hükümlere sıla sıkıya sadık kalınırsa, bir satıcının bir de-
 fa kullanmak üzere hazırladığı sözleşme şartlarını karşı tarafa dayatması suretiyle kuru-
 lan bir sözleşme, genel işlem şartlarına dayalı bir standart sözleşme niteliğini taşımadı-

de, bir bireysel tüketici sözleşmesi kurulurken önemsiz bir iki maddenin müzakere edil-
 mesi ve asıl tüketiciyi perişan eden haksız şartların müzakeresiz dayatılması halinde, sırf
 suya sabuna dokunmayan sözleşme hükümleri müzakere edildi diye, müzakeresiz kabul
 ettirilen haksız şartların denetlenmesi (TKHK. m. 6/TV hükmü sözüne uygun biçimde
 uygulanıp) engellendi mi, bundan böyle satıcıların ve hizmet sağlayıcıların bu yola baş-
 vurnası sonucu, *genel işlem şart/arma dayalı olmaksızın kunılan* (kısmen müzakere
 edilmiş) tüketici sözleşmeleri fiilen TKHK. m. 6/1'in kapsamı dışında, yani bu kanun
 açısından denetimsiz bırakılmış olacaktır. Hiçbir şekilde kabul edilemeyecek olan ve
 kanun koyucunun tüketiciyi koruyucu amacına açık biçimde ters düşen böyle bir sonuç,
 son çare olarak, gerçek olmayan boşluk kavramına başvurarak engellenebilir. Böylece,
 varlığı tespit edilen boşluk, TKHK. rn. 6/IV'de yer alan çözüm standart sözleşme niteli-
 ğini taşımayan, ancak sadece bazı hükümleri müzakere edilmiş geri kalanı dayatılmış
 tüketici sözleşmeleri için de geçerli sayılarak doldurulacaktır.

ğından, ispat yükü yer değiştirecek ve tüketici müzakere yapılmadığını ispat etmek gibi genellikle yerine getiremeyeceği bir külfet altına sokulacaktır.

Bizce, bu iki grup hükümden hangisine üstünlük tanınacağı araştırılırken ister istemez Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un sırf tüketicileri korumak üzere çıkarılmış bir kanun olduğunu ve bu hususun kanunun 1. maddesinde açık ifadesini bulduğunu gözden kaçırmamak gerekir. Açıktır ki, tüketiciyi ilgili sözleşme hükümlerinin müzakere edilmeksizin kabul edildiğini ispat etmek gibi kural olarak altından kalkamayacağı bir külfetle başbaşa bırakmak, bu kanunun temelinde yatan tüketiciyi koruma düşüncesi ile hiçbir şekilde bağdaşmaz. O halde, hiç tereddütsüz, birinci grupta yer alan TKHK. m. 6/III ve Yönetmelik m. 5/1 hükümlerine üstünlük tanımak ve bir taraflı dayatılan tüketici sözleşmesi bir standart sözleşme niteliğini taşımasa bile, haksızlığı iddia edilen hüküm veya hükümlerin müzakere edilmiş olduğu yolundaki ispat külfetini satıcı, sağlayıcı veya kredi verene yüklemek yerinde olur⁶⁵.

31/

Genel işlem şartlarına dayalı olarak veya olmaksızın, sözleşmede JI..

C-1

alantirir/ulmm, bu soz'!!smenm 22m 2i1fiiüflerımı 1 pazarlık ve mü:ak?e: konusu yapıldığım bilairiyorsa, sözleşme altında imzası bulunan tüketici açısınaaüispat yükü yer değışJirmişvayılabilir mi? Bu sorunun cevabı ofumsuzaur. A.Ksı çözüm-kabul edilseydi, müzakerenin fiilen gerçekleştiğini ispat etme külfetinden kurtulmak isteyen satıcı, sağlayıcı veya kredi verenler böyle bir hükmü sözleşme metnine ekleyerek kanunun öngördüğü çözümü büyük bir kolaylıkla bertaraf etme im.kanını kazanırlardı^{65a}. Bizce, müzakerenin yapıldığına ilişkin tüketici beyanının sözleşme metninde değil, ayn bir belgede yer alması da durumu değiştirmez. Zira, imzalanmak üzere tüketicinin önüne önceden hazırlanmış sözleşme metnini koymakla, hem bu metni hem de (gerçekte bir müzakere yapılmadığı halde) tüm sözleşme maddelerinin pazarlık konusu olduğunu beyan eden ayn bir belgeyi koymak arasında bir fark gözetilemez. Asıl sözleşmeyi imzalamak?cbu-?yetini hisseden tüketici, diğer belgeyi de boynunu büküp imzalar. Görülü: or ki, sonucu beltrleyecelc olan husus, tüketicinin imzasını taşıyan bir be-Yi!Il değıtl, Jalc!! t müzakerenin ger çekten ve fiilen ya ılmı olmasıdır. Bunun ispatı ise, kanun gereği, önceden sözleşme şartlarını bir taraflı olarak hazır-

65) Aksi görüşte: **Atamer**, not 55'de anılan Armağan, s. 299-300. Bu yazarın bir yandan TKHK. m. 6/III ve Yönetmelik m. 5/1 hükümlerini, diğer yandan da Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un sadece tüketicileri korumak üzere çıkarılmış bir kanun olduğunu tamamen göz ardı ederek, standart sözleşme niteliğini taşımayan. ancak şartları satıcı veya sağlayıcı tarafından bir taraflı olarak hazırlanıp dayatılan tüketici sözleşmelerinde, tüketiciye müzakere aşamasının gerçekleşmediğine ilişkin (olayların çok büyük bir çoğunluğunda yerine getiremeyeceği) ispat külfetini yüklemesi hiçbir şekilde kabul edilemez. Bir Yargıtay kararında yer alan ve bir kanun amacını bizzat kendisi açık biçimde belirttiği zaman bunun önemini vurgulayan şu ifade her zaman değer taşır. "Yasanın lafzı, amacını açıkça ortaya koym? ise başka bir yorum yoluna gidilemez" (Yarg. 10. HD., 27.6.2001, E. 2001/3653, K. 2001/5041, YKD. 2002/6, s. 873).

65a) Bkz. **Palandt/Hcinrichs**, 64.A., § 305, N. 19, 24; § 309, N. 101; **Larenz/Wolf**, 9.A., § 43, N. 17; **Köhler**, 28.A., § 16, N. 8; **Jauernig**, § 305, N. 10; § 309, N. 21; **Atamer**, not 6'da age, s. 73, not 66.

İnmiş bulunan satıcı, sağlayıcı veya kredi verene yüklenmiştir. O halde, tüketiciler lehine öngörülmüş haksız şart denetiminin tamamen saf dışı bırakılmasına yönelik m üz kere !}.in fiilen er ekle ti-i iddiası ak güçlü
VE SORU ısar t l ne yer bırakm.Eyacak gelillerin varlığı alind kabu Eile-
bilir. Bu _ispat her sözleşme maddesi, hatta her sözleşme hükmü (şartı) için
ID"! a n_yapılınlahıd^{6b}.

= İkinci şart: Sözleşmede yer alan bir veya birden fazla hükmün, tiiketi- 32
ci aleyhine, tarafların karşılıklı hak ve borçlarında dürüstlük kuralına 7iykı-
rı düşecek ölçü7Te-öüer11/i birclengeslz{{gg_y_o_ açınası -

Derhal belirtelim ki, dengesizliğin "önemli" ölçüde olması gereği **TKHK**. m. 6/I hükmünde belirtilmiş değildir. Oysa, Avrupa Birliği Yönergesinin (m. 3/I) Almanca metninde "önemli ve haksız", Fransızca metninde ise "önemli" bir dengesizlikten söz açılmaktadır. Alman Hukukunda 2002 yılı başında yürürlüğe giren değişiklikler çerçevesinde, BGB § 307/1, "*di-iistlik kuralına aykırı olarak tüketiciyi önemli ölçüde mağdur eden*" bir oeiigesizlikten--bahsetmektedir. Bizde-de,ouna paralel bir sonuca, TKHK. m. 6/I'de yer alan "*iyiniyet ("dürüstlük" diye anlamalıdır) kuralına aykırı düşecek biçimde*" ibaresinden hareket ederek ulaşılabilir. Zira, dürüstlük kuralına aykırı sayılacak düzele ulaşmış bir dengesizliğin önemsiz bir dengesizlik olması düşünülemez⁶.

Şimdiden belirtelim ki, Avrupa Birliği Yönergesi m. 4/II hükmünden hareket eden Yönetmelik (m. 6/III), haksız şartların denetlenmesine aşağıdaki istisnayı getirmiştir:

"Sartların liaksızlığınrn takdirinde, bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille kaleme alınmış olmak koşuluyla, gerek sözleşmedenaogan-as-lieğim yü-kwiilu:lükferJ.cjrasındaki, gei:_ekse mal l!ey_a-hızıüeti-ngerçek değ?ri ile sözleşmede belirlenen fiyatı arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendinne yapılamaz-".

Bu istisna, öğretilerde, daha kısa ve açık biçimde "edim-karşı edim dengesi"ni ilgilendiren kayıtların" denetim dışı bırakılmış olduğu şeklinde ifade edilmiştir. Şu halde, "mal bana çok pahalıya satıldı" diye bir iddia TKHK. m. 6'nın j:>ngördüğü içerik denefiminin apsamfiia-gırnıyecektr Derhal ekleyelim ki, anılan istisna, serbest piyasa ekonomisinin hakim olduğu bir ortamda fiyat kontrolünün ilke olarak söz konusu olamayacağı yolundaki

65b) Bkz. not 65'a'da anıJan **Larenz/Wolf**. -Şu noktayı ekleyelim ki, ayn ayn her sözleşme şartı (hükmü) için müzakere şartının gerçekleştiğine ilişkin ispat yükü sadece somut olayda ihtilaf (dava) konusu olmuş şartlar (hükümler) için söz konusu olacaktır.

66) Aynı doğrultuda: **Atamcr**, not 55'de anılan Armağan, s. 309; **Aslan**, s. 291.

gerekçe ile, karşı tarafını tüketicinin oluşturduğu veya oluşturmadığı tüm genel işlem şartları için geçerlidir⁶⁷.

- 34) İnceleme konusu yaptığımız ikinci şartta iki kavram yansıtılmaktadır. Bunlardan birincisi tüketici aleline ne gerçekleşen önemli dengesizlik kavramıdır. İkinci kavram ise, (kanunda yanlış olarak "iyiniyet" diye ifade edilen) dürüstlük kuralıdır. Bir şartın "haksız" sayılabilmesi için bunların her ikisi de gerçekleşmeli, yani karşılıklı hak ve yükümlülükler arasındaki dengesizlik, bunun dürüstlük kuralına aykırı sayılmasını gerektirecek bir düzeye yükselmiş olmalıdır. Burada asli unsur "dürüstlük kuralı" değil, eklemler arasında tüketici aleyhine gerçekleşen "dengesizlik"tir. Sözleşme şartı dünün istikrarlı kuralına ters düştüğü için değil, tüketici aleyhine yaratılmış önemli dengesizlik sebebiyle haksız sayılmaktadır. Dürüstlük kuralı, bu dengesizliğin derecesini ölçmekte başvurulacak yardımcı bir unsurdur. Ancak, dürüstlük kuralına aykırı düşecek dereceye erişmiş dengesizlikler haksız şart olarak nitelenmektedir⁶⁸. Su noktayı gözden kaçırmamak gerekir ki, içerik denetimi sırasında sadece Eylemleri bir hükümün incelemesiyle ilgili değildir. Tüketici aleyhine olan belirli bir hüküm, sözleşmenin bir başka maddesinde tüketiciye sağlanan önemli bir avantajla dengelenmiş olabilir. Şu halde, değerlendirme sırasında sözleşmede yer alan tilin hükümler dikkate alınmalıdır (Yönetmelik m. 6/UI)⁶⁹. Bütün bu incelemeler sırasında, hareket noktası olarak, sözleşmedeki ihtilaflı şart olmasaydı kanunun hangi tamamlayıcı hükmünün uygulanacağına bakmak ve taraf menfaatleri arasında adil bir denge kurduğu farz edilen kamına dalaşlı çözüm ile sözleşmede öngörülen çözümü karşılaştırmak yerinde olur⁷⁰.

35

Seffaflık (saydamlık) ilkesi genel işlemlerin açık ve anlaşılır olması zorunluluğuna daha önce değinmiştik (Ayrıca bkz. Yönetmelik, m. 6/I) Bu konudaki denetim ilk aşamada söz konusu hükümlerin rümlük kazanı kazanmadığına, yani soz konusu inni saylla hllip sayılamayacağına ilişkin inceleme enn yap cığı sıra a söz konusu olur. B!! denetim başarıyla atlatılmış ise, oüaefa ilcincLaşaoıada yo- lıfı y_olu_yla denetim karştımlıZA. Ve iyi anlaşılmalı. an sözleşme hüki.gnleri onları kalem alan aEhine dola ısıyJ.Lkar:şıJ.araf (müşteri tüketici) lehine yorumlanır... Nitekim, Yönetmelik m. 6/IV uyarınca "Sözleşmede yer alan bir şartın ne anlama geldiği hukukun yorum yöntemleriyle belirlenemiyorsa, tüketici lehine olan yorum tercih edilir". Ne var ki, bu yoldan dahi bu tip hükümlerin elenmesi mümkün olınayabilir⁷¹. O

67) Bu açıklamalar için bkz. **Atamer**, not 55'de anılan Armağan, s. 3 I3; **At2mer**, not 6'da age, s. 220; **Larenz/Wolf**, 9.A., § 43, N. 4, 46.

68) Aynı yönde açıklamalar: **Aslan**, s. 289; **Larenz**, AT, s. 569 ve not 47; **Larenz/Wolf**, 9.A., § 43, N. 60.

69) Ayrıca bkz. **Palaodt/Heinrichs**, 64.A., § 307, N. 9; **Aslan**, s. 290. -Şurasını ekleyelim ki, Yönetmelik m. 6mI, "sözleşme konusu mal veya hizmetin niteliği" ve "sözleşmenin yapılmasını sağlayan şartlar"ın da dikkate alınmasını öngörmektedir. Ancak, Avrupa Birliği Yönergesi m. 4/1 hükmü esas alınarak yapıldığı anlaşılan çeviri çok aksamaktadır.

70) Bkz. **Palaodt/Heinrichs**, 64.A., § 307, N. 8; **Atamer**, not 55'de anılan Armağan, s. 305.

71) Bkz. **Larenz/Wolf**, 9.A., § 43, N. 33 vci, 71 vd.

mman. son nşnına olarak knrşım l l a içerik denetimi çıkar. Alman Hukukunda 2002 ba-şmdR gcr\`cklcşcn değışiklik sonucu Alman Medenj Kanununa giren bir hükümle (8GB § 307/1, 2), o zamana kadar Alman mahkemelerince benimsenmiş görüşe uygun olarak, müşterinin uygw l olmayan ölçüde mağdur edilmesinin genel işlem şartlarında yer alan hükmün açık ve anlaşılabilir olmamasından ileri gelebileceği de kabul edilmiştir⁷². Bizde, TKHK. m. 6 hükmünde böyle bir açıklık bulunmamasına rağmen, Tüketicinin Korunması Hakkında K:ının'da 6.3.2003 tarihli kanunla değışiklik yapılmasından önce ve sonra, aynı sonucun Türk Hukuku için de geçerli olduğu savunulmuştur⁷³. Dikkat edilecek nokta şuradadır: İlk iki aşamadaki denetimde, sadece hükmün açık ve anlaşılabilir olmaması üzerinde durulduğu halde, içerik denetimi aşamasında bu kadarı yetmeyecek, bunun yanında, bu yüzden müşteri (tüketici) aleyhine dürüstlük kuralına ters düşen ölçüde önemli bir dengesizliğin meydana gelmiş olması aranacaktır⁷⁴. Şurasını ekleyelim il.;, Alman öğretisinde, içeriğe ilişkin bu denetim tipinin fazla abartılmaması gerektiğine, zira genel işlem şartlarını kullanan tarafın ayrıca her maddenin yanına bunun açıklamalarnı eklemesinin, yani maddeleri teker teker şerh etmesinin beklenemeyeceğine özellikle ışaret edilmektedir^{75, 76}.

Bir sözleşme şartının haksız sayılabilip sayılamayacağını araştıran malı- 36
ke?lrot?y ta:ştrrrrra:k-iize?lfıl5ız ş art oriuelaedllin y e ri hp.esi, hem A?E_a Birliği Yönergesi, he_rp de AlmanMedenLKanunu (§_§ 308, 309) y?_hukumuzda Tüketicinin Korunması- Hakkında Kamın Em.; 6M1)- tara-
findan benimsenmiş bir sistemdir. Şu var ki, Alınan Hukukunda bizzat kanını
6u Örnekleri sıraladığı halde, bizde TKHK m. 6NII hükmü, Bakanlığı stan-
dard sözleşmelerde yer alan haksız şartların tespit edilmesiyle yükümlü kıl-
makla yetinmiştir. Bu yükümlülük 13.6.2003 tarihli Resmi Gazete'de yayın-
lanan Yönetmeliğe eklenen bir listeye yerine getirilmiş bulunmaktadır. Bu
listeye nazaran örneğin, ':şatıcı, sağlayıcı veya kredi verenin, sadece kendisi
tarafından belirlenen koşullarda eji.umum ıfa edeceği., buna karşılık tüketici-
nin Jierli?f?l! ifa ile yükümlü tutulduğu şartlar" (Ek n.0?3) veya"&!fE:sağ-
lcıyıcı veya kredi verene haklı şebep_lf![_in ':9!..?ığı dışında süresiz bir sözleşme-
yi h?r!zangi bir uyarıda bulunmaksızın feshetme hakkı tanıy<;yl,ŞEr_tlar" (Ek
no. 7) haksız şart sayılmıştır. Hiç kuşkusuz, bu listede öngörülmüş örnekler
sınırlayıcı değildir ve mahkemelerin bu örnekler dışında kalan sözleşme şart-
lannı da haksız şart olarak nitelermelerine bir engel yoktur⁷⁷. Nitekim, Yö-
netmelik (m. 5/IV) *"İşbu Yönetmeliğin ekinde, yol gösterici mahiyette ve*

72) Jauernig/Teichmann, § 307, N. I; Palandt/Heinrichs, 64.A., § 307, N. 16.

73) Atamer, not 6'da age, s. 209 vd.; Atamer, not 55'de anılan Armağan, s. 308.

74) Palandt/Heinrichs, 64.A., § 307, N. 20; Brox/Walkner, § 4, N. 53.

75) Medicus, AT, N. 429b; Palandt/Heinrichs, 64.A., § 307, N. 18.

76) BGB § 31 3m, ne vakit karşı tarafın uygun olmayan ölçüde mağdur edilmiş sayılabileceği konusunda iki adet yardımcı nitelikte özel kriter vennektedir. Bunlardan birincisine göre, kanundaki düzenlemeden ayrılan sözleşme hükmünü, bertaraf ettiği kanun hükmü-nün temelinde yatan ana düşünce ile bağdaştırmak mümkün değilse, uygun olmayan öl-çüde mağdur olma şartı ilke olarak gerçekleşmiş sayılacaktır. Aynı sonuç, sözleşmenin doğasına bağlı olarak doğan esaslı hak ve borçların, sözleşmenin amacının elde edilme-sini tehlikeye sokacak ölçüde sınırlandırılmış olması halinde de kabul edilecektir.

77) B.kz. Aslan, s. 288.

sınırlayıcı olmamak üzere haksız olarak kabul edilebilecek şartlar listesi yer almaJ...ladır" diyerek bu noktaya işaret etmiştir.

- 37 Acaba, anılan listede yer alan örneklerden birisi gerçekleştiği halde, malikeme, olayın özelliklerini göz önünde tutarak farklı bir değerlendirme yapılabilir ve ortada-haksız bir şart bulunmadığı sonucuna varmak imkanı tanınmıştır. Buna karşı, BGB § 309'da sayılan örnekler böyle bir değerlendirmeye kapalıdır ve hakim artık bu maddede öngörülen örneklerden birine uyan sözleşme hükmünü haksız ve dolayısıyla geçersiz saymak zorunluluğu altındadır⁷⁸. Bizde böyle bir ayırım yapılmamış olduğuna göre, Yönetmelikte öngörülmüş tüm örnekleri mahkemenin değerlendirmelerine açık örnekler olarak kabul etmek ve onun, dengesizliği telafi edici diğer sözleşme hükümlerini ve olayın özelliklerini dikkate alarak ortada haksız bir şartın bulunmadığı sonucuna varabilmesine imkan tanımak gerekir⁷⁹. Kaldı ki, Yönetmeliğin (m. 5/10) bu örnekleri "yol gösterici mahiyette" görmesi de bu sonucu destekler. Sadece yol gösterici nitelik taşıyan örnekler bağlayıcı olamaz.

Bankaların genel işlem şartlarında yer alan ve müşteriye karşı yapılan beyanların öğrenme ile ilgili beyanların ise öğrenme ile hüküm ifade edeceğini bildiren kayıtlar geçerli midir? Bu örnek Yönetmelikte öngörülmüş değildir. Bizce, kendi beyanlarına ilişkin rizikoları göndere anından itibaren (henüz bu beyanları öğrenme imkanına kavuşmamış) müşteriye yükleyen bankanın, kendisine karşı yapılan beyanlarda, öğrenme veya öğrenmede gecikme rizikolarını yine (bankanın mükemmel işlemesi gereken iç organizasyonun tamamen dışında kaldığı için bu konudaki ispat külfetini) bir zammı Yürürlükte getiremeyeceği müşteriye yüklemesi, taraflar arasındaki dengeyi TKHK 6/1 anlamında dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacak ölçüde banka lehine bozan bir hüküm olarak bir haksız şart sayılmak gerekir.

Tüketici sözleşmelerinde yer alan haksız şartlara ilişkin *yaptırım* ne olacaktır? Bu konuda, Avrupa Birliği Yönergesinden (m. 6/1) esinlendiği anlaşılan TKHK. m. 6/11 şu hükmü kabul etmiştir:

- 38 / *"Taraflarından birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketicici için bağlayıcı değildir."*

Derhal fark edileceği gibi, bu hükümde yer alan "tüketici için bağlayıcı değildir". ibaresi ayrıca açıklanmaya muhtaç bir ifade olmaktan öteye geçmemektedir. Yönetmelik ise, bundan farklı ve kendi içinde çelişkili bir düzenleme getirmiştir. Gerçekten Yönetmeliğin 7. maddesi, ilk cümlesinde

78) Lareoz/Wolf, 9.A., § 43, N. 54 vd.; Brox/Walker, § 4, N. 48-49.

79) Aynı doğrultuda: Aslan, s. 299.

haksız şartları "batıl" (kesin hükümsüz) saydığı halde, i²m²i cümlesinde "yok sayılan" hüliinlerden söz açmaktadır⁸⁰.

Bizce. yönetmeliklerin kanuna aykırı bir düzenleme getiremeyecekleri ilkesinden füirekeremlinei-ive mesele *1KHK. m²/Iliilunü-esas a marak çözüme0ağlanmahddi² Bu açıdan, bınada BK. m. 20/1 anlamında klasik anıainiyla kesin hükümsüzlük (butlan) yaptırınının söz konusu olduğunu ileri süren görüşe⁸¹ katılmıyoruz. Bu anlayış hem kanunda yer alan "tüketici için bağlayıcı değildir" ifadesiyle, hem de bu hükmün ve genel olarak Tüketiciyi Korunması Hakkında Kanun'un temelinde yatan tüketiciyi koruma amacıyla uyumlu olmaktan uzaktır. Şu halde, TKHK. m. 6/11 hükmünün öngördüğü yaptırım, BK. m. 20/1'de öngörülen klasik butlan kavramının, tüketiciyi koruma amacı çerçevesinde, "esnek hükümsüzlük (butlan)"⁸² anlayışına dayalı olarak biçimlendirilmesi ve anılan amaçla uyumlu hale getirilmesi suretiyle belirlenebilir. Buna göre, haksız şart içeren sözleşme hükmü kesin hükümsüz (batıl) olmakla birlikte, bu hülrumsuzlūge sadece fuketici dayanabilir, mahkeme de butlanı yalnız tüketici lehine olmak üzere re's²n göz önünde tutabilir. Buna karşı, diğer tarafın bu butlana dayanması veya bakımın onun lehine butları re'sen göz önünde tutması mümkün değildir. Örneğin, satıcı borcun ifası için tüketiciyi dava ettiği vakit, tüketici haksız şartın kesin hükümsüz olduğunu ileri sürebileceği gibi, mahkeme de bunu görevinden ötürü (re'sen) dikkate alabilir. Oysa, tüketicinin satıcıya karşı açtığı bir ifa davasında, satıcı haksız şartın geçersiz olmasına dayanamaz ve bundan kendi lehine sonuçlar çıkaramaz, mahkeme de bu hususu tüketici aleyhine re'sen göz önünde tutamaz. Bütün bu sonuçların TKHK. m. 6/II hükmünde yer alan ve haksız şartların sadece tüketiciyi bağlamayacağına belirten ifadeyle tam bir uyum içinde olduğu kuşkusuzdur⁸³.

Tüketici sözleşmesinde yer alan haksız şartın e ersiz sayılması halinde kısmı b²!!an yc!Qtınm ı uy g!JJan ıı: ve sö zk sm²geri kalan bö timuy e aya 1f tutulur. Şu var ki, gerek Avrupa Birliği Yönergesine (m. 6/1) genel<seYönetmeliğe (m. 7/le. 2) göre, bu sonucun kabul edilebilmesi için, objektif bir değerlendirme sonucu sözleşmenin geri kalan hükümleriyle ayakta tutulabilir olması gerekir⁸⁴. Bu da ancak meydana gelen boşluğun, başta kanunun tamamlayıcı hükümleri olmak üzere bilinen yollarla doldurulabilmesi⁸⁵ halinde söz konusu olabilir. Her halde, karşı tarafın (satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin) "bu hükmün haksız şart sayılıp geçersiz olacağını bilseydim

80) Bu konuda bkz. **Atamer**, not 55'de anılan Armağan, s. 317-318.

81) Bu görüşte: **Atamer**, not 55'de anılan Armağan, s. 318.

82) Esnek hükümsüzlük (butlan) kavramı için bkz. aşağıdaş 43, N. 28 vd.

83) Metinde savunduğumuz görüşe geniş ölçüde uyan bir çözüm için bkz. **Zevkliler/Aydoğdu**, not 13'de age, s. 165.

84) Bkz. **Atamer**, not 55'de anılan Annağan, s. 319.

85) Bkz. aşağıdaş 44, N. 11 vd. Ayrıca bkz. **Brox**, N. 238.

bu sözleşmeyi hiç yapmazdım" şeklinde ileri süreceği BK. m. 20/II, c. 2 hükmüne dayalı iddia, tüketiciyi koruma amacı ile bağdaşmaz ve dikkate alınmaz.

- 39 Buraya kadar yapılan açıklamalarda hep satıcılar sağ.lay.1-CI-w.ya-k:1:edi-ve-renle tüketici arasında yapılmış somut bir sözleşme tasas alın.makta ve bu sözleşme-a-ogan ır n kullanılması (özellikle bir tal.bju..ileri sürulmesi) vesilesiyle bu hal<kın dağınLolıştur.an ş_özl_eşJl)e hJ!ünün halcsız bir şart oluşturup oluşturmadığı bir ön mesele olarak incelenmekte-oiLNevai"-Ki-me ortada bir haksız3ait] n-6':}lunduğu o n!}C<!vanp bunun geçersiz olduğuna hükmetse bile, 'lerilen.hüküm ancak davanın tarafları arasında kesinleşir ve yalnız onları bağlar. Şu halde, inceleme konusu sözleşmenin bir standart sözleşme niteliğini taşıdığı, yani taraflardan birinin genel işlem şartlarına dayalı olarak kurulduğu durumlarda, satıcı tarafından sağlayıcı yahut kredi verici durumundaki tarafın haksız şartları içeren genel işlem şartlarını başka tüketicilerle yapacağı ve sözleşmelerde kullanılmasına bir engel yoktur. Bu sözleşmelere taraf olan tüketiciler, haksız bir şartın bulunduğunu ileri sürdükleri zaman, mahkemenin bir haksızlığın bulunup bulunmadığını o sözleşmeler açısından yeni baştan incelemesi gerekir⁸⁶. Hiç kuşkusuz daha önce verilmiş bir mahkeme kararına konu olmamış haksız şartların da ilfulanılmasına devamecliyiOr Olabilir. işte bu gibi auru ara son vermek üzere, gerek Avrupa Birliği-Yönergesi (m. 7), gerekse Alman Hukukunda kısaca "Önleme Davaları Kanunu" (Unterlassungsklagengesetz=UKlaG) diye anılan özel bir kanun, genel işlem şartlarında yer alan haksız şartların, bu haksızlık belirli bir olayda mahkeme kararıyla tespit edilmiş olsun veya olmasın, başka tüketicilere karşı kullanılmasını engelleyen önleme davaları açılmasına imkan tanımışlardır⁸⁷. Türk Hukukunda, TKHK. m. 6NII ve Yönetmelik m. 8 hükümleri de önleme davalarına yeşil ışık yakmış bulunuyorlar.

TKHK. m. 6NII hükmüne göre,

"Bakanlık standart sözleşmelerde yer alan haksız şartların tespit edilmesi ve bunların sözleşme metninden çıkartılmasının sağlanmasına ilişkin usul ve esasları belirler".

Yönetmeliğin 8. maddesinde ise, aynı doğrultuda olmak üzere şu hükme yer verilmiştir:

"Meşru menfaati olan gerçek veya tüzel kişiler, genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış standart sözleşmelerde yer alan haksız şartların"

86) Bu açıklamalar için özellikle bkz. **Larenz/Volf**, 9.A., § 43, N. 87.

87) Bkz. **Larenz/Wolf**, 9.A., § 43, N. 88; **Brox**, N. 239.

/..ulla111/mas111111 önlenmesi için dava açabilirler. Bu hallerde, mahkeme, **-öu cm** için gereklidir! **Ji:..lere.-hükmeaer** ⁸⁸.

Yönetmeliğin 8. maddesinde sözü geçen tüzel kişilerden, **TKHK. m. 3/p** anlamında tüketici örneğini anlamak gerekir. Bizce, tüketici örgütleri (buna gerçekte tüzel kişiliği bulunmamasına rağmen tüzel kişiğe sahip Devlet adına hareket edecek "Bakanlığın" da dahil edilmesi düşünülebilir) dışında kalan gerçek veya tüzel kişilere de önleme davası açma hakkının tanınması, isabet derecesi çok tartışma götürür bir çözümdür⁸⁹.

Diğer taraftan, gerek **TKHK m. 6/II**, gerekse **Yönetmelik m. 8 hü** (kümlelerinde **"standart sözleşmelerde" yer alan haksız şartlardan söz açılması**

nlş anlaşılmaya **elverişli** bir ifade tarzıdır. Sözü **edilen** "standart sözleşmelerden" maksat, henüz taraflar arasındaki somut bir hukuki ilişkiye konu olmamış "standart sözleşme metinleri" veya daha doğrusu, genel işlem şartlarıdır. Genel işlem şartlarını içeren standart sözleşme metinleri somut olayda kullanılıp taraflar arasındaki hukuki ilişkiye esas olmuştusa, bunlar hakkında daha önce belirttiğimiz gibi **sadece TKHK. m. 6** uyarınca haksız şartlara ilişkin hükümler uygulanır. Örneğin satıcı, bu metinleri tüketiciyle **A ve B** ile yaptığı sözleşmelerde kullandığı vakit durum böyledir. Buna karşılık, **S'nin** aynı standart sözleşme metinlerini (daha isabetli olarak, bu metinlerde yer alan haksız şartları) bundan sonra başkaları ile veya yine **A ve B** ile yapacağı işlemlerde kullanmasını engellemek için bir önleme davası açılabilir.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre "önleme davası, sözleşme içeriği olmamış ama olma tehlikesi arz eden genel işlem şartlarına ilişkin olarak açılabilir" gibi; sözleşme içeriği olmuş, ancak henüz taraflar arasında bir ihtilaf çerçevesinde uygulanamamış olan genel işlem şartlarına ilişkin olarak da açılabilir⁹⁰. Bu görüş Alman öğretisi ve uygulamasınca, Önleme Davaları Kanununun (UKlaG § 1) sözleşme içeriği olmakla beraber henüz uygulanmamış genel işlem şartlarına karşı da bir önleme davası açılmasına izin verdiği biçiminde anlaşılan sistemine dayanmaktadır⁹¹. Ne var ki, bu sistemle Türk Hukukunun sistemi arasında önemli bir fark vardır. Alman Hukukunda önleme davası açma baklo (bizde olduğu gibi) meşru menfaati olan tüm gerçek veya tüzel kişilere değil, sadece kamında (UKlaG §§ 3, 4) öngörülmüş (örneğin tüketici dernekleri gibi) belirli bazı kuruluşlara tanınmıştır. Şu halde, somut olayda, standart sözleşmenin tarafı olan kişi (müşteri veya tüketici) böyle bir dava açamaz. Bizde ise, Yönetmelik m. 8

88) Yukarıda anılan hükümlerin tüketiciyi koruma amacı göz önünde tutularak, tıpkı Alman Hukukunda yapıldığı gibi genişletici bir yorumla, yalnız haksız şartların değil, (dar anlamda) emredici hükümlerle yasaklayıcı kamın hükümlerine ters düşen şartların da önleme davasına konu olabileceğini kabul etmek yerinde olur (**Palandt/Bassenge**, 64.A., UKlaG, § 1, N. 4). Emredici hükümler kavramı ile yasaklayıcı hükümler kavramı arasındaki ilişkiler için bkz. aşağıda § 42, N. 17 vd.

89) **TKHK. m. 23/IV** hükmüne dayanarak Bakanlığın da bu tip davaları açabileceği görüşünde: **Aslan**, s. 296.

90) Bu görüşte: **Atamcr**, not 53'de anılan Armağan, s. 320.

91) Bkz. **Palandt/Bassenge**, 64.A., UKlaG, § 1, N. 6, 8.

hükümü karşısında buna bir engel yoktur. Diğer taraftan, önleme davası ilke olarak ilerde kullanılacak, yani henüz bir standart sözleşmenin içeriğine girmemiş genel işlem şartlarına karşı açıldığından, mahkeme ister istemez somut bir sözleşme içindeki dengenin bozulup bozulmadığını araştırmaz ve incelemesini "soyut ve objektif esaslara" dayandırır⁹². Bu ilke hem Alman hem de Türk Hukukları için geçerlidir ve somut standart sözleşmenin içeriğine girmiş olmakla birlikte henüz uygulanmamış ve ihtilaf konusu olmamış şartlara karşı açılacak önleme davalarında da aynı yöntemle göre bir değerlendirmeye yapılacağı J.7.1§11-tisuzdur. Buna karşı, somut bir standart sözleşmenin içeriğine girmiş haksız şarta karşı, "önleme" değil, fakat TKHK. m. 6'nın hükmüne dayandırarak "geçersizlik" iddiası ileri sürüldüğü vakit, daha önce değindiğimiz üzere, haksızlığı iddia edilen şart dolayısıyla taraflar arasındaki dengenin dürüstlük kuralına ters düşecek biçimde bozulup bozulmadığı o sözleşmeye ilişkin tüm özellikler dikkate alınarak, şu halde "soyut" biçimde değil, "somut" sözleşmeye yönelik olarak araştırılır. Bunun kaçınılmaz bir zorunluluk olduğu Yönetmeliğin "Bir sözleşme şartının haksızlığı değerlendirilerek, sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin yapılmaması sağlayan şartlar ve/veya onun bağlı olduğu sözleşmelerin tüm şartları dikkate alınır" diyen m. 6/11 hükmünden de açıkça anlaşılmaktadır. Bütün bu açıklamalar karşısında, somut bir standart sözleşmede yer alıp da henüz uygulanmamış haksız şartlara karşı bir önleme davası açılabilmesi görüşü, aşağıda belirtilen kabulü inkırsız sonuçlara götürür:

- Tüketici, TKHK. m. 6/1 çerçevesinde geçersizlik iddiasında bulunduğu zaman, sözleşmenin tüm özellikleri dikkate alınacağı halde, o, Yönetmelik m. 6/11 hükmünden yararlanarak, meşru menfaati olan kişi sıfatıyla bir önleme davası açma yoluna giderse, dava konusu şartın somut sözleşmedeki tüketici lehine başka hükümlerle dengelenip dengelenmediğine hiç bakılmaksızın bu şartın uygulanması engellenebilecektir.

- Tek başına ele alındığı vakit haksız sayılabilen, fakat sözleşmenin diğer tüketici lehine bükürneriyle dengelendiği için TKHK. m. 6/1'e göre haksız olmadığı sonucuna varılabilecek bir şarta karşı, bu şart henüz uygulanmadan bir tüketici derneği önleme davası açabilecek ve sözleşmedeki dengeyi altüst edecek biçimde onun uygulanmasını engelleyebilecektir.

Bizce, Türk Hukukunda, önleme davasının uygulama alanını henüz somut sözleşme içeriği olmamış genel işlem şartlarıyla sınırlı tutmak ve somut standart sözleşmede yer alan ve henüz uygulanma aşamasına geçmemiş haksız genel işlem şartının uygulanmasının engellenmesini, söz konusu uygulanma tehlikesinin ortaya çıktığı anda tüketici tarafından açılacak bir olumsuz tespit davasına terk etmek çok daha isabetli bir çözüm



bb. Tüketici sözleşmesi niteliğini taşımayan standart sözleşmelerde içerik denetimi

- 41 Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 6. maddesinde 6.3.2003 tarih ve 4822 sayılı kanunda yapılan değişiklik, içerik denetimini daha önce gördüğümüz gibi standart sözleşmelerde içju. alacak bı imde tüm fütetici sözleşmelerin açısında Y. sal esaslara. hağlamıştır. Karşı tarafta bir tüketici yer a maağı, genellikle tacirler araş_ında geı,çeJdeşe.n st dard sözleşmele açısında! Ealen Türk Hukukunda içerik 4eneti ne iliş kin genel bir

92) Atamer, not 55'de anılan Armağan, s. 321.

dişelllelle)_qtur. Bu konu, genel hukuk ilkelerine terk edilmiş durumda-
 aırq. - Bwla ilişkin olarak ileri sürülmüş çeşitli görüşler anılan kanun dcği-
 şikli. şilldcşnce büyük önem taşıyordu. Tüetici sözleşmeleri açısından
 48.22 sayılı kanunla gerçekleştirilen değişiklik genel işlem şartlarının en
 önemli uygulama alanını kapsanuna aldığı için, ileri sürülmüş çeşitli teori-
 le-rgünümüzde uygulama alanlarından, dolayısıyla pratik önemlerinden çok
 şey kaybetmiş durumdadır. Bunu dikkate alarak, biz bu alanda ileri sürül-
 nlüş görüşleri ⁴ teker teker ve ayrıntılı biçimde incelemeye gerek görmeksi-
 zin, kısaca aşağıdaki noktaları kaydetmekle yetiniyoruz:

- Gerek dürüstlük kuralına aykırılık (MK. m. 2/I) gerekse hakkın kö-
 tüye kutlanılmasınasıyaşına -CMK.. m. 2/11)⁹⁵ ilişkin hükümler, İsviçre Federal
 Mınlkemesinin efe yerinde olarak belirttiği gibi, sözleşmelerin geçerli olarak
 lrurulmuş sayılabiliş sayıla.mayaca.klan açısından içerik denetimi yapılma-
 sına elverişli hükümler değildi. Bu anlamda içerik denetimi BK. m. 19-20
 hfıl.'Üm.lerine göre yapılır⁹⁶.

BGB § 31S'i karşılayan BK. m. 70/c. 2 hükmünden kıyas yolu ile yararlanma düşün-
 cesi⁹⁷, BK. rn. 70/c. 2'nin MK. m. 2/I ile olan bağlantısı sebebiyle⁹⁸ bizi farklı bir sonu-
 ca götürecektir.

- BK. m. 21'de düzenlenen gabin kurumu, çok sınırlı hallerde uygu-
 lama alanı bulabileceğinden genel bir denetim kriteri oluşturmaya elverişli
 sayılamaz⁹⁹.

- Günümüzde İsviçre öğretisinde ağır basan ve bize de yerinde gözü-
 ken düşünceye göre, en elverişli denetim kriteri olarak *kamu düzenine aykırı-*

93) Bkz. **Aslan**, s. 280,284; **Atamer**, not 55'de anılan Armağan, s. 291, 293-294.

94) Bu görüşlerin kapsamlı biçimde incelenmesi için bu eserin önceki basısı (§ 23, N. 16 vd.) ile aşağıdaki eserlere bakılabilir: **Atamer**, not 6'da age, s. 146 vd.; **Havutçu**, not 13'de age, s. 179 vd., 210 vd.

95) MK. m. 2ff'nin, Alman ve İsviçre Hukuklarında yaygın olan görüşe uygun biçimde sadece hakların değil, hukuki kurumlara (burada sözleşme yapma özgürlüğünün) kötüye kullanılması hallerinde kıyas yoluyla uygulanabileceği (bizce yerinde olarak) kabul edilse bile, sonuç değişmez. (Kwumsal kötüye kullanma ile ilgili olarak bkz. aşağıda § 50, not 23).

96) BGE I 15.II.236 (Aynca bkz. aşağıda § 42, N. 50 ve not 121). Federal Mahkeme bu kararında, BK. m. 19-20 yanında MK. m. 23'ü (İsv. MK. m. 27 yi) de anmaktadır. (MK. m. 23 ile BK. m. 19-20 arasındaki büyük tartışmalara yol açan ilişki için bkz. aşağıda § 42, N. 52 vd.). Öğretide yerinde olarak belirtildiği gibi, MK. m. 2, herhangi bir olayda sözleşmenin geçerlilik kazanıp kazanmadığını araştırmakta değil, sadece geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmede, tarafların karşılıklı hak ve borçlarının içeriğini belirlemek ve ya sınırını çizmekte bir rol oynar (Bkz. **Merz**, Art. 2, N. 103; **Deschenaux**, s. 156).

97) **Auer**, Die richterliche Korrektur von Standardverträgen, Bem 1964, s. 58 vd.; **Merz**, not 53'de age, s. 100.

98) **Atamer'in** (not 6'da age, s. 183 ve not 227) burada MK. m. 2/II hükmünün bir uygulama alanının bulunduğu yolundaki görüşüne katılmıyoruz.

99) Özellikle bkz. **Atamer**, not 6'da age, s. 167; **Havutçu**, not 13'de age, s. 190.

nlığı (BK. m. 19/11) esas almak gerekiyor.¹⁰⁰ ◆ünce tarzına göre, genel işlem şartları ile bertaraf edilen karnının tamamlayıcı hükümleri, sadece taraflar belirli bir konuda anlaşma yapmacıklı-; n z an boşluk doldurmaya varayan ie zangi oirntikümöen ibaret deği@ır.- Genellikle, bunlar taraflar arasın aadil oirdengenin kurulmasına yönelik, hukuk düzeninin temel ilkelerine dayalı hükümlerdir, bunların da bir düzenleme fonksiyonu vardır. İki kişi arasında herhangi bir bireysel sözleşme ile bunlardan farklı bir düzenleme kabul edildiği vakit, ilci sebepten ötüü, tamamlayıcı hükümlerin temelinde yatan temel hukuk ilkelerinin zedelendiği söylenemez. Bu sebeplerden birincisi, görüşme yolu ile kanunun tamamlayıcı hükmünden ayrılan tarafların, karşılıklı ödünler ile yine de az çok adil ve dengeli bir çözüme ulaşmış olmaları ihtimalinin güçlü olmasıdır. İkinci sebep ise, bireysel sözleşme ile tamamlayıcı hükümlerden ayrılmanın genellikle *arızf ve istisnai* bir nitelik taşımasıdır. Buna karşı, genel işlem şartları yolu ile, taraflardan birisi herhangi bir görüşme söz konusu olmaksızın tek yanlı olarak ve sistematik biçimde taraflar arasında adil ve dengeli bir düzenleme kurmaya yönelik tamamlayıcı hükümlerin uygulanmasını engellediği ve genel işlem şartlarının büyük uygulama alanı elde etmesi sonucu, bahis konusu hükümler *ülke çapında ve sürekli biçimde adeta fiilen yürürlükten kaldırıldığı* vakit durum değişir. Sözleşmelerde taraflar arasındaki dengenin tün yurttan ağır biçimde genel işlem şartı kullananlar lehine bozulması anlamım taşıyan bu sonuç kamu düzenini zedeler. Bu sebeple, tamamlayıcı hükümlerin sözleşme ile bertaraf edilmesi söz konı.ısu oJQukJa bunun alelade bireysel bir sözleşme ile mı, genel iş em şci!;!t!.nl!.a day.alı _blr sözleşme (bir başka devimle-ilstandattsözleşme")ile mi yapıldığına bakma k gerekir. Genel işlem şartlarına dayalı bir sözleşme söz konusu ise, alelade bir bireysel sözleşmeye nazaran sözleşme serbestisine daha dar sınırlar çizmek ve "uygun olmayan", "haksız" diye nitelenmesi gereken düzenlemeleri kamu düzenine aykırılık sebebiyle geçersiz saymak icap eder¹⁰¹.

- 42 Kamu düzenine aykırılık görüşünü kabul eden yazarlardan bir bölümüne göre¹⁰², sözü geçen aykırılık metinde verilen gerekçeye değil, sözleşme serbestisi kurumunun güçlü olan tarafça kötüye kullanılmış olmasına dayanmaktadır, yani sözleşme serbestisi kurumunun yaygın biçimde kötüye kullanılması (MK. m. 2/II) bir kamu düzenine aykırılık oluşturur. Bu konuda şu iki noktayı belirtmek gerekir:

100) Örnek olarak bkz. **Stockar**, Zur Frage der richterlichen Korrektur von Standardverträgen nach schweizerischem Recht, Basel 1971, s. 75 vd.; **Kramer**, Art. 19-20, N. 160, 232; **Huguenin**, Basler Komm., Art. 19-20, N. 23-24; **Bucher**, AT, s. 157-158; **Bucher**, Der Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen, Festgabe für H. Deschenaux, s. 256 vd.

101) Türk Hukukunda **Atamer** de (not 6'da age, s. 200 vd.) kamu düzenine aykırılık görüşüne kallmak:tır.

102) **K.ramer**, Art. 19-20, N. 160,232; **Havutçu**, not 13'de age, s. 213.

- Bir defa, genci olarak belirtelim ki, kurumsal kötüye kullanma dolayısıyla MK. m. ? l'nin uygulanması. ikincillik (tnlilik) ilkesi doluyflısıyln, b?kn bir kanun hükmüne nmak imkfuumn bulunmadığı hallerle sınırlıdır' J_ Kamu düzenine aykılık (BK. m. 19111) varsa, MK. m. 2111 uygulanm nlnnı bulamaz.

- ikinci olarak. yine ikincillik ilkesi gereği, MK. m. 2/11 başvurulıbilecek son çaredir. bir benzeUlle yaparsak son durnktır. Bu hükmü bir ara istasyon veya sıçrama tahtası olarak kullanmak suretiyle BK. m. 19/11 hükmünde açık ifadesini bulmuş kamu düzeni kavramına ulaşan görüşü ikincillik ilkesiyle bağdaştırmak mümkün değildir.

Son olarak şu noktayı ekleyelim ki, yerine göre kamu düzenine a?kın-
?ında ahlaka a (BK. m. 19/11, 20/1) dolayısıyla da genel işlem şartlarının denetlenmesi söz konusu olabilir¹⁰⁴.

43

§ 24. İlan Yolu İle Yapılan Vaatler

I. Genel Olarak

Gazetelerde, kaybolan bir köpeğin veya çantanın bulunması yahut faili bulunamayan bir cinayetin aydınlanması halinde veya buna benzer durumlarda ödül (mükafat) verileceğine ilişkin ilanlara sık sık rastlanır. *Schwarz'* dan öğreniyoruz ki, ilk çağlarda dahi kaçan esirlerin yakalanması için böyle *ilan* yolu ile ödül vaatlerine başvuruluyordu¹. Bu tip ilanları daha baştan iki gruba ayırmak gerekir:

I

- İlan yolu ile ödül vaadi söz konusu ise, umuma yapılan bir ilanla, bir işin yapılması veya oir sonucun elde edilmesi karşılığı bir ödül verileceği vaat olunmuştur. Yukarıda verilen örneklerin tümü bu gruba girer.

- Buna karşı, ikinci bir imkan, ilan yolu ile ödüllü bir yarışma (mükafatlı müsabak? düzenlenmesidir. Bu ihtimalde, yine umwnayE>ılan bir ilanla v?şanlar ?rasında bir işi en iyi yapan kimseye bir: ö dill vaat edilmektedir. Örneğin, mimarlar arasında belirli bir inşaat ile ilgili olarak bir proje yarışması açılması halinde dwum böyledir. Tevdi edilecek projeler arasında-en iyi _sinin lt!1Dgisi olduğuna (hiç kuşkusuz sadece birinciye ödül vaat edilmesi şart olmayıp, örneğin ikinci ve üçüncü olacaklar için de

103) MK. m. *INI* hükmünün uygulanmasına esas olan ikincillik ilkesi için bkz. **Baumann**, Zürcher Kommentar, Einleitung, 1. Teilband, Zürich 1998, Art. 2, N. 27; **Deschenaux**, s. 154.

104) **K.rş. Atamer**, not 6'da age, s. 160 vd. Bu yazara göre, "bütün ahlaka aykırı hükümler per se ölçüsüzdür, ama bütün ölçüsüz hükümler ahlaka aykırı değildir. Kuşkusuz genel işlem şartları içinde de ahlaka aykırı hükümlerin bulunması mümkündür, ancak aynı hükümler bireysel sözleşmeler içinde olsa da ahlaka aykırı sayılacaktır, dolayısıyla bu denetim genel işlem şartlarına özgü bir denetim sayılamaz". Bizce, genel işlem şartlarına özgü bir denetim biçimi sayılmaması, ahlaka aykırılık damgasının vurulabildiği hallerde, bu kriterden genel işlem şartlarında yararlanılmasioa bir engel oluşturmaz.

1) **Schwarz**, s. 274.

258

Bir da i ş ge iricicilif: Borçlunun bir taraflı irade beyanına dayalı '---bertu.ancak vaat konusu iş gerçekleştirilince hüküm doğuracaktır. Şu halde, vaat konusu işin yapılması bir kabul olmayıp, vaadin hükümlerini doğunması için gerekli olan şartın gerçekleştirilmesidir⁶.

Aşağıda görüleceği gibi, genellikle kabul edilen bazı sonuçları ancak bu son görüş açıklayabileceğinden, biz de bu görüşe katılıyoruz.

2. Şartları

a. İlan yolu ile *umuma (herkese)* yapılmış bir vaat bulunmalıdır. Bununla birlikte, yerine göre, ödül' karşı lığı işi yapabilecek olanların sınırlandılmasına bir engel yoktur. Örneğin, sadece Galatasaray Lisesi mezunlarına veya bir gazetenin abonelerine hitap eden bir vaat geçerlidir. Şu var ki, *şahsen belirlenmiş* kişilere yapılan bir vaat BK. 8'in kapsanına girmez ve olsa olsa şartlı bir bağışlama vaadi icabı olarak değerlendirilebilir⁷. 3

b. Yapılması istenen iş, *olumlu bir eylem* (kaybolan köpeğin bulunması) olabileceği gıfı, *olumsüz bir eylem* de (tedavi görüp alkol bağımlılığından kurtulduktan sonra en uzun süre ağzına alkollü içki almamış bulunma) oluşturabilir⁸. Herhalde, bir *edimin* gerçekleştirilmesi şarttır. Ödüllendirilecek kişinin bellili bir *durumd-aoüfunriıasmı* laranması, BK. m. 8'in uygulanmasına yol açmaz. Örneğin, İzmir'de kendi doğduğu evde doğan herke-se 1.000 lira verilmesi vaat edilmişse, burada BK. m. 8 anlamında bir vaat yoktur. Olsa olsa bir bağışlama vaadi icabından söz açılabilir ki, o da kanun uyarınca geçerliliği açısından yazılı şekle bağlanmıştır⁹. 4

c. İlan özel bir şekle bağlı değildir. Hitap edilen kitlenin bu duyuruyu öğrenebrecek--durnm-agelme-sını sag ayan Ticrhangı bir vasıtaya (gazete veya duvar ilanları, radyo veya televizyonla yahutlntemet üzerinden yapılan bildiriler vs.) başvurulmasıdır. 5

d. Genellikle, ilan yolu ile vaatte bulunanın, işin yapılmasında doğru-dan doğruya kişisel (kaybolan köpeğin veya eşyanın bulunması istendiği vakit olduğu gibi) veya sa de apevi, so syal, esteti]ç vs. menfac! ti olabilir. Örneğin bir küçük kıızı kaçıranı bulana, o kız ile hiçbir ilişkisi bulunmayan bir kimse 5000 lira ödemeyi vaat ederse durum böyledir. 6

6) **Schmidlin**, Art. 8, N. 12 vd.; **Bucher**, AT, s. 148; **Bucher**, Basler Komm., Art. 8, N. 5, 14; **Engel**, s. 210; **v. Büren**, s. 207; **v. Tuhr/Peter**, § 24, not 6, s. 182; **Eren**, s. 418 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 468-469; Gauch/Schlucp/Schmid, N. 1047.

7) Larenz, not 3'de age, s. 405, not 1: İnan, not 3'de age, s. 56.

8) Enneccerus/Lehmann, s. 656.

9) Oscr/Schöoenberger, Art. 8, N. 8; Enneccerus/Lehmann, s. 657.

Bazen öyle durumlarla karşılaşılır ki, ilan yolu ile vaatte bulunanın o işin yapılmasında hiçbir çıkarı bulunmadığı gibi, menfaatlerine ters fiüleceği için odu! konusu sonucun gerçeKleşmesin(liic istemez. Örneğin, bir mal imafeaeii ürefıcı, malın çuruluuğünü ispat edene veya tanınmış bir güreşçi kenOısını yenene öoill vaat ederse durum böyledir.

Bu gibi vaatlerin ciddi olmaması ihtimal dahilindedir. Bununla beraber, güven ilkesine göre yapılacak bir yorum sonucu ciddi oldukları sonucuna da varılabilir. Gerçekten, böyle bir vaadin önemli bir reklam etkisi yaratması ve bu yönden vaatte bulunan için yararlı olması beklenebilir ki, bu husus ciddiyet lehine değerlendirilmeye elverişlidir. ciddi olarak yapıldığı anlaşılan ve esasen çok defa ciddi sayılmak gereken bu iıua.atlerin geçerli olması gerektiği genellikle kabt :l   lm ekle birlikte¹⁰ ortaya bir e rcrbtefiı çıkmaktadır: Aca6a bunlaJJ. bir bahis sözleşm  si¹¹ için ya_p  lını   icap olarak aeğerlendirmek v   g_u sebeple böyle bir vaatten, BK. m. 504 gereği, o sa olsaaog  l (tabii) bir borcun doğacağını söylemek daha yerinde olmaz mı?

Bizim de kanldığımız düşünce tarzına göre, aşağıda yazılı sebeplerden ötürü burada bir bahis icabı yoktur:

- Bir defa, tartışmalı olmasına rağmen hiç değilse yaygın bir görüşe göre, bahis iki tarafa borç yükleyen öyle bir sözleşmedir ki, bununla karşılıklı ve birbirine zıric@ialarda bulunan taraflardan herbiri, kendi iddiasının Ycl!l    çıkmas_!h'ali için diğ  r tarafa bir edim vaadinde bulunur ("Ben haksız çıkarsam sana şunu vereceğim, sen haksız çıkarsan bana şunu vereceksin")¹². Bu görüş kabul edilirse, olaydaki gibi vaatleri bir bahis sözleşmesinin kurulmasına yönelik icap olarak değerlendirmek ş  u bakımdan mümkün olmayacaktır ki, burada *taraflardan sadece biri* (örneğin mal üreten ve malın bozukluğunun ispatı halinde ödül vermeyi vaad eden ki  şı) şarta bağılı olarak borçlanmakta, diğ  r taraf ise herhangi bir tarzda borç altına girmektedir¹³. Bahsin bir tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak da yapılabilceğini iddia edenler için bu gerekçe hiç kuşkusuz değ  r taşımayacaktır¹⁴.

10) Eooeccenis/Lehmann, s. 656; Schmidlin, Art. 8, N. 25.

11) Bkz. yukanda § 5 N. 14.

12) Yargıtay 4. HD., 3.2.1959 tarih ve E. 958/3273, K. 1565 sayılı kararında açıkça bu görüşü kabul etmiştir. Yüksek Mahkemeye göre: "Diğ  r cihetten davalı vekili sözkonusu akti *bahis* olarak vasıflandırmıştır. Halbuki Borçlar Kanununun 504'  nc   maddesi uyanca bahis durumunun kabulü için mahkeme kararında da belirtildiğ  i üzere *iki tarafıu birbirine bir şey vaadetmi  ş olması kanuni şartlardan bulunduğ  u halde davaya* esas olan akitte sadece davalı borç altına girmiştir" (Olgaç, Kazai ve İlini İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu ve İlgili   zel Kanunlar, c. III, Ankara 1969, s. 541).

13) Larenz, not 3'de age, s. 406 ve not 6.

14) Nitekim Schöoenberger'e göre (Zürcher Kommentar, V/3, 2. Auflage, Zürich 1945, Art. 513, N. 6), ilan yolu ile yapılmı  ş bu tarz vaatler bahis sayılır.

- İkinci olarak, ilan yolu ile ödül vaadinin hukuki niteliği konusunda varılan sonuç daouraaa-oüyükrol oynayacaktır. Hakim görüşle birlikte, *bir* tarñjlrrratte45eyanından doğan bir borç ile karşı karşıya olduğumuz kabul edilirse, bafüsten söz açmaya imkan kalmayacaktır. Zira, bahis bir *sözleşmeye* dayanır, yani iki tarafın karşılıklı irade beyanlarını şart koşar¹⁵.

e. Yapılacak iş veya elde edilecek sonuç karşılığı bir *ödül* vaat edilmiş olmalıdır. Bu konuda aşağıdaki problemler önem taşır: 7

- İsviçre Borçlar Kanununun 8. maddesi "ödül"den bahsettiğine göre, bunun mutlaka para ile ölçülebilir bir nitelik taşıması şart değildir. Bir maddalya, bir takdirname vs. verilmesi de yeterli olabilir. Buna karşı, BK. m. 8'in "ödül" yerine "bedel" sözcüğünü kullanmasından bazı yazarlar ödülün mutlaka para ile ölçülebilir olması gerektiği sonucuna vanyorlar¹⁶. Bizce, BK. m. 8'deki "bedel"i, sözlük anlamına uygun biçimde "karşılık" olarak anlamak yerinde olur. Bu şekilde, İsviçre'de hakim olan çözüm Türk Hukuku için de geçerli olacaktır¹⁷.

- Ödül'ün belirli veya belirlenebilir (tayin edilebilir) olması gerekir. Oysa, "küpeği.mi oulan'a ooul-verilecektir" veya "memnun edilecektir" tarzındaki iHtrita:nn, o<! uJi.in belirli ve a beLirJenebjir o _ adığı gerekçesi ile geçersiz sayılması çok hak?ız? rahatsı? edjci_.Q_ır sñnuçtur. Bunu ön}emek / ıgn>Ü-gibi-haileme "hal ve art acaJl.y:gun??.Jın..haşka de yirole Jllakul ve dürüst insanların bekleyebileceği" bir ödülün (belirlenebilir ödül) vaat eailmişbu uriduğu lfabül eclil-me id'i'r'¹⁸.

f. Gerek yapılacak işin, gerekse vaat edilen ödülün kanuna yahut genel ahlaka aykırı olması (BK. m. 19-20), ödül vaadini geçersiz kılacaktır. 8

3. Sonuçları

a. İşin ya 2lIması, bir tara.!!?ı: ç??dinc!.e y_er?lan geciktirici şart?n 9 gerçeKleşmesi anlamını taşır ve vaadin hüküm doğurmasını s?}??e o arak, işi yapan kimsenin ilandan önce veya ilcından haberi olmaksızın işi gerçekleşti!111İş alınması onuq c:}düle h?azanmasını engelleyemez ki, bu SQJUCU açıklama açısından..bir taraflı irade beyanı.ile borça tına girme görüşünün icap görüşüne üstünlüğü pek açıktır¹⁹.

15) **Akev**, Türk Hususi Hukukunda kumar ve bahis, İstanbul 1964, s. 63 ("Akit olmayan yerde bahis de olamaz"); **Baucr**, Basler Komm., Art. 513, N. 2.

16) **Saymen/Elbir**, s. 178.

17) **Eren**, s. 421; **Oğuzman/Öz**, 4. Bası, s. 158.

18) Aynı eğilimde: **İnan**, not 3'de age, s. 61. - Buna karşı, kaybolan çantanın "insaniyet namına" getirilmesi istenmişse, ortada bir ödül vaadi mevcut değildir (**Eren**, s. 421).

19) **Schönenberger/Jaggi**, Art. 8, N. 44; **Bucher**, Basler Komm., Art. 8, N. 7, 9, 23.

- 10 b. Kayıp eşyayı bulmak, bir cinayeti aydınlatmak gibi eylemler hukuki bir istem olmayıp bir maddi fiilden ibaret kaldıkları için, bunları gerçekleştiren kimse için fiil ehliyetinden yoksun bir kimsenin nasıl olup da geçerli bir fabul beyanında bulunduğu sorusu ister istemez karşımıza çıkacak icfî²⁰.

c. İş yapan kimse, esasen *resmi görevi gereği* o işi yapmak yükümlülüğü altına alır (önceden, çalınan veya alınıp olan eşya bir polis memuru tarafından bulunamaz. Çünkü ödül hak kazanabilmek için iş herhangi bir yükümlülük bulunmadan gönül rızası ile gerçekleştirilir olmalıdır. Ödül vaadi, işi yapacak olanları belirli fiil ehliyetine yerine getirmek hususunda teşvik etmek ve onların bu konudaki emeklerinin karşılığını vermek üzere yapılmıştır. Bunların hiçbirisi bu ihtimalde söz konusu değildir²¹. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, bu durumdaki kimseler ödül hak kazanırlar²². Bizce, bu konuda son sözü söyleyecek olan ödül vadesinde bu hüküm, kişilerin iradesidir. Onun ise, ilke olarak, resmi sıfatı olsun veya olmasın herkesi işin görülmesi için harekete geçirmek istediği açıktır. Resmi görevlilerin ödül talep etme hakkı, (bu konuda açık bir hüküm bulunmadıkça) Özel Hukuk kuralları ile değil, onların hukuki statülerini betli eden Kamu Hukuku kuralları ile sınırlandırılabilir.

- 12 d. İlan yolu ile vaadin konusunu oluşturan edim *birden fazla kişi* tarafından yerine getirilmişse nasıl hareket edileceği konusunda, BGB 'den farklı olarak, kanunumuzda hiçbir hüküm yoktur. Bu konuda aşağıdaki ayrımlar yapılmalıdır:

aa. Vaat, o işi yapan herkese ödül verilmesini öngörüyorsa (örneğin yayımlanmış bir vaatte herkese ödül verileceği anlaşıyorsa, işi yapanlardan her bir ayrı ödülü talep edebilir.

bb. Vaatin içeriğinden ödülün sadece bir defa verileceği anlaşıyorsa, vaatteki ihtimaller önem taşıyor:

- Birden fazla kişiden her biri tek başına ödül yerine getirmiş olmakla birlikte, içlerinden biri vaatte bulunana daha önce, diğeri veya diğerleri daha sonra başvunmuşlardır. Örneğin kaybolan köpeğin hangi ailenin yanında beslendiğini önce A keşfetmiş, ondan birkaç saat sonra B de aynı

20) **Bucher**, Basler Komm., Art. 8, N. 8; **Schmidlin**, Art. 8, N. 54.

21) SchmidUn, Art. 8, N. 29; **Bucher**, Basler Komm., Art. 8, N. 26.

22) **Schönenberger/Jaggi**, Art. 8, N. 44; **Merz**, Vertrag, N. 263. Federal Mahkeme de bu görüştedir: BGE 39. il. 594.

bilgiyi edinmiş. buna rınıJmen durumu ilk defa vnttc bulunana bildiren B olıfüşür. -

Bu gibi hallerde. kimin ödüle hak kazandığını tespit edebilmek için, ilk önc""cV'nrrdin-içcrigİİlin incelenip yonunlanması gerekir. Vaatte bulunan, kaybolan eşyayı veya köpeği kendisine *getiren* veya *yerini bildirene* ödül verriictaahhüdü altına giimişse, ödül talep ctine hakkJ lııç kuşkusuz ilk defa bi❖dirimde bulunana (yukandaki örnekte❖'ye) aittir.

Buna karşı. sadece ..kayıp köpeği bulanın", yani *işi yapal1111* ödüllendi-rile❖ğCongôüilmüşse durum değişir. Alman Hukukunda, BGB § 659/1, bu 11alde: *işi ilk defa yapanm* ödüllendirileceğini öngördüğü halde, İtalyan MK. m. I 991 'in çözümünden etkilenen İsviçre-Türk Hukuklarındaki hakim görüş, ilk defa vaatte bulunana *başvurauım* ödüle hak kazanacağını kabul etmektedir²³. *Bizce*, hakim göüiş bu şekliyle yerinde olmadığı gibi, BGB § 659/I'in çözönlü de olduğı gibi kabul edilemez. Bu konuda, aşağıda belirtilen esaslar çerçevesinde bir sonuca varmak gerekir:

Daha pek çok hukuki problemde olduğı gibi, bu meselede de iki korunmaya değer menfaat çarpışmaktadır. Bu menfaatlerden birincisi, işi ilk defa yapanın menfaatidir. Adalet ve hakkaniyet düşünceleri ödölü onun almasını gerektirir. Yukarıda verdiğimiz örnekte, belki de A'yı takip ederek köpeğin yerini öğrenen B'nin, A'dan önce vaatte bulunan ile bağlantı kurma imkanını elde etmesi yüzünden ödölü alınası açık bir haksızlıktır. Ne var ki, meseleye ödölü vaadinde bulunan açısından bakıldığı vakit durum değişmektedir. O, normal şartlarda işi ilk defa kimin yaptığını bilemez ve ilk önce kendisine başvurana ödemede bulunarak borcundan kurtulmayı istemekte haklıdır. Borçlar Kanunumuz, bu meselede hiçbir hüküm içermeyeğine göre, MK. m. 1 anlamında mevcut boşluğu doldururken, benzer menfaat çatışmaları için öngörölmüş başka kanun hükümleri varsa, onları dikkate almaktan ve kıyas (örnekseme) yolu ile uygulamaktan vazgeçemeyiz. Borçlar Kanununun, alacağın temlik.ine ilişkin 165. maddesi hükmü bu nitelikte bir hüküm olduğundan burada kıyas yolu ile uygulanabilir. Anılan maddeye göre, A₁'e borçlu olan B, A₁'in alacağını A₂'ye temlik etmesine rağmen bundan haberaar edilmemişse; iyiniyetle-A₁'e yapacağı- ödeme ile öorcundaif kortohır. Dikkat edileceğı-üzere, burada B'nin karşısında iki alacaklı vardır. Bunlarclan oirfncisi kendisi tarafından bilinen görüniisteki alacaklı A₁, diğeri ise bu sıfatını B'ye bildirmediğı için B tarafından varlığı öililmeyen gerçek alacaklı A₂'dir. Borçlu, A₂'nin gerçek alacaklı olduğunu bilmeden ve bilmesi de gerekmeden,varlığını bildiğı A₁❖e iyiniyetlelediye-

23) **Schönenberger/Jaggi**, Art. 8, N. 52; **Schmidlin**, Art. 8, N. 33; **Radbi**, La promesse publique de recompense, Geneve 1958, s. 70; **İnan**, not 3'de agc, s. 72; **Eren**, s. 421.

de bulunmakla borcundan kurtulabilmekte;i.)İyiniyetli-değilse, bu ödeme onu A'2: e k 1 borcundan kurtarmaktadır:.

Olayınızdaki durum da buna benzemektedir. Ödül vaad edenin karşısında iki alacaklı bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, *işi ilk defa yapmakla ödüle hak kazanmış, ancak başvuruda bulunmadığı için varlığı ödül borçlusunca bilinmeyen*, üzerinde durduğumuz kayıp köpek örneğinde A diye adlandırdığımız gerçek alacaklıdır. Diğeri ise, *gerçek alacaklı sıfatını taşımadığı. halde, ilk defa ödül vaat edene başvuran ve onun tarafından ödül alacaklısı olarak görülen* görünüşteki alacaklı B'dir. Şu halde, vaatte bulunan B'ye ödemede bulunursa, bu, ancak BK. m. 165'e kıyasen, *iyiniyetli* olması kaydı ile onu borcundan kurtarır²⁴. Aksi halde, yani işi ilk defa A'nın yaptığını bildiği veya bilmesi gerektiği halde, B'ye tediye bulunan borçlu, A'ya ikinci bir ödeme yapma mecburiyetinde kalır. Hiç kuşkusuz, ödül borçlusu kendisine ilk defa başvuran B'ye ödemede bulunurken, işi daha önce başka birisinin yapmış olup olmadığını araştırma yükümlülüğü altında değildir. Bu sebeple, ("bilme"nin söz konusu olmadığı durumlarda) ancak işin gerçekte B değil, bir başkası tarafından daha önce gerçekleştirildiği *apaçık* bilinebilir durumda ise, onun ağır ihmali sonucu kendisinden beklenen özeni göstermediği ve MK. m. 3/II anlamında iyiniyet iddiasında bulunamayacağı söylenebilir.

/, / **f** - Bu konuda diğer bir ihtimal, birden fazla kişinin birinden bağımsız_93! a L gym q malı q yapı bildirir:neleridir. BGB § 659/711 uyarınca, ödül, bunlar arasında eşit olarak paylaştırılır. Ne var ki, ödülün (örneğin değerli bir vazo gibi) paylaşılmaya elverişli olmayan bir nitelik taşıması mümkündür. Bwün gibi, vaatte bulunanın sadece "bir kişiye:• fulül'llei:ne • stedi?i vaadin içeriğind?E ?!şılal?ilir. O zaman , işi yap? p? ar arasınaokura ç e, 13izde de, bu çözümü esas alınabilir.

- Üçüncü bir ihtimal, edimin birden fazla kişinin işbirliğiyle gerçekleştirilmiş Olmasıdır. Örneğin:rr cinayetin aydınlatılması için birlikte çalışan birkaç kişinin değişik tarz ve ölçülerdeki katkıları ile sonuç elde edilmiştir. BGB § 660/I, bu ihtimali de öngörmüş ve vaat edenin, bunlardan her birinin sc?muca ka?ısını gş?önünde=tutal-<!k :şcfülü ar?l?nnda haklarıiyete u gun tarzda paylaşım?sistemini benimsemiştir. Onun paylaşım tarzı açıkça haklarıiyete aykırı ise, hakime başvurularak paylaşımı onun yapılması istenebilecektir.

24) Alman Hukukunda, kaybolan eşyanın bulunup getirilmesi hali için, **Enneccerus/Lehmano** (s. 658), bizde karşılığı bulunmayan BGB § 851'i kıyas yolu ile uygulayarak benzer bir sonuca varıyorlar.

c. İşi daha önce yapan veya önce başvuran kişi hak kazandığı ödülü almak-tan vazgeçebilir, bir başka deyimle, geciktirici şart gerçekleşip vaatte bulunan kişiye karşı alacak hakkı doğduğu halde, o, borçluyu borcundan ibra edebilir. Aynı şey, birkaç kişinin işi birlikte gerçekleştirmeleri halinde, içlerinden birinin ödül talebinden vazgeçmesi halinde ortaya çıkabilir. Bu gibi durumlarda, borçtan ibra sadece ödüle hak kazanan kişi ile ödül vaat eden arasındaki ilişkide sonuç doğurur. Şu halde, işi yapan ve arka sırada bekleyen kişi ödül talebinde bulunamayacağı gibi, işin birlikte yapılması halinde, içlerinden birinin aradan çekilmesi diğerlerinin payını çoğalt-

243

maz . brJc.. t- l 0(cic/.. u-'?i""jc. b.J-l?c.i< re,,,,
 III. Ödüllü yarışma vaatleri C:J=I< V<-c...J S?,-e<,'l '0? i-Vvlc)vc-l,

1. Hukuki niteliği

Ödüllü yarışma vaatlerindeki mekanizma, ilan yolu ile yapılan vaatlerden tamamen farklı olduğu gibi, bunların hukulô nitelikleri de farklıdır. Gerçekten bu tip vaatlerde,

- Yanşmaya kahlmak için, önce ödül vaad edene s?e şî içinde bir başvuruda bulunma mec urıye var ır ve ilanlşJ? b_u baş.Yl!D!Y.}!_?a_ğlamak üzere yapılmil? tadış.

- Diğer taraftan, başvuruda bulunmak da eterli -· İlan yolu ile yapılan vaat er e, ısl.göre?artı..ger.çekleştirep bemen ala caklı sıfatını elde } ?ttiği halde, burad? kimiri ödüle hak kaz?ndığı vaat edenin veya bir jürinin başvurular arasında yapacağı bir değgi:lel ldirme...so.n.uciLh.el.li.Qlac_ak.tır²⁵

Bütün bu özellikler göz önünde tutulursa, hukuki niteleme açısından aşağıdaki esasları kabul etmek gerekmektedir:

- İlan yolu ile ödüllü yarışma düzenlenmesi, ilgilileri bu ilanda belirtilen yarışma şartlarını kabul ? tm ek S!lteiyle başvu,?.Oa bulunmaya davet ed?n?ic aptır.

- İlgilileri? (yanş n:ıcl artlanp.<!_gOr,e,?şerl?ı!ıiJ:ı?zırlamış olarak veya henüz hazırlamadan) ba vuruda bulunması ise bir kabul niteli-ındedir. Bu şekilde?- taraflararısında-içeriğinde yarışma şartlarının yer ald;-ği-bir söz-

24a) Staudinger/Wittmann, § 659, N.4- Ne var ki, aynı yazarların belirttiği üzere, ödüle hak kazanan kişinin, bu alacağını metinde sözü geçenlerden birine devretmesine de bir engel yoktur (BK. m. 162).

25) Enneccerus/Lehmann, s. 658-659.

/eşme ilişkisi kurulmaktadır²⁶L--Bu sözleşme ile, başvuruda bulunanlar yarışma jürisinin yetkisini kabul e • ş ye onı.ın y.anşma.şartlan-çer.ç.ev esinde
akdır hakkını kullanarak vereceği karara uyma taahhüdünde bulunmuş sayılırlar.

IS

Yanşmalı ödöl vaadi ile, bir ihale prosedürü çerçevesinde teklif vemeye davet ilanlarını birbiri ile karıştırmamak gerekir. Bu son halde, örneğin bir inşaat işini üstlenecek müteahhidi (yükleniciyi) belirlemek üzere, gazetelere ilan verilmek suretiyle ilgililer bu işe ait şartnameyi edinip yazılı teklif vermeye çağrılmakta, iş sahibi başvuruda bulunanlar arasında en düşük veya en uygun fiyatı teklif edene işi ihale etmek suretiyle inşaat sözleşmesini k'lırmaktadır. Genellikle kabul edildiği üzere, gazeteye verilen ilan bir icaba davetten ibarettir, müteahhidin teklif vermesi icap, en uygun teklifi verene işin ihale edilmesi ise kabuldür. Uygulamada, ihale ile kurulan inşaat sözleşmesinin, şartname hüldimlerine göre daha sonra ayrıca (yerine göre geçerlilik şartı veya sadece bir ispat aracı teşkil etmek üzere) yazılı veya resmi şekle bağlanması gerekmektedir. Burada hiç gözden kaçınılmaması gereken nokta şudur: İcaba davet niteliğindeki ilk ilanda, aynı zamanda ihale şartlarına (şartnameye) atıf yapılarak, ihale prosedürünün bu şartname çerçevesinde cereyan edeceği belirtilmekte, daha sonra teklif veren müteahhit ise en geç teklifini verdiği anda şartnameyi kabul etmektedir. Şu halde,

- Gazetede ki ilan, ihale yolu ile kurulacak sözleşme (bu örnekte, inşaat sözleşmesi) açısından bir icaba davet, ihale şartları (şartname) açısından ise bir icap niteliğindedir.
- Teklif verilmesi, inşaat sözleşmesine ilişkin olarak icap, ihale şartnamesine ilişkin olarak ise kabuldür.

Müteahhitlerden her birinin ihale şartnamesini kabulü ile, taraflar arasında ihale şartlarına (şartnameye) ilişkin olarak bir sözleşme kurulmakta²⁷, bu sözleşme ile ihale şartlarına ve orada belirlenen prosedüre uymayı taahhüt eden müteahhit, böylece ilerde ihaleyi kazanması halinde, ihale ile meydana gelecek sözleşme ilişkisini öngörülen süre içinde belirli bir şekle bağlama borcu altına girmektedir⁸. Bununla beraber, şartnamede bu son husus bir borç değil, külfet.²⁹ veya daha iyisi bozucu (veya yerine göre geciktirici) şart biçiminde de düzenlenmiş olabilir. O zaman, süresi içinde öngörülen şekil şartına uyarak sözleşme düzenlemekten kaçınan müteahhit, kazandığı ihaleye dayanarak bir hak iddia etmek imkanını kaybetmiş sayılır ve iş sahibinin teminatına el koymasına katlanmak zorunda kalır.

2. Yanşmayı düzenleyenin veya jürinin vereceği karara itiraz imkanı olup olmadığı

16

Yarışma sonucu, ya yarışmayı düzenleyenin-bizzat veya genellikle rast-

26) Gauch/Schluep/Schmid, N. 1055, Schönenberger/Jiggi, Art. 8, N. 36; Keller/Schöbi, s. 10; Schwenzer, N. 28.56.

27) Gauch, Der Werkvertrag, 4. A., Zürich 1996, N. 480 vd.; Gauch/Schluep/Schmid, N. 1061.

28) 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre, "Yapılan bütün ihaleler bir sözleşmeye bağlanır" (m. 46/I, c. 1). Aynı kanunun 44. maddesinin ilk fıkrasına göre, "İhale üzerinde kalan istekli 42 ve 43. maddelere göre kesin teminatı vererek sözleşmeyi imzalamak zorundadır. Sözleşme imzalandıktan hemen sonra geçici teminat iade edilir" (Aynca bkz. m. 42).

29) Bu kavram için bkz. yukarıda § 2, N. 54.

landı&1 üzere bir jürinin vereceği karar le belli olur. Yarışmada kaybe<len-
-lerin. ilke ohlr.1k-kararın yerinde olm dıgını, haksızlık yapılcıgını iddia
ederek buna itiraz hakları yoktur. Zira, ukarıda belirtildiği üzere,.sözlç_şme
, JR Y.._3!:_lsn◆, şartlarını ve jürinin takdirin boyun eğmeyi kabul etmiş durum-
dadırlar. Bwla rağmen, istisna olarak, aşağıdaki iki durumdan biri varsa
mahkemeye itiraz etme imkanı saklıdı0,

- Karar verilirken, yarışma şartlarında öngörülen *usul* ve *şekil* ilkele-
rine uyulmamış olmasında bir itiraz sebebi olabilir.

- @_ne kadar, kararı veren jürinin veya yarışma düzenleyicisinin
takdirine ◆--?JJşma imkanı yoksa da, MK. m. 2/II anlamında-takdir hakkı
açık;c;a k9tü◆ _kullanılarak *keyfi* bir karar verilmişse, itiraz ederek kararın
mahkemede iptal ettirmek için kapılar yine açıktır.

IV. İlan yolu ile yapılan vaadin geri alınması (BK. m. 8/11)

1. Bir taraflı olarn.k gerçekleşen vaatten, yine her zaman ve hiçbir sebep 11
◆t◆rinek mecburiyeti olrnad◆n geri dönülebileceği kanun tarafından açıkl-
ua kabul ◆dirmiştir. Bunun tek istisnası, va_at edenin vaadini-geri alma hak-
/ kından feragat etmiş bulunmasıdır. Genellikle benimsenen görüşe göre, *ilan*
◆ *yolu ile ödül vaadinde bir süre* öngören kişi, aksi anlaşılmadıkça, bu süre
içinde vaadini geri alına hakkından zımnen (örtülü biçimde) vazgeçmiş
sayılır³¹. Ödiillii yarışma düzenlenmesi ihtimalinde ise durum şöyledir:
, Daha önce gorduğümüz gibi, bu ihtimalde bir başvuru süresinin öngörül-
, müş olması zorunludur. O halde, başvuru süre si içinde, biç)aışkısuz yine
aksi anlaş.!!madıkça (yarışmayı di!_z_◆nleyen her zaman bir taraflı olarak
vaadini geri-alma h◆kkını ia◆l tu.trnuş olabilir) vaatten-dönülemeyecektir.
N'e var ki:1:ışvwuda bulunanlar ile yarışmayı düzenleyen kişi arasında, lm
başvuru ile (yanışna şartfaniia ilişkin) sözleşme ilişkileri meydana geldiği
"Vc;Öİ-rsözleşmeden her istenildiği zaman serbestçe dönmek mümkün bu-
lunmadığı için, bundan sonraki aşamada da geri alma hakkının kullanılma-
sına_ınlısan kalmayacaktır-3².

2. Geri almanın geçerli olması i in, bunun da önc el<jılan ne v oldan 1S
yapıldıysa, aynı yoldan yapıl◆as ı şart değ!l ir (Krş. BGB § 658/1). Şüphesiz,
iki gazetede ilan yolu ile vaatte bulunan kişi, vaadinden döndüğünü

30) **Schönenberger/Jaggi**, Art. 8, N. 61; **Merz**, Vertrag, N. 264; **Schmidlin**, Art. 8, N. 51.-
Yanışma şartları içinde yer alan ve yarışmaya katılanların her türlü dava hakkından fera-
gat etmiş sayılacağını bildiren kayıtlar, metinde belirtilen itiraz imkanları açısından ge-
çersizdir (**Schmidlin**, Art. 8, N. 52; **Schönenberger/Jaggi**, Art. 8, N. 62).

31) BGB § 658m; **Schöeoberger/Jaggi**, Art. 8, N. 69. Bu yazarlara göre, bir feragat bu-
lunsa dahi, hal ve şartlar vaatten sonra önceden görülemeyecek biçimde temelinden de-
ğişmişse, yine vaatten dönme mümkün görülecektir.

32) Bkz. **Enneccerus/Lehmaon**, s. 659; **Schmidlin**, Art. 8, N. 46.

yine aynı gazetelerde bildirirse, her türlü tartışmayı önleyecek ihtiyatlı bir davranış içine girmiş olur. Fakat, aynı vasıtalara değil de, vaadin öğrenildiği çevrelerde geri alma beyanının da duyulup öğrenilmesini sağlayacak aynı derecede güçlü ve etkili başka vasıtalara başvurarak vaadini geri aldığını bildiren kimsenin bu beyanı da geçerli sayılır³³.

19) 3. Vaadin geri alınması ancak arada vaat konusu iş yapılmamış-Sa-1/e sırf iletaye dönmesi olarak geçerli..9Jur. Bu sının ci çek için, vaadin i çeşitli incelenmelidir. Ödüle hak kazanmak için sağ ce "işin yapılması"ndan söz ediliyor öğreti. Oşaksi g örneğin s ulmasma.. rağmen⁴, geri alınıncaya kadar önce iş yapılmamış olmaları b. u Jusus u ispat ederek ödülü talep hakkı doğurur. Buna karşın, vaatte, ödülün işi yapıp "haber verene" veya "başvurana" verileceği ifade edilmişse, kendisine işin yapıldığı haber verilmeyen yahut bir başvuru yapılmadan vaadinden dönen kişinin bu beyanı geçerlidir. Artık kendisinden ödül talep edilemez.

20) 4. Vaat geçerli olarak geri alındığı vakit vaat eden a. l. e. jiliine, bu vaade ..venip çeşitli gere apan arın uğradıkları olumsuz zararın tazmini borcu ogar . öyle bir tazminat talebinin vaat edene karşı ileri sürülebilmesi için,

- talepte bulunanın, ilan yolu ile vaadi bilerek ve ona güvenerek hareket etmiş olması;
- yaptığı giderlerin dürüstlük kuralının (MK. m. 2/I) ışığında makul ve uygun sayılabilmesi;
- nihayet, bu giderlerin hiçbir şekilde ödülün değerini aşmaması gerekir (Bu son şartı anlamak zor değildir, zira geri alma olmasaydı, işi yapan kişi en fazla ödülü elde edebilecekti).

Birden fazla kişi tazminat talebinde bulunmuş ve talep edilen miktarların toplamı ödülün değeriyle eşit ise, bunların her birinin lehine hükmolünecek miktarları arasındaki oranlar (daha doğrusu, hükmedilecek her tazminat talebinin - y. re hükümleri esas alınarak toplamın içindeki payı) göz önüne alınarak Onun tuttuğu talepler indirime tabi tutulur 1/2 yani bu yoldan toplam ola-

rak tazminine karar verilecek miktarın yine ödül ile sınırlı olması sağlanır³⁶.

33) Schmidlin, Art. 8, N. 67.

34) Schöenberger/Jaggi, Art. 8, N. 67; İnan, not 3'de age, s. 67, 83-84.

35) Tazmini istenebilecek zararlar sadece vaade güvenilip boşuna yapılan giderlerden ibaret olmayabilir. Bazı hallerde, bu yüzden yoksun kalınan kazanç da olumsuz zarar kapsamına girer. Örneğin, vaat konusu işi yapmaya vakit ayırabilmek için asıl mesleği yanında boş zamanlarında ikinci bir iş olarak taksi şoförlüğü yapan kimse, bu işten ve bunun sağladığı gelirden yoksun kalmışsa durum böyledir (Schöenberger/Jaggi, Art. 8, N. 72; Schmidlin, Art. 8, N. 73).

36) İnan, not 3'de age, s. 86-87; Schmidlin, Art. 8, N. 75; Schöenberger/Jaggi, Art. 8, N. 74.

Örneğin, vaat edilen ödül 9.000 lira, sabit olan tazminat miktarları, A için 6.000. B için 4.000, C için 2.000 lira ise; A lehine, kendi tazminat talebinin toplam tazminat taleplerine oranı olan $6.000 / 12.000 = 1 / 2$ dikkate alınarak $9.000 \times 1/2 = 4.500$ liraya; B için, $4.000 / 12.000 = 1/3$, yani $9.000 \times 1/3 = 3.000$ liraya; C için $2.000 / 12.000 = 1 / 6$, yani $9.000 \times 1 / 6 = 1.500$ liraya hükmedilecektir.

5. Ödül olarak para ile ölçülebilir değeri olmayan bir şey (örneğin bir / taklimate) verilmesi öngörülmemiştir, vaadin gen alınması üzerinde yine tazminat davası açılabilir mi? -1:1'Kk:ım öngörü Öğöre, bu durumda bir tazminat davasına yer yoktur: Çünkü, geri alınması olmasaydı dahi, sadece maaş değeri olmayan ödül alınabilecek, yapılan giderlerin tazmini herhalde istenemeyecekti³⁷. Biz bu görüşü paylaşmıyoruz. Her ne kadar, vaat edilen ödül maddi bir değer taşıyorsa da, bunun manevi bir tatmin sağlayacağı açıktır ve işte bu manevi tatmin sağlama şansının bulunmasıdır ki, birtakım kimseleri böyle bir vaat bulunmasaydı hiçbir zaman yapmayacakları giderleri yapmaya sevk etmiştir. Vaat geri alınca, bu giderler, aynen maddi değer arz eden ödül vaatlerinde olduğu gibi boşuna yapılmış giderler durumuna düşmüştür. Yapılacak şey, söz konusu giderleri yapanlara BK. m. 8ff, c. 1'de öngörülen tazminat talebini ilke olarak tanımak; ancak ödülün para ile ölçülebilir, şu halde ödüle hak kazananlar için dahi yapılan giderleri maddi yönden karşılamaya elverişli bir nitelik taşımadığını göz önünde tutarak, BK. m. 43/I uyarınca hükmedilecek tazminat miktarını bir indirime tabi tutmak olmalıdır.

6. Vaadini geri alan kimse, bu geri alınması olmasaydı dahi kendisinden tazminat edilip eden kişinin nasıl olacağı onunla çalışması Yasası gibi, bir başka deyimle ödüle bak kazanamayacağını ispat edebilirse, tazminat talebi reddolur. Örneğin, davalı, tazminat talebinde bulunanın kaybolan eşyayı yanlış yerde aradığını veya bir başkasının ondan önce davranarak işi yapacağını ve ödüle hak kazanacağını ispat ettiği vakit durum böyledir³⁸.

37) Schmidli, Art. 8, N. 74, Eren, s. 422 not 20; Gauch/Schluep/Schmid, N. 1050.

38) Schöenberger/Jaggi, Art. 8, N. 73; Gauch/Schluep/Schmid, N. 1050.

Hukukta irade değil beyan esastır.
↓
iradeyi dış dünyaya
yansıtan beyan

ÜÇÜNCÜ ALT BÖLÜM

HUKUKİ İŞLEMLERDE, ÖZELLİKLE SÖZLEŞMELERDE ŞEKİL

§ 25. Şekil Kavramı ve Çeşitleri

I. Şekil kavramı

1. Genel Olarak

- 1 Hukukta, hiç değilse ilke olarak, bir iç ol@dap ibaret "irade" değil, iradeyi dış dünya ya yansıtan ve yürlüğe koya n "beyan" esastır. İraden in irade-beyan biçiminde dış dünyaya yansıyabilmesi için, söz, yazı, işaretler vs. biçiminde bazı kalıp veya vasıtalarla başvurulması zorunludur. Oysa, söz, yazı veya işaretlerden her biri bir şekil olduğuna göre, bu anlamda bütün iradebeyanlar istemez bir şekle bünüp açıklanır, hepsinde 1 yardu. Ne var 1, genellikle beyan sahibi, iradesini hangi kalıba döküp açıklayacağını tayin etmekte tamamen serbesttir. O, dilerse, sözlü bir beyanda bulunabilir, dilerse işaretle, yahut adi veya resmi yazılı biçimde iradesini açığa vurabilir. Bu ihtimalde şekil serbestisinden bihsedilir. Buna karşı, diğer bazı ihtimallerde kanun 1 e: y a . tarafların iradesi gereği, beyan sanını ıra esini açığa vut için dilediği şekli seçme imkanından yoksun dur:--O, muflaka belirli 1 r şekle (örneğin resmi yazılı şekil) uymak me bu riyetindedir ki, bu durumda belirli bir şekle uyma zorunluluğu var demektir. İşte, şekil serbestisinin olduğu durumlarda, işlemin bir şekle bağlı tutulmadığından sefa acıfırlı, unun 1 ileri, belirli bir şekli 1 eçme me ounyetinin bu unmamasıdır. Bunun dışında kafan hallerde, yani öngöröl müş belirli bir şekli seçme mecburiyetinin bulunduğu durumlarda, belki biraz yanıltıcı olan bir deyimle, şekle bağlı işlemler söz konusu olur¹.

- 2 Dar ve teknik anlamı ile şekil, sadece *irade beyanlarım* ilgilendirir. *İrade beyanı dışındaki vakıalar (olgular)* bu anlamda şekil değildir. Şu

1) **Regelsberger**, Pandekten, Leipzig 1893, s. 494; **Dernburg**, Pandekten, Bd. 2, 7. A, Berlin 1903, s. 222; **Flume**, § 15, I, 5, s. 249.

halde, real (teslimli) sözleşmelerde malın karşı tarafa *teslimi* veya bir kütüğe yapılan *tescil* yahut *ilciu* gibi eylemler, burada ele alınan *teknik anlamda şekil* kavramının dışında kalır.

Tescil (örneğin tapu kütüğüne yapılan tesciller) ve *ilaui* (ömek olarak bkz. TTK. m. 37) bir şekil sayılabiliş sayılamayacağı tartışmalıdır. Bu konuda üç görüşe rastlanıyor:

- Birinci görüşe göre, tescil ve ilan da, şekil kavramı içinde yer alır.
- ikinci görüşe nazaran, k.'W1.lcu nitelikteki tesciller şekil kavramı içinde yer almadığı halde, özellikle Ticaret Hukukunda ticaret siciline yapılan bildirici nitelikteki tesciller ve bunlara bağlı ilanlar şekle dahildir³.
- Bizim de benimsediğimiz üçüncü görüşe göre, tescil ve ilan, gerçek ve teknik anlamı ile şekil kavramının dışında kalır. Bunlar, irade beyanının dış dünyaya yansiyıp yürürlüğe konmasını sağlayan birer araç değildir. Tescil veya ilanın yapıldığı aşamada, irade beyanları yapılmış, hukuki işlem (hiç değilse irade beyanlarından oluşan özü itibarıyla) hınılmıştır. Diğer taraftan, tapu kütüğüne yapılan kurucu tesciller, şekil değil, esas şartıdır. Aynı hak ancak tescil ile kazanılabilmektedir. Kaldı ki, ister kurucu, ister bildirici olsun, tescil ve ilanın teknik anlamı ile bir şekil oluştunmadığı şuradan da anlaşılır ki, bunların yapılmaması halinde şekle aykırılığa, bir başka deyimle şekil noksanına ilişkin hüküm ve yaptırımların uygulanması hiçbir şekilde söz konusu olrnaz⁴.

2. Şeklin yararları ve sakıncaları

a. Yararları

Hukuki işlemin şekle bağlanması suretiyle elde edilmek istenen belli başlı yararlar çok genel olarak⁵ - --- - -

- Birinci grup: Şekil ü şesizce yapılan işlemleri önler.

En başta anılması gereken yarar, şeklin ikaz fonksiyonuna dayanır. İşlemin şekle bağlanması, onu yapacak kişilerin, bu işlemin önem ve sonuçları üzerinde dikkatinin çekilmesi anlamını taşır, onları düşüncesizce ve aceleyle hareket etmekten alıkoymaz.

- İkinci grup: Şekil açıklık, kesinlik ve güveni sağlar.

Sözleşme şekle bağlı olduğu zaman, sözleşmenin kurulup kurulmadığı, kurulduysa hangi içerik ile meydana geldiği çok rahat ve kesin biçimde tespit edilebilir. Özellikle, resmi yazılı şekil söz konusu olduğu zaman, resmi memur, çok defa hukuk bilgisinden yoksun olan tarafların iradeleri-

2) **Schönenberger/Jaggi**, Art. 11, N. 39, 60; **Engel**, s. 248; **Tuğ**, Türk Özel Hukukunda Şekil, Trabzon 1979, s. 50, 111 vd., 127 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 112, 125; **Eren**, s. 256.

3) **Mer.1**, Vertrag, N. 386.

4) **Flume**, § 15, I, 4, s. 248-249; **Schridlin**, Art. 11, N. 176; **v. Tuhr/Peter**, § 30, I, s. 235.

5) ÖzeUikle bkz. **Bucher**, AT, s. 161-162.

nin ilerde tereddütlere yol açmayacak hukulô formüllere bağlanmasını sağlar. İrade beyanlarına fiziksel (cismani) bir varlık kazandıran (adi veya resmi) yazılı şekil, gerek taraflar gerekse üçüncü kişilerin işlemi kolaylıkla ispat etmelerine imkan verdiği gibi, bazı resmi sicillere (örneğin tapu kütüğüne) yapılacak tesciller için sağlam ve güvenilir bir dayanak oluşturur⁶.

b. SakıncaJarı

5. Şekil huk.'Uki işlemlerin a ılmasını, -a ılaştırır. Bu s be e, iş ayatında vazgeçilmez bir ihtiyaç olarak karşımıza çıkan sürat, işlemlerin büyük bir hız ve çabuklukla gerçekleştirilmesi kavramları ile bağdaşmaz.

- İkinci bir sakınca, tarafların gerçekten istedikleri bir işlemin herhan- gi • • tlen geçersiz Ralması ihtiriialının bulunmasıdır.

- Üçüncü bir sakınca olar t Qz Uikle resmi şekilde bunun taraflara ekonomik açiaan bir külfet yüklemesi, onları şeklin giderlerine katlanmak zorunda bırakması anılabilir.

- Alınan Hukukunda, birçok durumda iş hayatının acemisi olan tarafın, kendisine sunulan yazılı metni güvenip imzalayıvermesi sonucu, becerikli ve kurnaz kişilerin tuzağına düşme tehlikesinin bulunması da bir sakınca olarak gösterilmektedir⁷.

II. Şeklin çeşitleri

1. Şekil zorunluluğunun kaynağı açısından

6. Bu açıdan, kanuna dayanan (kanuni) şekil ile sözleşmeye dayanan (rı-zai) şekli birbirinden ayırmak icap eder.

a. Kanuna dayanan (kanuni, yasal) şekil

Kanun, belirli işlemlerin, mutlaka belir i şekilde yapılmasını emretmişse, kamına dayalı şekil vardır. Aşağıda görüleceği gibi, Borçlar Kanunu açısından ana ilke şekil serbestisidir. Şu halde, kanunun açıkça belirli bir şelüe bağlamadığı bütün hukuki işlemler istenilen biçimde gerçekleştirilebilir (BK. m. 11/I).

Bu söylenenlerden, Borçlar Kanunu anlamındaki bir geçerlilik şekli olarak şekil zorunluluğunun ancak kanun ile konulabileceği sonucu çıkar. İsviçre öğretisinde hakim olan fikre göre, kanunun açıkça öngörmediği durumlarda, örf ve adet hukukuna dayanarak veya hakimnin boşluk doldunması yolu ile şekil mecburiyeti yaratılamaz. Ne var ki,

6) Schwarz, s. 242.

7) Medicus, AT, N. 613.

bütün bunlar. sadece ka.nwıda düzenlenmiş sözleşmeler açısından geçerlidir. Konun tn-
mfından öngörülmemiş bulunan isimsiz (ndsız) sözleşmelerde, şekil hükümlerinin ıma-
cındım hareket edilerek. bunlann şekle lfibi· o duğu sonucuna vanlabilir⁸.

b. Sözleşmeye dayanan (rızaî) şekil

Tarafların, kanun tarafından geçerliliği belirli bir şekle bağlanmamış
lnık'Uki işlemleri, anlaşarak şekle bağlamalarına bir engel yoktur ve BK. m.
16 bu konuyu düzenlemektedir. Bu durumda, kanuni değil, rızaî (tarafların
anlaşarak öngördükleri) bir şekil söz konusudur.

2. Şeklin fonksiyonlarına göre

Bu açıdan, geçerlilik (sıhhat) şekli ile ispat şeklini birbirinden ayırmak
gerekir.

a. Geçerlilik (sıhhat) şekli

Bu tip bir şekil öngörüldüğü vakit, işlemin geçerli olması o şekle uyula-
rak yapılmış olmasına bağlıdır. Borç arKanunu başta olmak-üzere:-rııaddı
hulruka ılışkın kanunlar esas-itibariyle bu tip şekiller öngörür. Nitekim, BK.
m. 11/II, kanunun öngördüğü şekillerin aksi belirtilmedikçe, bir geçerlilik
şekli olar an aşılması gere_Ktiğini açık_c? bjlciirn:ıjş tir.

b. ispat şekli

Bu tip şekillerin işlemin geçerliliği ile ilgisi yoktur. İşlem, sadece ispat
yönünden belirli bir şekle bağlanmıştır. Nitekim, Medeni Usul Hukukunda,
Fransız Hukuku sistemini benimseyen HUMK. m. 288, son değişiklikten
sonra, yapıldıkları andaki miktar veya değerleri 400 lir şan hukuki iş-
leml?rII] Q anun a öngörül!!ış azı isJisnalai : 9.ınQ.a) ırı!ltlaka yazılı..delille
(senetle) ispat edilmesini emretmiştir. Ne var ki, bu rakam, yeni sisteme
gör?er takvim-yılında zamlanma suretiyle değişmektedir:1.

8) Gauch/Scbluep/Schmid, N. 492-493.

8a) 26.9.2004 tarih ve 5236 sayılı kanunun 19. maddesiyle Hukuk Usulü Muhakemeleri
Kanununa (HUMK) eklenen Ek madde 4 uyarınca, HUMK m. 288'de öngörülen parasal
sınır her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, yeniden değerlendirme oranında artırıl-
acaktır. **Kuru/Arslan/Yılmaz'a** göre (Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili
Mevzuat, 28. baskı, 2006, s. 227), bu değişiklik 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.
Bu durum karşısında, bundan böyle senetle ispat zorunluluğu açısından bir rakam zik-
retmeden, yine **Kuru/Arslan/Yılmaz'ın** (Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, 17. baskı,
Ankara, 2006, s. 462 vd.) yaptık.lan gibi, "HUMK 288'da yazılı tutan (meblağı) aşan
hukuki işlemler"den söz açmak daha isabetli olacaktır.

Bu durumda, Türk Hukukunda geçerlilik ve ispat şekillerini bir arada göz önünde tuttuğumuz takdirde, karşımıza çıkacak manzara şudur:

- Yapıldıkları andaki miktar veya değerleri HUMK. m. 288'de öngörülen sınıra aşmayan hukukî işlemler: Bunlar; kanunda öngörülmemiş istisnalar dışında geçerli şekline bağlı olmadıkla gibi herhangi bir şekilde olma an her türlü delille (özellikle tanık dinleterek) ispat olunabilir.

- Yapıldıkları andaki miktar veya değerleri HUMK. m. 288'de öngörülen sınıra aşan hukukî işlemler:

= ilke olarak, bunlar da geçerlilik şartı olarak bir şekle bağlı değildir (BK. m. 11/I). Fakat, HUMK. m. 288/1 gereği, ispat olunabilmeleri için senet ibrazı şarttır (istisnalar saklıdır).

= Bu gruba giren ve geçerlilikleri kanun tarafından şekle bağlanmış işlemler (örneğin BK. m. 238 gereği bağışlama vaadi, BK. m. 484 uyarınca kefalet sözleşmeleri), ayrıca HUMK. m. 288/1 uyarınca ispattan yönünden de şekle bağlanmış durumdadır.

c. Geçerlilik ve ispat şekilleri arasındaki farklar ve ilişkiler

aa. Farklar

- 8 Burada üzerinde duracağımız en önemli fark şuradadır: Geçerlilik şekline uyulmadan yapılan bir işlemin geçerli olarak yapılmış olduğu, karşı tarafın ikrarı ve aile hukukuna göre ispat edilerek geçersizliği belirtilmek mümkündür. Oysa, şekil sadece bir ispat şartından ibarettir, senet düzenlenmemiş olması...r. ağırlıkla f- Veya yemin gibi başka yollardan işlemin ispat edilmesi bir engel yoktur⁹.

Geçerlilik şartı olarak şekle bağlı tutulmuş işlemi içeren belge kaybolmuş veya diğer bir sebeple yok olmuşsa, işlemin gerçekten şekle uygun biçimde düzenlenmek suretiyle geçerlilik kazandığını ispat etmek mümkündür¹⁰. Ne var ki, bizde, HUMK m. 288'de öngörülmüş tutan aşan işlemlerde ispat açısından senet ibraz etmek mecburiyeti karşısında, ancak HUMK. m. 294'den yararlanarak şahitle ispat yolunu açmak kabül olabilmektedir¹¹. Yalnız, karşı taraf işlemin yapıldığını ikrar ederse, ispat şartı olarak senet ibraz etmek mecburiyeti kalkacağından, işlemin geçerlilik şekline uyularak yapılmış olduğu ve (bu husus sabit olmak kaydı ile) yapılan işlemin içeriğini ispat hususunda her türlü delile başvurulabilecektir.

9) Üstündağ, s. 649; Kuru, cilt II, s. 2077-2078.

10) Bu halde, önce şekle uyularak işlemin yapıldığı, sonra işlemin içeriği ispat edilecektir (Schmidlin, Allg. Eri. zu Art. 12-15, N. 36).

11) Üstündağ, s. 649.

1 b. İlişkiler

aaa. Birinci ilke

Kanunda geçerlilik şartı Olarak ÖJ:fillrüleı} s.e.kk uyuJarak c!I]lencn 9 senetle zfünaiida• spat şartını da ycrine .getimış aX-1hr. Başka bir ifude ile, geçerlilik şartı olan şekli gerçekleştirmiş her senet, aynı zamanda Usul Hukuku anlamwda ispat vasıtası olan bir senettir. Bu ilkenin gerekçelerini anlamak zor değildir. Geçerlilik şartı olarak öngörülen şeklin amaçlarından biri de ispatı kolaylaştırmak olduğwla göre, geçerlilik şartını yerine getiren taraflann, bir de ispat şartını yerine getirmek üzere ikinci bir senet düzenlemeleri hiçbir şekilde onlardan istenemez ve beklenemez. Kaldı ki, ispat şartı olarak senet ibraz etmek mecburiyeti, ikrar ve yemin gibi başka kanuni delillerin yarcılığı ile aşılabildiği halde, geçerlilik şartı olan şekilde bu mümkün değildir. Şu halde, şekli bir geçerlilik şartı olarak düzenleyen kanun koyucunun ispat şartı olan şekilden daha azı ile yetinmiş olması beklenemez, tam tersine bu konuda en az ispat şartı olan senetler kadar, hatta belki de daha titiz davranırış olması asıldır¹².

bbb. İkinci ilke

Yukarıdaki ilkenin tersi geçerli değildir, yani kanunun ispat şartı olan senetler için yeterli gördüğü şekil sa .: t?a! l!}Inger çekleşmiş bu!ÜnmasZ..niii- Jaka liusenedin geçerlilik şariolan s?kli de ers?kll!\$ tirmi bulunduğw

12) Borçlar Hukukunda, adi yazılı şekilde senetlerin, eski yazı ile yazılmış dahi olsalar, tıpkı yabancı dilde yazılmış senetler gibi geçerli olacağı, yani eski yazının dahi geçerlilik şeklini gerçekleştirebileceği genellikle kabul edilmektedir (Bkz. aşağıda §26, N. 3). Oy-sa, Usul Hukuku öğretilinde bir görüş (**Kuru**, II, s. 2075 ve orada yollama yapılan **Bel-gesay**), 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanuna dayanarak (ka-nunun yürürlük tarihi olan 3.11.1928 tarihinden sonra düzenlenmiş) Arap harfleriyle yazılı senetlerin kesin delil niteliğinde bir senet olarak kabul edilemeyeceği, bunlann ol-sa olsa bir yazılı delil başlangıcı oluşturabileceği kanısındadır. Hukuki durum gerçekten böyle ise, yukarıda belirtilen ilkenin bir istisnası ile karşılaştığımız söylenebilecektir, zi-ra geçerlilik şeklini yerine getiren bir senet, bu görüşe göre ispat şartı ile ilgili şekli ye-rine getirmemiş sayılacaktır. Derhal belirtelim ki, bu görüşe katılmak imkanını göremi-yoruz. 1353 sayılı kanunun hiçbir yerinde eski yazı ile yazılmış senetlerin geçerlilik ve-ya ispat yönünden hüküm doğunmasını önleyecek bir açıklık yoktur. Tam tersine kanu-mın incelenmesinden, Türk harflerini kullanma mecburiyetinin Özel Hukukta sonuç do-ğurmayan, sadece cezai ve inzibati yaptırımlara yol açabilecek bir mecburiyet olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır ki, doğrusu da budur. Her ne kadar, 1353 sayılı kanunun 7. maddesi, "para ve hisse senetleri ve bonolar ve esham ve tahvilat ve pul ve sair kıymetli evrak ile hukuki mahiyeti haiz bilcümle eski vesikalar değiştirilmedikleri müddetçe mu-teberdirler" demişse de, buradaki "muteber olma"dan maksat, kanunun yürürlüğünden önce eski yazı ile düzenlenmiş bu gibi belgelerin, bu kanuna aykırı sayılamayacağını ifade etmekten ibarettir. Bu hükümden, kanunun yürürlüğe girmesinden sonra eski harf-lerle düzenlenecek senetlerin, hukuken (geçerlilik veya ispat yönünden) bir değer taşı-mayacağı sonucu çıkarılamaz (Aynca bkz. aşağıda § 26, not 8).

anlamını taşımaz. Geçerlilik şartına ilişkin kanun hükümleri, daha başka veya daha farklı unsurların bulunmasını aramış olafülür. Örneğin, kefilin, "Borçlu (B)'nin, alacaklı (A)'ya arşı mevcut şu Orcu için kefil oluyorum" diyerek imzaladığı bir senet Usul Hukuku yönünden ve ispat şartı olarak yeterlidir. Ancak bu senet, Borçlar Kanununun öngördüğü nitelikli yazılı şekil şartını gerçekleştirmediğinden (BK. m. 484'ün aradığı "azami sorumluluk miktarı" senette yer almıyor), Borçlar Hukuku açısından geçersizdir (Ayrıca bkz. aşağıdaş 26, N. 15'de "HUMK. m. 297" ile ilgili olarak yapılan açıklamalar).

3. Kullanılan vasıtalarla göre

- 10 En başta *sözlü şekil* ile *yazılı şekli* birbirinden ayrıntak yerinde olur. Yazılı şekil de iki farklı biçimde karşımıza çıkabilir: Resmi yazılı şekil ve adi yazılı şekil. /

a. Sözlü şekil

Modern Hukukta hemen hemen hiç rastlanmayan bu şekil türü için iki örnek verebiliriz:

- Aile Hukukunda, evlenme, merasimli bir sözlü kle b lanını !ır (MK. m. 141-142).

- Miras Hukukunda, sözlü vasiyetname (MK. m. 539-540)¹²³, sadece ilk aşamasında sözlü olan bir hukuki işlemdir. İkinci aşamada, sözlü beyanın mutlaka yazıya bağlanması gerekmektedir.

Bugün karşımıza çıkan sözlü şekil örneklerinin Roma Hukukundaki *stipulatio*'ya nazaran arz ettiği en önemli özellik, belirli formül ve ifadeleri kullanma mecburiyeti. ¹³ bulunmamasında ke dini, göstermektedir.

b. Adi yazılı şekil

Borçlar Kanunu, m. 12 vd. sadece bu şekli düzenlemiştir. Burada, resmi bir memura başvurmaksızın, ilgililerin düzenlediği bir senedin imzalanması ile bu şekil gerçekleştirilmektedir. /

c. Resmi yazılı şekil veya kısaca resmi şekil

Bu şekil, kamın tarafından hukuki işlemlere resmîyet verme hususunda kendisine görev ve yetki verilmiş resmi memurlar tarafından, yine kanunlarda öngörülen usul ve esaslara göre gerçekleştirilen şekildir. İsviçre'de,

12a) Yeni Medem Kanunda kullanılan "sözlü vasiyet" deyimini yerinde bulmuyoruz.

13) Honsell, Römisches Recht, 2. A., Berlin. Heidelberg, 1992, s. 31, 104.

resmi şeklin düzenlenmesi tamamen kanton mevzuatına bırakıldığı için, Borçlar Kanununun şekli düzenleyen hükümleri (BK. 12 vd.), yukanda belirtildiği gibi sadece adi yazılı şekle ilişkin bulmaktadır. Resmi şeklin kimin tarafından ve nasıl gerçekleştirileceği hususunda Türkiye'de en başta yapılacak kanun, 18.1.1972 tarih ve 1512 sayılı Noterlik Kanunudur. Medeni Hukuk açısından çok önemli bir başka kaynak ise, Tapu Kanunum. 26 hükmüdür.

4. Sözleşmelerde şekle bağlanması gerekli irade beyanlarına göre

Bu açıdan, her iki tarafın irade beyanı da şekilde bağlanmak-gerekliyorsa iki taraflı şekilden; şekil, taraflardan sadece birinin irade beyanı için gerekli görülürse bir taraffeşekilden söz açılır. 11

§26. Kanundan Doğan Bir Şekil Olarak Adi Yazılı Şekil

Adi yazılı şeklin gerçekleşmesi açısından, senedin metni ile altındaki imzayı ayrı ayrı ele almak gerekir. 1

I. Metin

Senedin metni tarafların hukuki sonuç iradesini yansıtır tarafından vakanle (kul:şun.kalemle, mürekkeple, tükenmez kalem ile, daktilomalanesi vs.) azıldığı ön.enil değildir.

Bu kuralın önemli bir istisnasına el azısı ile vakanamede-ı:ast-lanıyor ki, ora a, vasiyetname metninin dahi, yıl, ay ve gösterilmek suretiyle düzenleme tarihi de belirtilerek ba tan aşağı vasiyetçinin bizzat endi el yazılı Jazılıruş oşış koşulmuş bulunuyor (MK. m. 538/I) ¹ j!q, adi § 51a elci şekil şartının kanun tarafından -a ırla tırıldığı bir nitelikli yazılı şelçl ömeğiQ.ir Digerbir nitelikli yazılı şekil örneği olan efalet sözleşmesi gösterilebilir (BK. m. 484). Gerçi, bu halde, metnin kefilin el yazısı ile yazılmış olması şart değildir. Fakat senet metninde, kefilin sorumlu olacağı azamı miktarın gösterilmesi mecburiyeti, burada da, Ş ekli nitelikli bir yazılı şekil olarak görme m ı ze yol açılır aktadır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun m. 6N/ hükmüne göre, bu kanunda yazılı olarak yapılması öngörülen tüketici sözleşmelerinin ilgili maddelerde belirtilmiş şartları içermesi zorunludur. Bunun gibi, bu sözleşmeler en az on iki punto ve koyu si-

1) Adi yazılı şekilde vasiyetnamede şekil şartının yansıtırılmasına ilişkin İsviçre Federal Mahkemesinin 20.3.1990 tarihli karar (BGE 116.II.117) hakkında açıklamalar için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras Hukuku, 2. ve 3. basılara Ek Kitap, İstanbul 1992, s. 51 vd. - İsviçre Hukukunda, MK. m. 538/1 hükmünü karşılayan İsviçre MK. m. 505 de 23.6.1995 tarihli kanunla değişikliğe uğramıştır.

yah harflerle düzenlenmiş bulunmalıdır¹. Görüldüğü gibi, ortada iki farklı problem vardır: a) Kanunun öngördüğü bazı şartlar mutlaka yazılı biçimde yapılan bu sözleşmelerin içeriğinde yer alacaktır; b) sözleşmelerin metninde en az on iki punto ve koyu siyah harfler kullanılacaktır. Bu şartlara uyulmadığı takdirde yaptırımın ne olacağı tartışmalıdır. Bu sorunun cevabını her iki konuyu ayrı ayrı ele alarak vermek yerinde olur.

- Yazılı sözleşmede bulunması zorunlu şartlarda eksiklik varsa, örneğin bir taksitle satış sözleşmesinde "peşinat tutan" ve "ödeme planı" gösterilmemişse (TKHK. m. 6/A II, e, f). bunun (hangi çeşit bir hükümsüzlüğün söz konusu olacağı hususunda görüş birliği bulunmamakla birlik-te) sözleşmenin geçersizliğine yol açacağı ileri süren görüşe² şu bakımdan kanlamıyoruz ki, bizzat kanun (TKHK. m. 6N1), "*sözleşmede bulunması gereken şartlardan bir veya birkaçını bulunmaması durumunda eksiklik sözleşmenin geçerliliğini etkilemez*" demektedir³. Aynı hükme göre, "*Bu eksiklik satıcı veya sağlayıcı tarafından derhal giderilir*". Ne var ki, sancı veya sağlayıcı eksiklikleri derhal tamamlamadığı takdirde ne yapılacağı belli değildir. Bunun gibi, eksiklikleri telafi etmek üzere sancı veya sağlayıcı tarafından sonradan bir tarafu olarak bazılanıp sunulan hükümler", tüketici tarafından uygun görülmebilir ve onun "Bunlar sözleşmeyi imzalamadan bana bildirilmiş olsaydı, ben bu sözleşmeyi kesinlikle imzalamazdım" demesine yol açabilir. Bizce, bu konularda kanunda bir boşluk vardır ve bu boşluğu kıyas yoluyla kapıdan satışlarla ilgili kanuni düzenlemeden⁵ yararlanarak⁶ şu şekilde doldurmak yerinde olur: Sözleşmedeki eksiklikler satıcı veya sağlayıcı tarafından tamamlanmadığı sürece, tüketici herhangi bir sorumlu altına girmeksizin sözleşmeyi geriye yürütür biçimde hükümsüz hale getiren bir geri alına (cayma) hakkından yararlanacak ve onun bu hakkı eksikliklerin tamamlanmasından sonra da 7 gün süreyle varlığını sürdürecektir. Böylece, satıcının uygun olmayan hükümlerle sözleşmedeki boşluğu doldurması ihtimaline karşı tüketici yeterince korunmuş olacaktır. Hiç kuşkusuz, eksik hükümlerin satıcı veya sağlayıcı tarafından TKHK. m. 6/J hükmüne göre haksız sayılacak yeni şartlarla doldurulmuş olması halinde, geri alma hakkını kullanmayan tüketici bu defa anılan hükme dayanarak bu şartlara karşı geçersizlik iddiasında bulunabilir.

- Sözleşmede bir eksiklik bulunmasa bile, sözleşme metninin kanunun emrettiği puntolar ve koyu siyah harfler kullanılarak yazılmamış olması da sözleşmenin geçersizliğine yol açmaz. Bu durumda, olsa olsa, bir para cezası (TKHK. m. 25/11) söz konusu olur⁷. Gerçekten, zorunlu olarak bulunması gereken şartlar sözleşmede yer almadığı zaman ilke olarak geçersizlik yaptırımını kabul etmeyen bir kanunun, bundan çok daha hafif bir hukuka aykırılık oluşturan sözleşme şartlanma belirli puntolarla ve koyu siyah renkte yazılmamış olması hali için sözleşmenin geçersiz olmasını öngördüğü söylenemez.

3 Metin yeni harflerle Türkçe olarak kaleme alınmış olabileceği gibi, eski yazı ile (Arap harfleri kullanılarak) veya yabancı bir dilde batta yabancı bir

1a) Kapıdan satış sözleşmelerinde bu da yetmemekte ve belirli bir ibarenin mutlaka on altı punto ve koyu siyah harflerle yazılmış olması aranmaktadır (TKHK. m. 9/1).

2) **Zevkililer/Aydoğdu**, Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. baskı, Ankara 2004, s. 178, not 22 (krş. s. 177-178); **Oğuzman/Öz**, 4. Bası, s. 120.

3) Ayrıca bkz. **Aslan**, 3. bası, s. 315.

4) Daha önce esaslı noktalan üzerinde bir uyuşma olmamışsa (örneğin satılan mal belirli veya belirlenebilir olarak tespit edilmiş değildir) sözleşmenin biçim kurulmamış olduğunu gözden kaçırmamak gerekir. Bu durumda satıcının bu eksikliği bir taraflı olarak gidermesi söz konusu olamaz. Ayrıca bkz. yukarıda § 22a, N. 12.

5) Bkz. TKHK. m. 9/III, IV.

6) Ayrıca bkz. yukarıda § 22a, N. 13.

7) Aynı doğrultuda: **Aslan**, 3. bası, s. 315.

atfobcyc göre de yazılmış olabilir. Metni taraflardan birinin veya üçüncü bir kişinin kaleme almış olması önem taşımaz.

Yazılı şeklin en önemli özelliği, şekle bağlı beyanın bu yoldan cisim olarık-sürekli ve dayanıklı bfr-t-nelfbağlaimıf olnl sıcfi S s lay!t thazi "banffa.rın-a (teyp bantlanna)-yapılan kayıtlar, beyanı zaptetmekle birlikte, hukuki anlamda bir senet oluştunazlar. Bu-nfor esasen beyanda bulunanın el_ya_2:1s1 ile imzasını içermediklerinden, hiçbir şekilde yazılı şekil şartını g⁸erçekleştinmiş değildir. Bunun gibi computer disklerine yüklenip saklanan beyanlar dahi, sonradan bunların *printer* (bilgisayar yazıcısı) vasıtasıyla yazılı biçime dönüştürülmesi imkanı bulunmasına rağmen, başlangıçta yazılı olmadıktan ve buna bağlı olarak beyan sahibinin imzasını taşımadıkları için yazılı biçime uygun olarak düzenlenmiş sayılamazlar (Aşağıda elektronik imza konusunda yapacağımız açıklamalar saklıdır). Hiç kuşkusuz, beyan sahibinin bilgisayar yazıcısından çıkan metne el yazısı ile imzasını ilave ederek ona geçerlilik kazandımiasına bir engel yoktur⁹.

Metinde, sözleşme ile ilgili hangi noktaların şekle bağlanarak yer alması gerektiği, bir başka deyimle şeklin kapsanuna nelerin girdiği son derece tartışmalı bir konudur¹⁰. Bugün hakim olan görüş, sadece objektif açıdan esaslı olan noktaların şekle bağlanması ile yetininiyor ve ister objektif ister sübjektif açıdan olsun, bütün esaslı noktaların şekle bağlanması gereğini kabul ediyor. Ne var ki, bu defa da çok ileri gitmekten çekinildiği ve birçok sözleşmenin geçersizliğine yol açmaktan korkulduğu için, sübjektif esaslı noktalar bakımından bir sınılama getiriliyor. Federal Mahkemenin de esas itibariyle benimsediği bu görüşe göre, sadece *sözleşmenin normal hu* ukf çerçevesi 7ur7iahil o/an,niteliklerr-gereği doğrudan doğruya o tip_!)jr sözleşmerun içeriğine ilişkin bulunan hususların şekle bağlı metinde yer alması ycterli sayılıyor¹¹.

8) Feyzioğlu, I, s. 316; Eren, s. 245; Tckinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 114. -1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun m. 2'ye dayanarak Arap harfleriyle yazılmış belgelerin ispat yönünden senet (kesin delil) sayılamayacağı şeklindeki görüşe (Kuru, N, s. 2075) katılmıyoruz. Bu yaptırım anılan yasaklayıcı hükmün anlam ve amacı ile uyumlu değildir (Bk.z. § 25, not 12 ve § 42, N. 21 vd.).

9) Schmidlin, Allg. Erl. zu Art. 12-15, N. 4; Eren, s. 245; Schöneberger/Jaggi, Art. 13, N.6.

10) isviçre'de ileri sürülmüş çeşitli görüşlerin bir panoraması için bkz. Merz, Vertrag, N. 335 vd. Ayrıca lcrş. Gauch/Schluep/Schmid, N. 536 vd.

11) Burada en genel biçimi ile nakletmekle yetindiğimiz bu düşüncenin ayrıntılan için bkz. Tandoğan, I/1, s. 228-232; Schwenger, 4.A., N. 31.23; BGE 113.II.402.

§ 26
Adi yazılı şekil
II. İmza

1. Ana Kural: El yazısı ile imza

a. Genel Olarak

- 6 Beyan sahibi, metni imzalayarak beyan iradesini açığa vurmuş olur. İlke olarak, bizzat beyan sahibinin *el yazısı* ile imzasının bulunması şarttır.

El yazısı ile imza şartının getirilmesinin iki amacı vardır: Bunlardan *birincisi*, imzayı atan kişinin belli edilmesini, *teşhisini* sağlamaktır. *Jkiuci amaç ise*, imzanın beyan iradesini açığa vurmasını sonuç_Q, meJ:nİLL imza sanıbtTaraftından kabul edildi ğını tespit e?ektir¹²? Bir sözleşmede, yazılı söz eşme *metnini* *kimin* imzalaması *gerektiği* BK. m. 14/I tarafından belli edilmiştir. Buna göre, o sözleşme ile *borç altına gi,ren* tarafın veya tarafların imzası gerekli ve yeterlidir. Şu halde, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde her iki taraf da borç altına girdiğinden, her ikisinin de imzası şarttır. Kefalet, taşınır bağışlama vaadi gibi sadece bir tarafı borç altına sokan sözleşmelerde, kefilin veya bağışlayanın imzası aranır ve bununla yetinilir. Karşı taraf bu sözleşme ile borç altına girmediğinden, o, irade beyanını yazılı şekle bağlı olmaksızın dilediği biçimde açığa vurabilir. Bu kural kıyas yolu ile *tasan1.If işlemlerinde* de uygulanır ve yalnız sözleşme ile hakkı üzerinde *tasamrfta-bttltınanın-fömeğın-bir* alacağın temliki *sözleşmesinde* *saclece temlik edenininınzası yeteni gonilüi*, J3ufada da, diğer tarafın irade beyanı? ne? ef eaçlg? rufdugu *oniemff* değildir¹³.

Beyan sahibi yerine, onun yetkili temsilcisi de, kendi adı ile fak_at beyan sahibi adına hareket ettiğini belifterek ınza atabilir.

Özellikle Alman Hul'Ukunda rastlanan, fakat İsviçrede de iş hayatındaki adetler izin verdiği zaman geçerli sayılan bir görüş uyarınca, temsilcilerin, temsil ilişkisine işaret ederek kendi adları ile imzalayacak yerde, doğrudan doğruya temsil olunanın adı ile imza atmaları mümkündür¹⁴. Bu şekilde imza edilmiş bir senet (İsviçre Hukukunda da savunulan bir görüş çerçevesinde) Türk Hukuku açısından geçerli sayılabilir¹⁵.

İki t?orc yükleyen sözleşmelerde her ilci tarafın imzasının da aynı nüsha üzerinde yer alması şart değildir. Uypılamada, bu gibi durufruarda sözleşme metni iki nüsha olarak hazırlanır ve taraflardan her biri kendi --önürrdeki-metn.-imzalayıp diğer tarafaven?la., şe?Cşartının gerçekleşmesi bakımından bu da yeterlidir.

12) Schöenberger/Jiggi, Art. 13, N. 22, 20; Art. 14-15, N. 6.

13) Gauch/SchJuep/Schmid, N. 506.

14) Bkz. Schöenberger/Jiggi, Art. 13, N. 32 - Alman Hukukunda bu uygulamayı geçerli sayan Alınan İmparatorluk Mahkemesi kararının ve doktrindeki bilim görüşün eleştirilmesi için bkz. Larenz, AT, s. 410.

15) Bkz. v. Tuhr/Peter, § 44, II, 6, s. 395; Engel, s. 252; Eren, s. 248; Saymen/Elbir, s. 214. -Aksi görüşte: Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 114.

imza senedin s.o.mnda metnin altı U-OJIII hütiinii ile-himayesi altına alacak biçimde atılmı olr alıdır. Senet imza edildikten sonra imzanın altı-11a yazı an ususlar, senedin şekle bağlanmak ge!: elden içeliğinc dahil iseler (çer tı))ılınazlar. Metilde sonradan yapılan değişiklik, ilave ve çıkar- maların geçerli olabilmesi için bunların ayrıca imzalanmış olması gerekir.

İmza, nominal olarak, öz ad ve soyadı okunaklı biçimde yazılarak atılır¹⁶. Ne var ki, özellikle Türkiye'deki uygulamada bu şekilde atılmış imzalar pek seyrek rastlanır. Karşımıza çıkan imzaların birçoğu paraf biçimindedir. yani inızanm kısaltılmış ve çok defa öz ad ile soyadının ilk harflerine inhisar eden şeklinden ibarettir. Okunaklı imzaya rastlamak da kolay değildir. Öğretide, okunaksız imzaların dahi prensip olarak geçerli olduğu genellikle kabul olunmaktadır¹⁷. Buna karşı, çok defa sadece adın baş harflerinden ibaret kalan (veya imzanın kısaltılmış biçimi olarak tanımlanabilecek) paraflann, imza şartını yerine getirmiş sayılabilib sayılamayacağı hususunda görüş ayrılığı vardır.

- Bazı İsviçreli yazarlarca benimsenen sert görüşe göre, adın baş harflerinden oluşan paraf, sadece metinde yapılan düzeltme, ek ve çıkarmalar açısından hukuken bir değer taşıyabilir, metnin sonuna konulması gereken 'unzanın yen'ru' tutamaz¹⁸.

- Türk Hukukunda hayli yaygın olan ve diğer bazı İsviçreli yazarlarca benimsenen⁹, Alman Federal Mahkemesinin kararlarına da¹⁰ uygun düşen diğer görüş ise, bazı şartlarla, bu tip bir imzayı da geçerli saymaktadır ki, ülkemiz realiteleri açısından yapılacak başka bir şey de yoktur. Buna göre, (adın baş harflerini a bi imde i ermesi zorunlu olrnayarı) paraf biçimindeki imza, alelade ! ?/ işaretinden ibaret ka a QR. sa 'bınTnteshisine imkan ve??gecek !çüd? ekillenmiş ise ve herhalde metni kabul -edip .Yilförlüğe koyma iradesini yeterince yansıtıyorsa, BK. m. 14/T'in aradığı el yazısı ile imza şartına gerçekleşmiş gözüyle bakılacaktır^{20a}.

Alman Federal Mahkemesi, yukarıdaki açıklamalara paralel biçimde, parafın bireysel bir karakter taşıması üzerinde dunnakta ve bundan onun, diğer imzalardan ayırt edilmesine imkan verecek özelliklere sahip olmasını ve üçüncü kişiler tarafından taklit edilmesini hiç değilse zorlaştıracak bir nitelik arz etmesini anlamaktadır.

16) Her ne kadar 21.6.1934 tarih ve 2525 sayılı Soyadı Kanunu rn. 2, imzada önce öz adın, sonra soyadının bulunmasından bahsediyorsa da, öğreti yerinde olarak bu hükme uymayan imzaların da geçerli olacağını kabul ediyor (**Eren**, s. 246, not 33).

17) **Flume**, § 15, IT, 1, a, s. 251; **Schmidlin**, Art. 15, N. 9; **Eren**, s. 246.

18) **Bucher**, AT, s. 165; **Schwenzer**, Basler Komm., Art. 13, N. 6.

19) **Schmidlin**, Art. 15, N. 10; **Merz**, Vertrag, N. 352; **Fcyzioğlu**, I, s. 326; **Eren**, s. 246; **Saymen/Elbir**, s. 214.

20) NJW 1985, 1227; 1987, 1333; **Medicus**, AT, N. 619.

20a) Yargıtay da bir kararında, kişinin "kendisine özgü belirli karakterleri içeren semboller belirterek" imza atabileceğini kabul etmiştir (12. HD., 8.11.1999, 13769/1390, **Kuru**, N, s. 2080, not 26a).

- 8 Boş bir kağıdın altının imzalanıp (beyaza imza) karşı tarafa yerilmesi de şekil yönünden geçerlidir. Esas yönündenlcarşl.öllza çıkacak problemler -dana sonra 'Ifafa' iiciefocelenecektir.
- 9 Borçlar Kanunu (m. 13/II) aksi kanunda yazılı olmadıkça, imzalı bir *mektubım* veya PTT idaresine tevdi edilmiş *aslı borçlu tarafından imzalanmış bir telgrafuamenin* de yazılı şekil şartını yerine getirdiğini kabul etmiştir²¹.
- 10 Üzerinde durmak istediğimiz bir başka nokta ise şudur: Acaba bir metnin altının beyan sahibi tarafından imzalanması ile, yazılı şekle bağlı varması gerekli beyan tamamlanmış sayılabilir mi? Bu sorunun cevabı olumsuzdur. Alman İmparatorluk Mahkemesinin son derece ilginç bir olayla ilgili 27 Ekim 1905 tarihli kararında durum şöyleydi: Evli bir kadın, kocasının ve onun alacaklısının huzurunda, kocasının borcu için kefil olmayı kabul etmiş ve önünde duran kefalet senedini imzalamıştır. O sırada, asıl borçlu durumdaki koca yan odaya geçmiş ve bir silah sesi duyulmuştur. Kocanın bu şekilde intihar etmesi ortalığı karıştırmış, kefalet senedi masada, kadının oturduğu yerde kalmış ve alacaklı bu senedi almayı ihmal ederek odadan ayrılmıştır. Daha sonra, kefalet borcunun ödenmesi için alacaklının açtığı dava şu gerekçe ile reddedilmiştir: Karşı karşıya (hazır, yüz yüze) bulunan kişiler arasında dahi yazılı bir irade beyanının yapılmış sayılması için, metnin borçlu tarafından imzalanmış bulunması yeterli olmayıp, ayrıca bunun alacaklıya verilmiş yani alacaklının zilyetliğine geçirilmiş olması şarttır. İmzalı da olsa senet borçlunun fiili iktidarı altında olduğu sürece, o, beyanı yapmaktan vazgeçmek, hatta alması için alacaklıya uzattığı belgeyi son anda fikir değiştirerek geri çekmek hakkına sahiptir. Olayda, çıkan karışıklıkta kadının oturduğu yerde masanın üstünde kalan kefalet senedi alacaklıya teslim edilmemiş, bu sebeple de kefalete ilişkin beyan hiçbir zaman hukuld bir değer kazanmamıştır²². Derhal belirtelim ki, bu esas öğretide de kabul edilmekte ve varması gerekli beyanların, imzalanmış metnin karşı karşıya (yüz yüze) olmayan kişiler arasında *gönderilmesi*, karşı karşıya olanlar arasında ise karşı tarafa *teslimi* ile yapılmış sayılabileceği açıkça belirtilmektedir²³.
- 11 E! y1 sı ile imza kuralının istisnası BK. 141r.çle b...elirtilmi tir. Buna göre, mekanik biçimde (kanundaki dey.im-ilir alet-vasıtasıyla:)-atılan

21) Aynı hükmü içeren İsviçre BK. m. 13/II hükmü yürürlükten kaldırılmıştır (Bu değişikliğin gerekçesi için bkz. **Huguenin**, OR, N. 319: Buna göre, artık kimse yurt içinde telgraf göndermemektedir, mektup altındaki imzanın yeterli olması ise zaten BK. m. 13/1 hükmünün kapsamı içindedir).

22) RGZ 61,414.

23) **Medicus**, AT, N. 290; **v. Tuhr/Peter**, § 30, V, 2, s. 242; **Larenz**, AT, s. 418. - Ayrıca bkz. yukarıda § 14, N.2 (Göndenneden ne anlaşılağı orada daha ayrıntılı olarak açıklanmıştır).

imzn ancak iş hayatında yerle²miş adetlere uygun düştüğü ve özellikle tc-
Ja,ük çilarıfan çok s¹da k.--ıymetli evrnkm (örneğin bir aııoniuı şirketin
_piyasaya süüikn binlerce pay senedinia) inızası söz konusu olduğu zaman
_geçerli olur. Tıı.:aret Kanunumuz (m. 668, 690, 730) ticari senetlerde (poli-
çe:. bono. çek) mekanik yoldan imzaya izin veünemiştir.

b. .-imaların im=ası (BK. 14/11/)

Her iki gözü kör olan kimselerin, okumak imkanına sahip olmadıkları 12
birleştiren imzalamaları-onlar i-çiniJüyük tehlike arz eder. Bunu göz önünde
tutan kanım, amaların imzalarının ancak aşağıdaki iki yoldan biri ile geçerli
sayılabileceğini kabul etmiştir:

- *Birinci imkôn, ama* tarafından atılan imzanın **?**!len tasdik olunmuş" olmasıdır. Burada sözü geçen onaylama noter tarafından gerçekleştirilecek ve işlem Noterlik K. m. 73 uyarınca iki tanık huzurunda yapılacaktır....Ancak kanunun sistemi yetersizdir. Zira, imza tasdiki sadece bir imzanın "imzayı atan şahsa ait olduğunun bir şerhle belgelendirilmesi şeklinde yapılır" (Noterlik K. m. 90/I). Bunun için, imzanın noter huzurunda atılması veya kendisine ait olduğunun ilgili tarafından kabulü gerekir (Noterlik K. m. 9 rr.-oysa, iki gözü l<oroirkiilnse için asıfıefilike, kendisine i)]lZaladığı-nı sandığı mefu:iden-başka-bir- metnin imzalatıfmasıdır. Bünün önlenmesi ise, resmi memurun ona imzaladığı metniniçerigi hakkında-bilgi vermesi ileolur. BK. m. 14/III, resmi memurun metin-hakkında amayı aydınlatmış olmasına ilişkin bir açıklık içermemekte, böyle bir kaydın herşeye rağmen tasdik şerhine eklenmesini arayan görüş azınlıkta kalmakta²⁴, bu şekliyle de, incelediğimiz birinci imkan amaları koruma fonksiyonunu gereği gibi yerine getirememektedir.

Bizce, *onaylama* yoluyla senet düzenlemesiyle yetinmeyip *düzenleme* 13 *biçiminde* senetlerle ilgili Noterlik Kanunu'nun 87. maddesine başvurmak suretiyle bu sakıncayı gidermek imkanı vardır. Anılan madde şöyledir:

İlgi.linin²⁵ okuma ve yazma imkanına sahip olmaması

*Madde 87- İlgili okuma ve yazma imkanına sahip deği.lse, hazır bulun-
durulacak iki tanık huzurunda maksadını notere- beyan-eder. Noter, bu be-
yam yazailctan sonra tutanak okuuu.:. Ancak, işlemin tanık huzurunda ya-
pılmasını emreden diğer kanunların hükümleri saklıdır.*

24) Bu düşüncede: **Becker**, Art. 15 N.9. Hakim görüş için bk.z. **Schönenberger/Jaggi**, Art. 14-15, N.23; **Eren**, s. 252; **Schmidlin**, Art. 14-15, N. 21.

25) Noterlik Kanunu terminolojisinde "ilgili" belgelendirme isteminde bulunan kişidir (m. 72/II). K.rş. **Ulukapı/Atah**, Noterlik Hukuku, Konya 1994, s. 142.

İlgili ve tanıklar, beyanın aynen yazıldığı ifade etti/ı.. 'ten ve bu husus tutanağa geçirildikten sonra altını imza ederler".

En başta şu iki noktayı belirtmek gerekir:

- Maddenin "okuma ve yazma"dan söz açmasına rağmen, gerçekte bu maddededüzenlenen husus i²⁶gilinin olmmaiktaijndanyokstin-oulunrnaslı ır. nun yazma, yani metni imzalama iktidannd²⁶oksun bulunması ha in²⁶ nasıl harelcet edileceği, aşağıda göreğimiz gibi gerçekte bu maddede değil, Noterlik K. m. 75 fiukını. incie düzenleniş bulunmaktadır. / "Ygma"-deyimiyle sadece imza atma iktidarının kastedilmiş olduğu ise , p ek açıktır: Noterde düzenleme biçiminde yapılan işleq ılerde metin zaten bizzat noter tarafından h²⁶iriitnacc!ID !C!!J...----.İşamada ilgilinin yazma iktidanlıasahıp olup olmamasının hiç önemi yoktur. Onaylama yoluyla yapılan işlemlerae de metni İômin hazırlayıp yaz ıgı önemli olmadığından varılacak sonuç bundan farklı değildir. Esasen 87. maddenin metni de *sadece okuma iktidarı olmayanların* durumunun düzenlendiğiru göstermekte, ilgilinin de (yani okuma iktidarından yoksun kişinin de) tutanağı imza edeceğinden söz açılması hiçbir tereddüde yer bırakmamaktadır.

- İkinci olarak belirtilmesi gereken husus "okuma iktidarından yoksun bulunmanın" ne anlama geldiğidir. İlgilinin okumay-ı-ôilmemesi-buraya girer,ral(at onun okumayı öğrenmiş-olsa bile, gözleri görmediği için metin-Je_rjokuyabilecek durumda olmaması da hiç kuşkusuz bu kavramın kapsamı içinde yer alır. -

Bütün bunlar gösteriyor ki, işlemin noter lıızurunc! a "d²⁶nllell!²⁶" yoluyla resmiyete bağlanması imkanına başvurulduğu (yani acti yazılı şeklin tamamen kapsamı dışına çıkıldığı) tak²⁶d²⁶, ii !llalann isteklerini.iki tanık önünde notere be an²⁶elerinden so²⁶ noterin.İazırladığLtuta_uagın .tanıklar huzurunda ilgiliy²⁶okunmas Y..e onları:n-{yani- hem ilgilinin. hem de tanıkların) beyanın aynen yazıl²⁶ı spJduğı}u ifaO e ²⁶..tmelerL.üze.rııne bu hususun da tutanağa geçirilerek tüm sözü geçen kişilerin in12asının alınması yukandaoelırtılan endişelen gı enneye ²⁶venşli"oir sisier!ı oluşfüü.ır.

- İkinci imkôn, notere imza tasdiki yaptırılmamış metnin ama tarafından bilindiğinin karşıtarafça ıspat edilmesidir::Bicküşkusüz.-ama-imzasını Kabul ederse, 6u ıspafkÜlfeti yerme ge ılın[ş olur²⁶.

- 14 BK. m. 14/TII'deki şartlar yerine getirilmeden ama tarafından imzalanan senetlere uygulanacak yaptırım bakımından büyük görüş ayrılıkları vardır. Bunun sebebi, bizde de, tıpkı İsviçre'de olduğu gibi, BK. m.

26) Schönenberger/Jaggi. Art. 14-15,N.24; SchmidUn, Art. 15, N. 23; Schwenzer, N. 31.10. Krş. Eren: s. 252.

14/III'de, şekil noksanının yaptırımını gösteren BK. m. 11/II'ye nazaran farklı bir ifadenin kullanılmış olmasıdır (BK. m. I 1/II'ye göre "sahih olmaz," BK. m. 14/III'e göre "onları ilzam etmez"). Biz, bu ifade farkından bir sonuç çıkan 11'ın yerinde olmadığı ve burada da şekil noksanı için BK. m. 11/II'de öngörülen yaptırım ne ise (aşağıda görüleceği üzere, halen uygulamada hakim olan görüşe göre "kesin hükümsüzlük") onu esas almanın yerinde olacağı kanısındayız²⁷.

5378 sayılı "Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Karama-
melerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" (RG. 25868), yukarıda N. 12-14 altında yapılan açıklamaları bazı noktalarda değiştirmiştir. Bu değişiklikler kısaca şöyledir:

14a

1. 5378 sayılı kanun, İsviçre BK. m. 14/III herhangi bir değişiklik görmeden varlığını sürdürdüğü halde, bizde bu hükmü karşılayan BK. m. 14/III'ü yürürlükten kaldırmıştır. Hatırlanacağı gibi, bu hüküm uyarınca, amaların (her iki gözü açısından görme özürlülerin) imzalarının geçerli sayılması için, ya onların imzaladıkları metni bildiğinin karşı tarafça ispat edilmesi, ya da işlemin noter tarafından tasdik edilmiş olması gerekiyordu. Bu hükmün 5378 sayılı kanun ile yürürlükten kaldırılması, bundan böyle hukuki durumun ne olduğu konusunda görüş ayrılıklarına yol açmıştır:

- Bir görüşe göre, artık görme özürlü bir kişinin adi yazılı şekle tabi bir işlemi diğer herhangi bir kişi gibi tek başına gerçekleştirmesi mümkündür. Şu var ki, B.1c- m.7 41m'un yürürlükten alınmasıyla dilerse, örneğin kendi yakınlarından birisinin tanıklık yapmasını veya işlem metnini kendisine okumasını istemesi gibi tedbirlere başvurmaya bir engel oluşturmaz. Şu halde, BK. m. 14/III'ün yürürlükten kaldırılması, gerçekte, görme özürlü kişiye bir seçim hakla sağlamıştır. O, dilerse, (yukarıdaki örneklerde olduğu gibi) güvendiği bir yakınına yardıma çağırarak suretiyle bazı güvenlik tedbirleri alabilecek, dilerse tek başına hareket edebilecektir^{27a}.

- İkinci görüş bundan çok farklıdır. Buna göre, amaların noter başvurmaksızın işlem amalarına izin veren BK. m. 14/III'ün yürürlükten kaldırılması sonucu artık onların görme engelleriyle ilgili olarak sözleşme yapmalarına imkan kalmamıştır. Bu görevlilerin geçerli bir sözleşme yapmaları için nöfere başvurmaları resmi şekilde bir işlem yapılmasıyla böyle bir zorunluluk hafi gelmiştir.

27) Bu düşüncede: Schmidlin, Art. 15, N.20; v. Tuhr/Peter, § 30, not 51.

27a) İlhan Helvacı, "Özürlüler Hakkında Kanun"un Borçlar Kanunu, Ticaret Kanunu ve Medeni Kanun ve Noterlik Kanunu Bakımından Getirdiği Değişiklikler Üzerine, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, cilt 2, İstanbul 2007, s. 1866 vd.

27b) Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 9. bası, Ankara 2007, s. 86.

Bizce za flann ••çlülere karşı korunmasını ön planda tutan bir sosyal+ "1.?- hukuk devletinde (Anayasa, m. 2), ikinci göüşe üstünlük tanımak gerekir. 1.: "ARsdralde; telcbaşma llareket eden veya o şekilde harelcet etmesi sağlanan ""1 bir amaya, göüp anlamadığı bir metni imza ettirmek işten bile değildir. Birinci göüş kabul edilirse, BK. m. 14/III hükmü yürürlükten kaldırıldığına göre, bu metnin ama tarafından bilinmediği, dolayısıyla kendi gerçek iradesini yansıtmadığı hususunda ispat yükü (BK. m. 14/III'de öngörülen çözümün tersine (amaya ait olacak ve bu yoldan olayların ezici çoğunluğunda sonuç alınamayacağına göre, BK. m. 14/III'ün yürürlükten kaldırılması kuzunun kurda emanet edilmesi anlamını taşıyacaktır. Şu noktayı önemle ekleyelim ki, imzanın en başta gelen fonksiyonu mevcut metnin imza sahibince öğrenilip kabul edildiğini ortaya koymasıdır. Önüne konulan metni okuyup öğrenme yeteneği bulunmayan kör bir kişinin atacağı inza tek başına bu fonksiyonu yerine getirme gücünden yoksundur. İspat yüküne yer değiştirmek suretiyle bu probleme pratik bir çözüm getiren BK. m. 14/III hükmü yürürlükten kaldırılınca, görme özürlülerin notere başvurmaksızın adi yazılı şekilde bir senede atacakları imzaya dayanarak, onların imza üstündeki metni öğrenip benimsedikleri sonucuna vanlamaz^{27c}

2. 5378 sayılı kanunla değişikliğe uğrayan Noterlik Kanunu'nun 73. maddesinin eski metnine göre, ilgilinin (noterde işlem yapan kişinin) kör olması halinde işlemin iki tanı.khuzuru !.liia yapılması zorunlüyati Yeni metin. ancak iigflr(bzurfüTbu yolda-bir istekte bulunursa, iki tanığın işlemci cihazirbutunmasını öngoimektedir. Şu halde, böyle bir istekte bulunmamış olan amanın, tanıklarbulunınaksızın, noter huzurunda geçerli olarak işlem yapmasına bir engel kalmamış^{27d}. Şu var ki, bu kural sadece imza atabilen görme özürlüler için mutlak olarak geçerlidir. Aşağıda görüleceği gibi, imza atamayan görme özürlüler açısından, Noterlik Kanununun yine 5378 sayılı kanunla değişik 75. maddesinde özel bir hüküm vardır.

3. Noterlik Kanunu'nun 5378 sayılı kanunla değişik 75. maddesinin 2. fıkrasına göre

27c) 5378 sayılı kanun, Türk Ticaret Kanunu'nun poliçelere ilişkin m. 668/III hükmünü de yürürlükten kaldırmıştır. Bu hükme göre "Amaların el yazısı ile imzalarının usulen tasdik edilmiş olması lazımdır". Yukarıda BK. m. 14ffil'ün yürürlükten kaldırılması dolayısıyla açıklanan düşünceler bu halde de geçerli olduğundan, bu değişikliği, meselenin çözümünü Noterlik Kanunu hükümlerine bırakan bir düzenleme olarak anlamak yerinde olur (Başka türlü: **Helvacı**, not 27a'da age, s. 1870 vd.).

27d) Prof. Dr. **Cevdet Yavuz'un**, Y. Doç. Dr. **Fulya Erlüle** ve Y. Doç. Dr. **İpek Sağlam** ile birlikte yayınladığı "Türk Medeni Kanunu, Borçlar Kanunu ve Diğer Mevzuat" başlıklı, uygulamada çok yararlı eserinin 9. baskısında (İstanbul 2008, s. 990-991) Noterlik Kanununun 5378 sayılı kanunla değişikliğe uğramış 73. maddesinin yeni metni verildikten sonra, yürürlükten kalkmış eski 73. madde metninin de buna eklenmesi okuyucuyu şaşırtmaya elverişlidir.

"Bir noterlik işleminde inmi atılmış veya imzı yerine geçen el işareti yapılmış olmasına rağmen, ilgisi ister veya uğnu işlem yapılmı ve imzu utubilen görme özörlöler h:iri' olmak üzere noter, işlemin niteliği, imzayı ntnn veynel işretni yapan şahsın dunımı ve kimliği bnkımındun gerekli görürse, yuknrıdnki fıkrnd:iki usul dairesinde ilgili, tanık. tercüman veya bilirkişinin pamağı da bastırılır. Mühürhıllanılması halinde pannnđın da bnstırılmısı zorunludur."

1\laddeden anlaşılaçağı gibi, bu hüküm, eski metinden farklı olarak, sadece imza atamayan gönne özörlöler hakkında uygulanır²⁷ c.

c. Inı=a atma ;k1;darmda11 yoksun kişUeri11durumu

Ok'Uma yazma bilmemek, bedeni sakatlık vs. gibi ebeplerden ötürü im=a atma-fk1iaar11da11yok.sun bulünalı Rıfılerinôurumu BK. m. 15'de düzenlenô.iştir. Bu dunundaki kimseler, aşıağıdaki iki yoJdan birine başvurabilir:

- Birinci imkdn: El ile yapılmış !!! usulün qji .: <!q_na_Lanm_ bir işaret) 'kullamlması. Burada tlpEi 1 1 :nz gib.i. el-ile..g-er-çek:leşt-i-ri'ecek-ve-btı-şekilde evan sahibinin kişisel özelliğini yansıtacak herhangi bir işaret söz konusudur. He-rolayda aynı işareti kullanmak mecburiyeti de yoktur²⁸. Ülkemizde sık sık rastlanan bir-yoColarak imza yerine mühür basılması,J>ctada_'el ile yapılmış bir işaret" bulunmadığından, BK. m. 15'in kapsamına girmez. Ne var ki,K::n1. l-s-•e göre,-sadece dile yapılmış birışarefyetmemelcte, ayrıca bu işaretin onaylanmış (tasdik edilmiş) olması aranmaktadır. Bu onaylamayı gerçekleştirecek merci, Noterlik K. m. 93 vem. 75 uyarınca noterdir. Yine Noterlik K. m. 75'e göre, üllcemizde yerleşmiş uygulamaya uygun biçimde, pannak izi de el ile yapıla!! İ şaretle bir tutuh.ı: hatti_nJ.ii/iiiı-.k:ulla-nTittrasrdatiicaızôır.Tafüz,"Noterlik Kanunu gereği (m. 75/11, c. 2), "Mü-7ıııı; kullanılması halinde parmağın da bastırılması zorunludur." Böylece, sadece "mühür" BK. m. 15'in aradığı şekil şartını gerçekleştirmeye yetmediği halde, Noterlik Kanunu hükümlerince mühür kullanan kims.e.n.in zorunlu olaralc parmağıdabastınlacadı, p rm ak lii is.e B.K...m.15_'. da.sözü edilen -tiel ile yapılmış işaret,-'kavramı ile bir tutulduğ!!_ için, _sonuç...itibarzyla mü-lı-Urlü senetler-d_ geçerlilik kazanacaktır.

Buraya kadar yapılan açıklamalar gösteriyor ki, noter huzurunda "düzenleme" yoluyla resmiyete bağlanan senetlerde, ilgili hem okuma hem de yazma iktidarından yoksun bulunuyorsa, *birinci aşamada* (noterin hazırladığı tutanağın okunması üzerine gerek ilgili gerekse tanıkların, iki gözü gönneyen kişinin beyanının aynen yazılmış olduğuna ilişkin ifadeleri tutanağa geçiriliyor) Noterlik K. m. 87 hükmü uygulanacak; buna karşı, *imza aşamasına* geçildiği vakit, yazma iktidarı olmayan ilgili açısından Noterlik K. m. 75 hükmü devreye girecektir.

27e) Amalann imzalarının geçerliliğine ilişkin hükmün son durumu için kitabın arkasında yer alan 'Türk Borçlar Kanunu'nda ve Diğer Kanunlarda Yapılan Değişiklikler" kısmına bakılmalıdır.

28) **Schönenberger/Jaggi**, Art. 14-15, N. 25; **Schmidlin**, Art. 14-15, N. 25; **Eren**, s. 250.

Bu imkan açısından aydınlığa kavuşturulması gereken bir mesele de, *BK. m. 15 Jiiikmü ile HUMK. m. 297 hükmü arasındaki ilişkidir*. Gerçekten, Usul Kanunumuz (HUMK) 297. maddesinde şu hükmü kabul etmiştir:

"Bundan başka imza vaz'ına mulrtedir olamıyan veya yazı bilmeyen şalışm lieyeti ihtiyariye ve mahallince maruf iki şahıs tarafından tasdik edilmiş ve el ile yapılmış bir işaret veya mühür istimal etmesi caizdir"

Ülkemizde sık sık rastlanan bir görüş, Usul Kanununun 3. maddesinde (anunculan soma yörtiil e mu o masına ayanarak, BK. m. 15'de sözü edilen "tasarın ne şekilde gerçeklececeğini HUMK. m. 297 tarafından gösteren gini, böylece noter tarafından yazılacak tasdik yolda yeni Erimkanın yararı için kağıt kullanılmaktadır". Bu düşünce aşağıdaki sebeplerle acağıdır:

- Bir defa, iş iç gözden uzak tutmamak gerekir ki, bir sözleşmenin geçerliliğine ilişkin şartlar, Medeni Kanun, Borçlar Kanunu, Ticaret Kanunu gibi maddi hukuka (esasa) ait kurallardır. Şu halde, geçerlilik şartı olan yazılı şekil vakit y...na gerçekleşeceği hususunda kararlar koymak-Usul Kanunlarının yetki alanı dışında kalır²⁹. Usule ilişkin bir kararın; sadece ispat şartı olarak şeklin nasıl gerçekleşeceğini belli edebilir.

- İkinci olarak, Yargıtay'ın, HUMK. m. 297'de öngörülen onaylamanın bir "geçerlilik" değil, sadece "ispat" şeklinden ibaret bulunduğu yolundaki yerleşmiş içtihatları³⁰ karşısında, HUMK. m. 297'de öngörülen tasdiki, BK. m. 15'de sözü edilen tasdik ile bir tutmak imkanı kalmamıştır. Kaldı ki, Yargıtay içtihatlarına göre, HUMK. m. 297'ye göre tasdik edilmemiş bir senetteki mühür veya parmak izi borçlu tarafından ilcrar edilir ise (Yüksek Mahkeme, borçlunun bu konuya ilişkin herhangi bir itirazda bulunmamış olmasını dahi yeterli görmektedir), ihtiyar heyeti ve mahallinde tanınmış iki kişi (iki tanık) tarafından onaylanmamış senetler dahi geçerli sayılmaktadır³¹. Bu sonucu, geçerlilik şartı olarak öngörülmüş şekil hükümleri ile bağdaştırmak mümkün değildir.

29) Örnek olarak bkz. **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 123; **Eren**, s. 251.

30) Özellikle bkz. **Tandoğan**, II, s. 745.

30a) Yargıtay 2. HD.'nin 25.12.1970 tarih ve 6125/7046 sayılı kararında, "Usulün 297. maddesindeki merasim senedin muteberliği için konulmuş değildir. Sözü geçen şekil, ispat şartı olarak öngörülmüştür. Usulde belgenin geçerliliği bakımından bir düzenleme şekli derpiş olunmadığına..." denmektedir. Bunun gibi, Yargıtay 4. HD.'nin 30.5.1978 tarih ve 9842/7238 sayılı kararına göre "HUMK'nın 297. maddesinin mühürlü parmak izli ve işaretli belgelerin düzenleme şekli ve şartları konusunda öngördüğü kural, bir geçerli şekli olmayıp ispat şekline ilişkindir." (Bu kararlar için bkz. **Kuru**, cilt 11, s. 2142, 2139).

31) Bkz. **Kuru**, cilt 11, s. 2139 vd. ve orada anılan Yargıtay kararları.

- Nihayet, amnca uygunluk bakımından da, noterler gibi hukuk formasyonuna sahip olması (Noterlik K. m. 7) gerekmeyen, hutta uygulamada ru tlmıdı, üzere bizzat kendisi okuma yazma bilmeyen ihtiyar heyeti mcnsuplanıuc:: ve yine kendileri için okuma yazma bilme zorunluluğu öngörülmemiş "mahallinde maruf (herkesçe tanınan) iki şahsa", geçerlilik şartı olan şekli grçeklcştınc yetkisinin bırakılması yerinde göiilemcz.

Bütün bu açıklamalardan sonra varılacak sonuç şudur: *HUMK. m. :97',ın öngördüğü imkan sadece ispat şartı olarak düzenlenen senetler için geçerlidir. KanundınOogan bir 0e erlililLşa tı olarak senet düzenlcnlensi* gerekiyorsa, BK. m. 15'de ögörülen "tasdt•şartını gerç_ekleştirccek o an merci ilke olarak noterdi(. Buna rağmen, sadece HUMK. m. 297'de öngörülen onaylama ile yetinilmişse, bu senet işlemin yapıldığını ispat eder fakat ona geçerlilik kazandıramaz.

- İlriuci imkan: Resmi senet/eme (kanuudald yanlış çeviriye göre "resmi şahadetname").

BK. m. 15, çok kötü ve yanlış bir çeviri sonucu imza atma iktidarından 16 ksun kişinin "resmi bir şaha etname kullanmaya mezun" olduğundan bahsediyor veou yolaan, anılaıi-k.işüün, -eTine verilecek resmi bir-belge ile ailedigt zaman, imza atmaksızın senef öuz.enle_yebikceği...sanıslııLÜ.yandırıyor. Oysa durum böyle değildir. İsviçre Borçlar Kanununun 15. maddesinin Almanca- metnine göre, burada söz konusu olan "resmi senetleme"dir³³. Bununla kastedilen şudur: İlgili kişi, resmi memura (notere) başvuracak ve ondan (Noterlik K. m. 84 anlamında "düzenleme biçiminde") resmi bir senet düzenlemesini isteyecektir. Bu senette şu iki unsurun mutlaka yer alması icap edecektir³⁴:

(:İlgilinin, senette yer alan hususların iradesine uygun olduğu hususunda resnumemura sôzfü beyanda7mluntlüğü1 fak:Jsınifa-151rkayıt;

::•nun imza atma iktidarından yoksun bulunduğl.nJm_noter tarafından tespit edildiğini gösterir-bir kayıt.

32) **Kuru'nun**, 4541 saydı kanun m. 8/5 ve Köy Kanunum. 25/4'e yollama yaparak verdiği bilgiye göre "İhtiyar Heyeti (veya meclisi) üyeleri de okuyup yazma bilmek zorundadırlar. Ancak özellikle köylerde, okuyup yazma bilmeyen kişilerin de ihtiyar meclisi üyeliğine seçildiğine rastlanmakta ve bir itiraz olmadığı sürece okuyup yazma bilmeyen üyeler de bu görevi yürütmektedirler. Bu gibi ihtiyar meclisi üyeleri mühür kullanmaktadır. Buna karşılık, iki tanık için okuyup yazma bilme zorunluğu olmadığından yazı bilmeyen tanıklar da mühür kullanabilirler" (**Kuru**, cilt II, s. 2133).

33) Bu açıdan, İsviçre BK. m. 15'in Fransızca metnindeki "resmi tasdik" (attestation authentique") deyimini de çok başanh değildir.

34) Schönerberger/Jaggi, Art. 14-15, N. 27; Schmidlin, Art. 15, N. 27.

- 17 Bunn paralel imzasız bir resmi senetleme imkanı, Miras Hukuk-unda, resmi vasiyet-namelerde (**MK.** m. 535, eski MK. m. 482) öngörülmüştür. Aslında, (kenar başlığındaki ifadenin aksine madde metninden anlaşılmamasına rağmen) okuma ve yazma bilenlere de açık olan, fakat okuma yazına iktidarından yoksun bulunanlar için başvurulabilecek tek imkam oluşturan bu vasiyetname tipinde, vasiyetname metni şahitler huzurunda bizzat resmi memur tarafından tasarrufa ehil gördükleri vasiyetçiye okunmakta; o, okunan metnin son arzularına uyduğunu beyan etmekte ve şahitler verecekleri şerhte, gerek vasiyetnamenin bizzat resmi memur tarafından vasiyetçiye kendi huzurlarında okunduğunu, gerekse vasiyetçinin yine kendi önlerinde yaptığı beyanı ayrıca belirtmektedirler³⁵. İsviçre Federal Mahkemesine göre, BK. m. 15 ile MK. m. 535 (eski m. 482) arasında genel hıll..'Üm-özel hüküm ilişkisi vardır³⁶.
- 18 İsviçre'de hakim olan görüşe göre, buradaki resmi senetlemenin ne şekilde gerçekleşeceği bususunl'da kantonların noterlik mevzuatına bakmak gerekir. Bazı kantonların Noterlik Kanunlarında ise, ilgilinin ilave olarak bir de el işareti koyması öngörülmüştür ve öğreti:r,e göre, zorunlu olınasa bile, bu şekilde hareket edilmesine bir engel yoktur ⁷.
- 19 Bizde durum nasıldır? Bu soruyu *iki* aşamada cevaplandırmak yerinde olur:
- Öğretide bazı yazarlar tarafından da desteklenen Yargıtay, hayli *eski* bir kararında, BK. m. 15'de sözü edilen resmi senetleme'nin (kanuna göre "resmi şahadetname"), HUMK. m. 297 hükmü ile yürürlükten kaldırıldığı sonucuna varmıştır³⁸. Bu görüşe katılmak imkanı yoktur. Daha önce de belirttiğimiz üzere, Usul Kanunlarının geçerlilik şartı şekillerle ilgili düzenlemeler yapamamaları ve HUMK. m. 297'nin sadece ispat şartını yerine getirecek senetlerle ilgili olması bir yana, HUMK. m. 297'ünün metninde, BK. m. 15'in bu şek.ilde değiştirildiğini gösteren (açık veya örtülü) hiçbir ifade mevcut değildir³⁹.

35) Bu çözümü kabul eden Yargıtayın 26.3.1962 tarih ve E. 23, K. 3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ve konunun ayrıntıları için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras Hukuku, 3. baskı, İstanbul 1987, s. 161, 182 vd.

36) BGE 45. II. 138. Krş. Schmidlin, Art. 15, N. 31.

37) Bkz. yukarıda not 34.

38) 4. HD. 28.2.1950, 7/1271 (**Olgaç**, Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu, I, 2. baskı, İstanbul 1969, s. 61). Karar "BK. nın 15 inci maddesinde beyan olunan resmi şahadetname istimali keyfiyeti usulün 297 nci maddesinin birinci fıkrasında sayılan istisnalar arasına konulmamak suretiyle BK. nun (resmi şahadetname istimaline) müteallik fıkrası ilga edilmiş bulunmasına ve *resmi bir şahadetname yani imzaya muktendir o/ mı-yan ve yazı bilmeyen kimselerin noterden tasdik edilmiş bir belge ile bir işaret veya mü-jiür kullanarak yaptıkları muamelenin muteber bulunmadığına*" demektedir ki, Yüksek Mahkemenin bir yandan HUMK. m. 297'nin etki alanını yanlış değerlendirerek, diğer yandan da kötü ve yanıltıcı çeviriyi esas alıp BK. m. 15;de sözü edilen "resmi şahadetname istimali" ibaresine yanlış anlam vererek söylediklerine katılmak mümkün değildir.

39) Bkz. ve krş. **Tunçomağ**, s. 225.

- BK. m. 15'de sözü edilen "resmî bir şahadatname kullanılması" biçimindeki irade, aslına uygun olarak "el yazısı ile imza" şeklinde anlaşılsa bile: 1. tasıl İsviçre'de resmi senetlere ilişkin düzenlemeler kanton mevzuatına bırakılmışsa, bizde de bunun resmi şekli konusunda genel kanun niteliğindeki Noterlik Kanununda öngörülüp düzenlenmiş olması gerekirdi. Oysa, BK. m. 15 anlamında "resmî senetleme"ye ilişkin herhangi bir hükümler Noterlik Kanununda yer almamaktadır (Aynı şey, Tapu Sicili Tüzüğü m. 18 hükmü için tekrar edilebilir). Noterlerin Noterlik Kanununun öngörmeyeceği bir prosedürü uygulamalarını beklemek aşırı bir iyimserlik olur. Sözü geçen belirsizlik ortamında bu yüzden onları kınamak da mümkün değildir. Kaldı ki, bu uygulamaya esas teşkil edecek BK. m. 15 hükmü bunu son derece yanlış ve anlamsız bir deyimle ifade etmiştir ve ortada Yargıtay tarafından verilmiş (bizce hiçbir şekilde isabetli sayılamayacak) resmi şahadatname kullanımına ilişkin alternatifin HUMK. m. 297 ile yürürlükten kaldırıldığına dair bir karar vardır. Bütün bu (işin esasına değil, fiilen uygulanma imkanına ilişkin) kötümser düşüncelerin hiç de iç açıcı olmayan pratik sonucu şu olacaktır: Resmi senetleme yolu belirtilen sebeplerden ötürü kapalı tutulduğu vakit, her iki eli de alçıda olan veya iki kolunu bir kazada kaybetmiş kişiler, işaret koyacak elleri ve basılacak pamlakları olmadığı için, geçerliliği (adı veya resmi) yazılı şekle bağlı işlemleri *bizzat* yapma imkanından yoksun kalacaklardır ki, bundan yasama organının bir an önce konuya el atmasında büyük yarar olduğu sonucu çıkar^{39a}. Derhal belirtelim ki, Adalet Bakanlığınca görevlendirilmiş bir komisyonca hazırlayan Türk Borçlar Kanunu Tasarısı da bütün bu meselelerde son derece yetersiz kalmaktadır.

BK. m. 15'de öngörülen imkanlardan yararlanacak kişinin imza atma iktidarından yoksun bulunması şarttır. Bu şart gerçekte mevcut olmadığı halde BK. m. 15 hükmüne göre senet düzenlenmişse, yarılan işlem geçerli olur mu? Bir görüş, bu halde, yapılan işlemi geçersiz saydığı halde⁴, diğer bir görüş tam aksi sonuca varmaktadır⁴¹. Bizce, bu görüşlerden ikincisi isabetlidir. Resmi şekilde düzenlenen ölüme bağlı tasarruflarda dahi, okuma veya imzalama iktidarına sahip bulunmayan vasiyetçiler için öngörülmüş bu-

20

39a) Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre (Kılıçoğlu, 7. bası, s. 81), BK. m. 14/I'de sözü edilen "el yazısı ile imza" şartında yer alan "el" deyimini sadece el dediğimiz organı ifade etmez. Önemli olan husus borç altına girmiş kişiden çıkmış bir işaretin bulunmasıdır. Şu halde, "el" sözcüğü dar yorumlanmamalı ve kişinin "ayaklanrı" veya "ağzını" kullanarak attığı imza da geçerli sayılmalıdır. Bu görüş yerinde değildir. Ne kadar geniş yorumlanırsa yorumlansın, "ayaklar" veya "ağız" kullanılarak atılan bir imza "el yazısı ile" imza kavramının içinde yer alamaz. El yazısıyla imza şartının istisnaları gerek Borçlar Kanunu gerekse Noterlik Kanunu ve Tapu Kütüğü mevzuatında gösterilmiştir. Ayaklar veya ağız vasıtasıyla konulacak işaretler bu istisnalar içinde de yer almış değildir.

40) Schönenberger/Jaggi, Art. 14-15, N. 28, 33 (Şu var ki, bu yazarlara göre, bu halde, şekil noksanına dayanmak yerine göre MK. m. 2'ye ters düşebilir).

41) Schmidlin, Art. 15, N. 29. Aynca, krş. v. Tuhr/Peter, § 30, not 52; Becker, Art. 13-15, N. 8.

lunnn MK. m. 535'e (eski MK. m. 482) göre düzenlenen ve *imza atmak iktidarına* sahip vnsiyetçinin imzasını taşımayan senetleri geçerli sayan bir hukuk sisteminde⁴², ilgilinin el işaretinde resmi memurun tasdiki bulunduğu ve bu şekilde senette yer alan irade beyanının o kişi tarafından yapıp yürürlüğe konulduğu resmen sabit duruma geldiği halde, sırf imza atma iktidarı var iken bu yola başvurulmuş olunmasına dayanarak işlemi geçersiz saymak aşın bir şekilcilik olmaktan öteye geçmez. Bu gibi durumlarda, ancak cezai veya inzibati nitelik-te yaptırımlar söz konusu olmak gerekir.

- 21 BK. m. 15, "Kambiyo poliçesine müteallik hükümler '!! a ffizdur" demek, TK. m. 68'den i p olıçe.:hoıw-v.e-çek.lerde BK. ..m, 15'deki tardafıyararlanma imkanı olmadığı anlaşılmaktadır⁴³.

TTK. m. 668m, "El yazısı ile olan imza yerine ... resmi bir şahadetname kullanılmaz" diyerek, BK. m. 15'deki çeviri yanlışını tekrar etmektedir.

2. Elektronik İmza / ı')!{1r ln<ll.:).cz;d

- 22 E-onik söz!gm?le rde?l yazısıyla imza atmanın mümkün olmaması, geçerililiği yazılı şekle bağlı sözleşmelerin elektronik ortamda gerçekleştirilmesine imkan bırakmadığı gibj, Medenî Usul Hukuku anlamında ispat aracı olarak kullanılabilecek senetlerin düzenlenmesine de bir engel Öluşturur. Bu engeli afbilmek için, haylı yadırgatıcı bir deyimle "ıslak imza" diye adlandırılan el yazısıyla imza yanında elektronik imzanın da, bir çok xabancı ülkede yapıldığı ve Avrupa Birliğinin 11.()999 tarih ve 1999/93 sayılı Yönergesinde⁴⁵ öngörüldüğü gibi, Türk Hukukuna da girmesi için çaTışmalar f98""8 yılında Hazineve"Dış Ticaret Müsteşarlığı tarafından başlatılıfüş ve sonunıla 15:f:-200?tarih ve 5070 saxıh Elektronik İmza Kanunu 23.1.2004 tarihli Resmi Gazetede yayınlanmış⁶ ve yayım tarihinden alh ay sonra 23.7.2004 günü yürürlük kazanmıştır⁴⁷.

Elektronik İmza Kanunu (=EİK) 22. maddesiyle BK. m. 14/I'e şu cümleyi eklemiştir:

42) Bkz. 26.3.1962 tarih ve E. 23, K. 3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararı ve **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras Hukuku, 3. bası, İstanbul 1987, s. 161.

43) Aynca bkz. **Karayalçm**, Ticaret Hukuku, İli. Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri), 4. Baskı, Ankara 1970, s. 51.

44) Bkz. **Özdilek**, İnternet ve Hukuk, İstanbul 2002, s. 36.

45) Aynca yine Avrupa Birliğinin 8.6.2000 tarih ve 2000/31 sayılı Yönergesinde de bu konuda büküm vardır. Bu Yönergelerin Fransızca ve Almanca metinleri için bkz. **Amstuti/Picbonnaz/Probst/Werro**, Droit prive europeen, Directives choisies (Europaisches Privatrecht, Ausgewahlte Ricbtlinien), Beme/Athenes, 2005, s. 499 vd., 532 vd.

46) RG 25355. Diğer taraftan 6.1.2005 tarih ve 25692 sayılı Resmi Gazete'de "Elektronik imza Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" yayınlanmışr. Bu konudaki mevzuatla ilgili daha geniş bilgi için bkz. **Orta**, Elektronik İmza ve Uygulaması, Ankara 2005, s. 78 vd.

47) Aynca bkz. **Sonsuzoğlu**, Elektronik İmza Kanunu, İlgili Düzenlemeler ve Bunların Vergi Hukuku Alanındaki Yansımaları, Yaklaşım, 2005, sayı 153, s. 33 vd.

"Güvenli elektronik imza ile atılan imza ile aynı işi a!..S!..icüüüü laiz-clir"

Bu ifade tarzı erinde de?ildir. Bq!..Cj ar }C @!!!U is at d?ğj! geçerlilik şekliyle ilgili bult ıngu ğyna gö!e (E!K!-m. ?ll bükmünde belirtildiği gibi) ş?yle denmeliydi:

"Güvenli eleJ..-tronik imza el ile atılan inzq jje avnJ Juu/iukf s p ?uuçları doğunır"⁴⁷⁰.

Aynı kamın, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa da 295/A maddesini ekleyerek, güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik verilerin senet hükmünde olmasını ve aksi ispat edilinceye kadar kesin delil sayılması öngörmüştür.

Uygulamada ?•?lektronik imza" erine çok defa "dijital (sayısal) imza" 23 denmekte ve bu iki deyim eşanlamlı olarak kül anımaictaar:-Oysa gerçek atıffıfu böyle değildir.-"Elefüonıl<iinzadeyimi dijital (sayısal) imzayı da içme alan üst kavramı 1retirtir:El elmonik unzanın içine, dıJital imza-yanın- ınr;i>°lfieğin 'kişilerin biyômetrik özelTiklerine dayalı (ses, gözretinası taraması, parmak izi taraması gibiflnyômeftik yöntemler gibC kredi kartla- ruida kullanılan PİM" vs. gibi yönte-mler de girer⁴⁸:-..şu halefe, her clijj tal 7siyısıl) imza elektronik imza olduğu halde, her elektronik imza dijital imza değİldir⁴⁹ ?e var ki, Elektro nik İmza Ka n unu tamamen dijital telaio- lojiyi esas almakta ve elektronik imzanın dijital (sayısal) imza olarak ad- -lanrunlanliiriiniü düzeriemektedü⁵⁰.

Elektronik İmza Kanunu'nun düzenlediği elektronik (dijital) imza ne- 24 çir? Bu sorunun en kolay anlaşılabilir ve kestinne cevabı şudur: Dijital (sayısal) imza anlamına gelmek üzere elektronik imza, "el yazısı ile atılan imzanın özellikle doğurduğu hukuki sonuçları elektronik belgeler açısından gerçekleştirmeye yarayan şifreleme programlarına verilen isimdir"⁵¹. Gö-

47a) Bu konuda ayrıca bkz. **Aksoy**, Borçlar Hukukunda Güvenli Elektronik İmza, HPD, 2005/5, s. 254 vd.

48) **Erturgut**, Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi, Ankara 2004, s. 54. Aynı yönde açıklamalar: **Altınışık**, Elektronik Sözleşmeler, Ankara 2003, s. 78-79; **Orta**, not 46'da age, s. 37. Gelecekte dijital teknolojinin de aşılması ihtimali göz önüne alınarak daha esnek ve genel nitelikteki "elektro-nik" deyimine üstünlük tanındığı hakkında bkz. **Sonsuzoğlu**, not 47'de age, s. 35.

49) **Sonsuzoğlu**, not 47'de age, s. 36.

50) Bu noktadan hareket ederek kanunun adının "Dijital İmza Kanunu" olması gerektiği ve dolayısıyla dijital imza deyimine üstünlük tanınması icap ettiği hakkında bkz. **Keser Berber**, E-Sözleşme Bağlamında Dijital İmza ve ETKK Yasa Taslağı Açısından Türkiye'de Durum ("İnternet ve Hukuk", Derleyen: Yeşim M. Atamer, İstanbul 2004, s. 52).

51) **Keser Berber**, not 50'de age, s. 51. Buna çok benzeyen bir diğer tanıma göre "Sayısal imza, kişinin el yazısı ile attığı imzanın sahip olduğu özellikleri elektronik ortamda

rüldüğü gibi, el yazısıyla imzaya hiç benzemeyen, onunla yapısal olarak hiçbir ortak nollası olmayan bir kavram ile karşı karşıyayız. Kanun (EİK. m. 3/b), elektronik imzayı şöyle tarif etmektedir: "Başka bir elektronik veri ve eklenen veya elektronik veriyle matl, tıksal bağllı, n tısı bij, lunqn ve kıl, llik doguulama amacıyla Xl, l7anılan eleKironik veri". Öğretide verilen çeşitli truillero bir-ünesine örelse, aijffiliiiiza, Başka bir dijital dokümana (yani bir verinin üzerine kaydedildiği, insan veya makine tarafından okunabilen veri taşıyıcıya) eklenmiş ya da mantiken ilişkilendirilmiş "bit"lerden (en küçük verilerden) oluşan ve alıcıya, gönderenin kimliğini ve mesajın iletişim sırasında değiştirilip değiştirilmediğini denetleme imkanını tanıyan bir çeşit mühür niteliğindeki seridir⁵². Konuyu aydınlatan bir başka tanım ise şöyledir: "Elektronik imza; genel, belirli bir teknolojiye bağlı olmayan (technology neutral) ve elektronik bir kaydın bütünlüğü ve doğruluğunun ispatı ile kaydın sahibi arasında ilişki kurmak için kullanılan tilin metotlara verilen genel bir isimdir"⁵³.

- 15 Kanun, sadece "güvenli elektronik imza"yı esas almış ve elektronik imzanın güvenli sayılabilmesi için bazı şartların gerçekleşmiş olmasını gerekli saymıştır. Buna göre (EİK. m. 4):

"Güvenli elektronik imza;

@Münhasıran imza sahibine bağlı olan,

r7ifı; adece imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza
? nna aracı ile oluştuntlan,

? Nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğinin
Js,; i; ui sağlayan,

1. ?Jj} inızalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapı-
llfY) 'apılmadığının tespitini sağlayan,

elektronik imzadır".

- 26 Dijital imza bakımından günümüzde en yaygın olan teknoloji "A91k Anahtar Sistemi" veya "Çifte Anahtar Sistemi" diye anılan sistemdir. Sadece bu tekfiolojiye ağılolarak ka eme a iiniamış öl.makla birlikte, Elektronik İmza Kamiiiunünaaferyei7Juia"yollamayaEtigg örülmektedir (EİIC. m.-: -3Tcr, f)⁵⁴. 13Usistemde iki anahtar lruUamlmakta, buıılar an yalnız imza sahibi tarafından bilinen ve kimsenin öğrenmemesi için çok iyi muhafaza edilmesi gereken gizli (özel) anahtar, şifrelemek suretiyle imzanın oluşt-

gerçekleştirmeye çalışan matematiksel formüllere veya şifreleme program/arma verilen bir isimdir" (Orta, not 46'da age, s. 38).

52) Bu tanım için bkz. Altınışik, not 48'de age, s. 79-80 ve not 67, 68.

53) Orta, not 46'da age, s. 39.

54) Erturgut, not 48'de age, s. 55.

rulmasına; buna karşı herkes tarafından kolayca öğrenilip bilinebilen *açık (genel) anahtar*, gönderilen mesaj deşifre edilerek (şifresi çözülerek) imzanın denetlenmesine imkan vennektedir⁵⁵.

Yukandu sözü edilen çift nnuhtur sistemi "asimetrik annhtnrlı şifreleme sistemi" olarak adlandırılır. Bunun karşısında, "simetrik unnhtnrlı şifreleme sistemi" yer alır ki, bunda hem şifreleme hem de şifre çözmede aynı anahtar kullanılır ve bunun sonucu olarak tamamen gizli kalması gereken bu anahtarı İslar istemez her kullanıldığı işlemde, k-arşı tarafın şifreyi çözmesini mümkün kılmak için ona açıklamak zorunluluğu onaya çıkır⁵⁶. Gerçi asimetrik anahtar sisteminde de, herkesçe bilinebilen açık anahtarı kullanarak gizli anahtarla şifrelenmiş mesajı ele geçiren kişinin onu deşifre etmesi imkanı vardır. Bunu bertaraf etmek için "çapraz şifreleme" yöntemine başvurulur⁵⁷.

Anahtar denince bwdan ne anlamak gerekecektir? Bir mesajın şifrelenmesi veya şifresirrin-çözülmesi matematiksel bir algontma a dayanır⁵⁸. ŞifrelTmesaj; analılarlıdı veHlen ve ne ka d:g uzııı-cıursa o icadar: gtivenli ofan bir sayıya dayalı olarak üretilir. Ayn ! şey şifreJj mesaj!n deş ifre edilmesi (şifrenin çözülmesi) için de geçerlidir. Bu sebeple anahtarı, şifrelemenin temelinde yatan ve kriptografi (şifrebilim) algoritmasınca kullanılan uzun sayı dizisi olarak tanımlamak mümkündür⁵⁹. Her ne kadar, açık ve gizli anahtarlar arasında matematiksel bir ilişki bulunsa da, bu anahtarlardan birine dayanarak diğerini elde etmek hemen hemen imkansızdır⁶⁰.

Karşı tarafa elektronik ortamda gönderilen asıl mesaj metpini!! Şifyele innesi meeburiyeti-yoktur.6önderen:-hırmetni genellikle şitremeksizin gönôerii. Buna karşı, elektronik inı;a, asıl mesiji oluşturan elektronik metnih-/fas/i algoritmalarına dayalı matematiksd b.it Ö-4eJıııı...(öz.Iii;Jıll) ç:kanlını ve "parmak izi" c:liy aqlaudıolaash..(özet;-Öz) değerinin" hesaplanmasını gerektirir. Göndericinin gizli anahtarını kullanarak şifreleyeceği

55) Bkz. **Erturgut**, not 48'de age, s. 70-71; **Orta**, not 46'da age, s. 42 vd.; **Altınışık**, not 48'de age, s. 82.

56) Bkz. **Orta**, not 3'de age, s. 64; **Altınışık**, not 48'de age, s. 81.

57) Çapraz şifreleme yöntemi için bkz. **Altınışık**, not 48'de age, s. 83; **Orta**, not 46'da age, s. 43-44.

58) **Sonsuzoğlu**, Yaklaşım 2005, sayı 154, s. 5 I; **Altınışık**, not 48'de age, s. 80. -Bu yazarlardan **Altınışık**, algoritma kavramını basitleştirerek şu şek.ilde açıklamaktadır: "Bir mesajı şifrelemek ya da deşifre etmek için matematiksel bir algoritma kullanılır. Algoritma matematiksel bir dönüştürmeyi (formül) ifade eder. Basit bir algoritmayı şu şek.ilde örneklendirebiliriz: "Harfleri alfabede kendinden sonra gelen üçüncü harfe dönüştür". Bu bir şifreleme algoritmasıdır. "Acil yardıma ihtiyacım var" şeklindeki bir mesaj şifrelendiğinde "çelo bçtgköç lıvıbçekö açt" şekline dönüşür". Şu var ki, metinde belirttiğimiz gibi, uygulamada anahtar olarak "3" gibi basit sayılar değil, yetkisiz kişilerce şifrenin çözülmesini zorlaştıran uzun sayılar kullanılır.

59) **Erturgut**, not 48'de age, s. 72.

60) **Orta**, not 46'da age, s. 43, 58. Şu noktayı ayırca belirtelim ki, anahtarlardan biri şifreleme için kullanılıyorsa bunu ancak diğeri deşifre edebilir. O halde, açık anahtarla şifrelenmiş bir mesajın deşifre edilmesi de ancak onun karşılığını teşkil eden gizli anahtarla olur (**Sonsuzoğlu**, Yaklaşım, 2005, sayı 154, s. 53).

metin, asıl mesaj metninden farklı olan ve onun matematiksel bir özetini oluşturan bu metindir. Dijital imza anlamına gelmek üzere elektronik, imza deyimi de, i te karşı tara a asıl mesa-a ek olarak ön e ·Ue.n. k.ue i" hgş ap anmış ve gizli anahtar ile şiji-eleumiş-özet-metni-i.f.ade-etmektedir⁶¹.

Alıcı, bir yandan kendisine ulaşan asıl mesajdan hareket ederek mesaj özetini, yani "hash" değerini tekrar oluşturur, diğer yandan da gönderenin açık anahtarını kullanarak şifrelenmiş özet (dijital imzayı) deşifre eder. Alıcının asıl mesajdan çıkardığı "hash" değeriyle, dijital (elektronik) imzanın deşifre edilmesi yoluyla elde edilen "hash" değeri aynıysa, bundan mesajın değişikliğe uğramadan alıcıya ulaştığı sonucu çıkar⁶². Bu açıklamalar gösteriyor ki, alıcı tarafından yapılan incelemenin konusu, dijital (elektronik) imzanın geçerli olup olmadığının denetlenmesine yönelik bulunmayıp, tanı tersine, matematiksel bir algoritmaya dayalı olarak elde edilen ve bir şifre sistemiyle korunan mesaj özet (=*dijital imza*) sayesinde, genellikle şifresiz olarak gönderilmiş asıl mesaj metninin tam ve doğru olarak kendisine ulaşmış olup olmadığının kontrol edilmesinden ibarettir⁶³.

- 29 İnternet üzerinden işlem yapan kişinin kimliğinin güvenilir biçimde test edilmesibü- onem taşır. Zira çift anahtar sistemi mesaj!P l)ütünlüğünün korunduğunu denetleme imkanı vermekle birlikte, açık anahtar sahibi kişinin kimliğini garanti etmez⁶⁴. Kullanılan anahtarla,- anahtar sahibi arasında (tıpkı nüffis cüzdanında olduğu gibi) kimlik bağının kurulması, yani İnternet üzerinden işlem yapanların kimliğinin güvenilir biçimde ispat edilmesini sağlamak için araya güvenilir bir üçüncü kişinin (çok defa kullanılan deyimle bir "onay kurumunun") girmesi ve işlem yapanların bu kurumun sağlayacağı bir sertifikaya dayanması zorunludur⁶⁵. Sözü geçen sertifika, öğretide "kimliğin sayısal (dijital) olarak ispatı" olarak nitelendirilmiştir⁶⁶. Kanun, bunu "imza sahibinin imza doğrulama verisini ve kimlik

61) Özellikle bkz. **Erturgut**, not 48'de age, s. 75 vd.; **Orta**, not 46'da age, s. 56; **Keser Berber**, not 50'de age, s. 150-151. Öğretide kuUanıJan bir ifadeyle "şifreli öz (özet), dijital imzadır" (**Sonsuzoğlu**, Yaklaşım, 2005, sayı 154, s. 52).

62) **Erturgut**, not 48'de age, s. 58, 79; **Sonsuzoğlu**, Yaklaşım, 2005, sayı 154, s. 52; **AJtınışık**, not 48'de age, s. 84. Bu sistem, aynı boyuttaki mesaja "başlı" fonksiyonunun uygulanması halinde sürekli aynı sonucun elde edilecek olmasına dayanır (**Altınışık**, not 48'de age, s. 83). Bir başka anlatımla, asıl metinde yapılacak herhangi bir değişiklik bir başka hash değerinin ortaya çıkması sonucunu doğurur (**İnal**, E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İntemet'te Sözleşmelerin Kurulması, İstanbul 2005, s. 142).

63) Ayrıca bkz. **Erturgut**, not 48'de age, s. 70: "... dijital imza, verinin değiştirilmemesine karşı alınacak bir güvenlik önlemi değil, verinin değiştirildiğini tespit etmeyi sağlayan bir yöntemdir".

64) **AJtınışık**, not 48'de age, s. 84.

65) **Altınışık**, not 48'de age, s. 84 vd.; **Orta**, not 46'da age, s. 108; **Sonsuzoğlu**, Yaklaşım 2005, sayı 154, s. 50.

66) **Orta**, not 46'da age, s. 108.

Ilgilce)riui birbirine bağlayan elektirollik kayu" olarak tanımlamaktadır tEiK, m. 3/i). Böylece. onay kurumu "genel (açık) anahtarın belli bir özel (gizli) anahtara karşılık geldiğini ve bu özel anahtarın da kimliği belli bir kişiye ait olduğunu garanti eder"⁶⁷. Elektronik imza Kanunu, bu görevi, Telekomünikasyon Kurumuna başvurup yetki alan "Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcılanna" vermiş (m. 8), ayrıca sağlanacak elektronik sertifikanın "nitelikli", yani kanunda öngörülen tüm şartları yerine getiren bir sertifika olmasını aramıştır (EİK. m. 9)⁶⁸. Nitelikli elektronik sertifika sahibinin onayını almak kaydıyla, bu sertifika kamuya açık bir dizinde kesintisiz olarak yayımlanır (Yönetmelik, m. 11). Böylece herkesin, telefon rehberinden telefon numarasına ulaşır gibi, kişilerin açık anahtarlarını öğrenmesi mümkün olur. Şu noktayı ayrıca belirtelim ki, gizli anahtar da bu anahtarı k'lllllanacak kişi tarafından Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcılarından temin edilir.

Elektronik İmza Kanunu, yetersiz kalan ve yasama organı tarafından 30
mutlaka bir revizyona ıal5i-rufQlmaSı gereken 5. maddesinde ilke olarak,
elektronik İffiyliiip eJ. e aııTan imza jle fil' lıLSOn? a?ını ön örmüş,
anc buna iki istisna tanımıştır:

❖ **irinci** istisnaya göre, "kanunları JJr.esmi şekle veya öze Lbir mera-
sin 'fe--ttbi tuttuğu hukuki işlemler" elektronik imza ile gerçekleştirilemez.
-Şu-halde, örneğin geçerliliği resl!! şek! e bağlı bir ta şlnma.? s çtı...YEa < i veya
ipotek sözleşmelen noe elektronik imza söz konusu olamaz. Buna karşı,
"bz-etttrınerasime tabi işlemler" deyimiyle neyin kastedildiği belli değıl-
dir. Medeni Hukukta merasime ..tab i işlem, deninc❖ Ylenme, sözl.eşmesi❖
dışında bir örnek bulmak çok zoi :g ur. Q.xsa evlenme❖ < ğinin res❖ s9❖ lü
şekle bağliofması bir yana, kanundaki düzenleni❖ piçi❖inden elektronik
ınıyaya-elverişli bulunmadığı pek açıktır.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, her ne kadar EİK. m. 5/II hükmü "kanunların" resmi şekle tabi tuttuğu işlemlerden söz açıyorsa da, kanun resmî şekli öngörmedikçe tarafların anlaşmasıyla (geçerlilik şartı olarak) Tesmi şekilde yapılarak araştırılabilir işlemlerde de bu istisnayı uygulamada elektronik imzaya hukuki bir değer tanınmamak gerekir⁶⁹. Bizce, bu görüş yerindedir, zira resmi memuruna gerçe eşen resmi şekil kavramıyla elektronik imzayı bağdaştırmak mümkün değildir.

67) **Altınışık**, not 48'de age, s. 85.

68) Yönetmeliğe göre, Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısı (ESHS) "nitelikli elektronik sertifika vereceği kişilerin kimliğini; nüfus cüzdanı, pasaport, sürücü belgesi gibi fotoğraflı ve geçerli resmi belgelere göre tespit eder. Nitelikli elektronik sertifika verilecek kişi kimlik tespiti esnasında bizzat hazır bulunur" (m. 9/1).

69) **Kılıçoğlu**, 7. bası, s. 83.

- İkinci İstisna "temiucrt sözleşmeler" ile ilgilidir. Bu durumda örneğin, kefalet ve garaft söz eşmeleri yanında, taşınır rehni kurmaya yönelik sözleşmelerde de elektronik imza kullanılamayacaktır.

31

El yazılı vasiyetname (MK. m. 538) elektronik imza ile gerçekleşebilir mi? Öğretide kesin bir sonuca varmaktan kaçınan bir görüşün⁷⁰ bulunmasına rağmen, biz bunun mümkün olamayacağı kanısındayız. Bir defa, el yazılı vasiyetnamede karşı tarafa yöneltilen ve ona varması gereken bir irade beyanı mevcut değildir. Oysa elektronik imza sistemi bunu zorunlu kılmaktadır. Kaldı ki, MK. m. 538'in, böyle bir vasiyetnamenin, belirli bazı amaçları gerçekleştirmek üzere "başından sonuna kadar mirasbırakanın el yazısıyla yazılmış ve imzalanmış olması zorunludur" cümlen metni de buna imkan bırakmamaktadır. Bütün bunlar gösteriyor ki, yukarıda belirttiğimiz gibi, EİK. m. 5 hükmü mutlaka yasama organınca yeniden ele alınmalı ve elektronik imzanın uygulama alanını belirleyen sınırlar daha açık ve isabetli biçimde çizilmelidir.

m. Teleks ve telefaks aracılığı ile gönderilen metinler Borçlar Kanunundaki yazılı şekil şartını gerçekleştirir mi?

1. Genel Olarak

32

Burada incelenen meselenin özelliği şuradadır: İsviçre'de olsun, Türkiye'de olsun Borçlar Kanununun hazırlanıp yürürlüğe konduğu tarihlerde, teleks de telefaks da bilinmiyordu. Bu sebeple, kanunda, teleks veya telefaks Scittşüfülere.k-öngörülen bir hüküm aramak boşunadır. Mesele, kanun üyongördüğü şelcil şartlarının bu gibi modern iletişim araçları tarafından yerine getirilebilip getirilemediği meselesidir, yani mevcut hükümler karşısında boşluğun nasıl doldurulması gerektiği sorusunun cevabını araştırmaktan ibarettir.

Bu konu incelenirken, aşağıdaki iki tutumdan birisi benimsenebilir:

İlirinci anlayışa göre daş iletişim araçlarına her ne pahasına olursa olsun daha büyük bir etkinlik alanı sağlamak gerekir. Buse eple bir yo unu ou up, un arın a anunun öndügg se şartlarını gerçekleştirdiği sonucuna varı me için er türlü ab gösterilmelidir. Alman Hukuku: lrunôa-nrsrlanan bir ifade ile, telaiik:ekonomi ve toplum, rasyonalizasyon (akılcı düzenleme) yoluna girdikleri vakit, Medeni Hukuk da düşünce tarzını buna göre biçimlendirmelidir⁷¹.

- İkinci anlayış ise şöyle olacaktır: Kanunda öngörülen şekiller belirli amaçlara hizmet etli-rekte-ve-bu amaçları gerçekleştirecek bir garanti sağlamadır: M.Odem iletişim araçlarına sırt çevirmek düşünülemez. Ancak, hukukçunun görevi bunların da kanunun öngördüğü düzeyde bir garanti

70) Orta, not 46'da age, s. 140.

71) Buckenberger, Femschreiben und Fernkopien - Formerfordernisse, Absendung und Zugang, DB, 1980, s. 292 ve orada anılan Reimer Schmidt.

sn'5layıp sağlamadıklarını araştırmak ve bunun sonucUJ).!!_&Öf.e.bir karar venne ctır. on-uç olwnıu Oegilse; a nın e ıcı çözümlerin bulunması kanun koyucuyu aittir⁷ 1. BiLde, b-u düşüncedeyiz.-

2. Teleks / \C L1 JC/ o 1/c-l' bh) e.J,\

Teleks aracılığı ile yollanan mesajların, BK. m. 11 vd. anlamında şekil şartlarını yerine getiniş sayılabılıp sayılamayacağı tartışmalıdır. 33

- Büyük çoğunluk tarafından savunulan :ve biziin-de-isabeUi..bulduğu- muz görüşe göre, bu sorunJ.ln...._cev .PJ o nus.uzdur.. Bir defa, teleks vasıtası ile karşı tarafa ulaşan metinde, BK. m. 13, 14'ün aradığı el yazısı ile imza herhangi bir şekilde mevcut değildir. Gönderenin dahi, imzalı bir orijinal metin bulunmaksızın, sözü geçen teleks mesajını göndermiş olması büyük ihtimal dahilindedir. Bir an için, İsviçre Federal Mahkemesinin 13.6.1975 tarihli kararında⁷³ öngördüğü gibi, gönderen teleks ile yolladığı metnin kendi elinde kalan nüshasını imzalayıp saklamış bile olsa, "*aslı borcu üzerine alanlar tarafından imza edilmiş olan telgrafname tahriri şekil makamına kaim olur*" diyen BK. m. 13ffi'den kıyas yolu ile yararlanmak imkanı yoktur⁷⁴. Zira, telgrafnamede! 1 farklı olarak te . etni -PT-T...-ye--tevd edilmemekte ve tamamen...gönderenin tasamıfundaJralmakta dJL.. Bir teleks mesajı alan karşı tarafın, gönderenin kendi elindeki nüsha ı imzalamış olup, olmadığını bilmesJ soz onusıLOlamay..acağLgibi.. bğyle bir etnin ne vakit imza anınlı bylunduğunun ispatı da çok..zordur⁷⁵. Derhal belirtelim ki, Federal Mahkeme bundan sonra verdiği 20.10.1986 tarihli kararında ⁷⁶,kesin biçimde meseleyi çözüme bağlamayan, ancak teleks vasıtası ile gönderilen mesajları şekil yönünden geçerli sayma imkanı bulunabileceği izlenimini uyandıran eski içtihadını bir yana bırakmış ve açık seçik yukarıda belirtilen çoğunluğun görüşüne katılmıştır. Federal Mahkemeye göre, borç altına

72) Bu düşünce tarzına örnek olarak bkz. **Förschler**, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. I, München, 1978, § 126, N. 22; **Kunz-Schmidt**, Das Unterschriftenfordernis für bestimmende Schriftsätze im Zivilprozess, NJW 1987, s. 1302.

73) BGE 101. III, 65. Ayrıca bkz. **Giovanoli**, Telecommunications et forme écrite dans les contrats internationaux, Melanges Paul Piotet, Beme 1990, s. 430.

74) İsviçre Hukukunda bu hükmün yürürlükten kaldırılmış bulunduğu daha önce işaret etmiş bulunuyoruz (Bkz. yukarıda not 21)

75) **Giovanoli**, not 73'de age, s. 433-434; **Schmidlin**, Art. 13, N. 30-31; **Schönenberger/Jiggi**, Art. 13, N. 72; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 516-517; **Merz**, Vertrag, N. 248, 362; **Koller**, I, N. 681; **Engel**, Cent ans de contrat sous l'empire des dispositions generales du Code federal d'obligations, ZSR, 102ffi, 1983, s. 84. - Alınan Hukukunda hakim olan görüş de, kanun tarafından geçerlilik şartı olarak öngörülmüş yazılı şekil bakımından aynı sonuca varmakta, fakat nzaı şekil ve mahkemeye sunulan dilekçeler bakımından farklı bir çözümü mümkün görmektedir. (**Kuhn**, Rechsthandlungen mittels EDV und Telekommunikation, München 1991, s. 126-127; **Buckenberger**, not 35'de age, s. 289. Ayrıca bkz. **Palandt/Heinrichs**, 64.A., § 126, N. 11).

76) BGE 112. il. 328.

giren kimselerin imzasını taşımadıkları için teleks mesajları BK. m. 13 anlamında yazılı şekil şartını gerçekleştiremez. Bununla beraber, Yüksek Mahkeme, bunların, BK. m. 13 anlamında yazılı bir sözleşmeye yaklaşır biçimde bir ispat fonksiyonuna sahip bulunduğu kanısındadır.

Teleks mesajlarını, bunların ispat fonksiyonu açısından ele alan ilginç bir Yargıtay kararına göre "bugünkü modem iletişim sistemi gereği ticari hayatta teleksin çok sık kullanılması. Ullanılan bir yol olması ve taraflarca itiraza uğramaması halinde teleks yazışmalarının da delil niteliğinde kabul edilmesi gerekir. Teleks yazışmasının imzalı olması mümkün ve müteamel değildir."⁷⁷

- Azınlıkta kalan görüş, İsviçre'de *Bucher* ve ona katılan *Bühler-Reimann* tarafından savunuluyor⁷⁸. Bu görüşe göre, teleks mesajının kimin tarafından gönderildiği ihtilaflı olmadıkça, bunu BK. m. 13 anlamında imzalı saymak gerekir. Çünkü, a) yazılı şekilde imza ile ifadesini bulan beyan iradesi, burada teleks mesajının gönderme olgusu ile gerçekleşmiş değildir. b) en gı en ve imzasız bir metne imzalıymış gözü ile bakan bu düşüncenin yerinde sayılamayacağı açıktır.⁷⁹

3T elefaks

34 Bu konuda, tartışmalar ve görüş ayrılıkları daha ciddi boyutlara ulaşmaktadır.

- Bir çok yazar tarafından kabul edilen görüş, göre burada gönderilen, bir fotokopiden ibaret bulunsada dahi imzalı bir metni eline geçmekte, orijinal imzalı belge ise gönderen tarafından saklanmaktadır (Fotokopideki imza el yazısıdır, fakat faksimile = tıpkı basım bir imzadan ibarettir). Telgrafiameye ilişkin B. m. 13/II hükmü ile mevcut benzerlik açıktır (orijinal imzalı metin posta idaresi yerine gönderen tarafından saklanıyor) ve bu hükümden kıyas yolu ile yararlanmak suretiyle, telefaks aracılığı ile gönderilen yazılarda Borçlar Kanununun aradığı yazılı şekil şartını gerçekleştirmiş sayına imkanı vardır⁸⁰.

77) 11 HD., 10.7.1986, E./1986/3605, K 1986/4337, Yasa 1986/9, s. 1389.

78) *Bucher*, AT, s. 167; *Bühler-Reimann*, Der verhandelte Vertrag, SJZ 85 (1989), s. 260.

79) *Bucher*'i, savunulması mümkün olmayan bu düşünceyi benimsemeye sevk eden sebebi yine kendisinden öğreniyoruz: Milletlerarası sözleşmeler genellikle bir tahkim şartı içermekte ve milli kanunlara göre tahkim şartının geçerliliği yazılı şekle bağlanmış bulunmaktadır. Teleks yolu ile kurulan ve geçerli olarak meydana geldiği çekişmeli olmayan bir sözleşmede, sadece tahkim şartını el ile atılmış bir imza bulunmadığı için geçersiz saymak, *Bucher*'e göre anlamsızdır (*Bucher*, AT, s. 167, not 19). Gerek *Bucher*'in, gerekse *Giovanali*'nin (not 73'de age, s. 432) işaret ettikleri gibi, 10.6.1958 tarihli, yabancı hakem kararlarının tanınmasına ve tenfizine ilişkin New York Sözleşmesi, teleks yolu ile kararlaştırılan tahkim şartlarının geçerli sayılmasına imkan tanıyacak biçimde kaleme alınmıştır.

80) *Schmidlin*, Art. 13, N. 32; *Guggenheim*, s. 67; *Guggenheim*, CR, Art. 13, N. 11; *Gauch/Schlupe/Schmid*, N. 518; *Schwenzer*, Basler Kom., Art. 13, N. 14.

- Bizim üstün tuttuğumuz ikinci bir görüşün bu sonucu kabul etmiyor ve aşağıda ki gerekçelere dayanıyor:

= Telefaksın; saji, telefaks cihazı ve telefon bağlantısı sayesinde, gönderilecek metnin bir fotokopisinin karşı tarafa ulaştırılmasından başka bir şey değildir. Oysa, alelade bir fotokopi cihazında çekilen fotokopi *elden* karşı tarafa verilir veya *bir zafı konup PTT vasıtası ile* karşı tarafa ulaştırılır; a, bunun orijinal el yazısı ile imzayı içermemesi sebebiyle geçerli sayılamayacağı hem öğretide, hem de Yargıtay kararlarında kabul edilmiştir². Durum böyle olunca, telefaks cihazı ile gönderilen fotokopinin, onu sıradan bir fotokopiden ayıran ne özelliğinin bulunduğu haklı olarak sorulabilecektir⁸³. Bu farkı açıklamak üzere ileri sürülen düşünce, birinci halden farklı olarak telefaks yolu ile gönderilen mesajlarda başka türlü hareket etme, yani orijinal imzalı bir metin gönderme imkanının bulunmamasıdır. Bu gerekçe tatmin edici değildir. Zira, önemli olan, başka türlü hareket etme imkanının bulunup bulunmaması değil, el yazısıyla olsa bile sadece fotokopiden ibaret kalan bir imzanın, orijinal imza ile bir tutulabilip tutulamayacağı, bir başka deyimle aynı derecede garantili bir yol sayılabiliş sayılamayacağıdır.

= Telgrafname ile ilgili BK. m. 13/II'den kıyas yolu ile yararlanılmak istenmesi de yerinde görülemez. Tıpkı, yukarıda incelenen teleks ihtimalinde olduğu gibi, burada da orijinal nüsha posta idaresinin değil, gönderenin elinde kalmakta ve onun her türlü tasarrufuna açık bulunmaktadır⁸⁴. Kaldı

81) **Merz**, Vertrag, N. 248, 362; **Giovanoli**, not 74'de age, s. 434; **Medicus**, AT, N. 290; **Larenz**, AT, s. 409; **Kuhn**, not 75'de age, s. 126; **Tschentscher**, Beweis und Schriftform bei Telefaxdokumenten, Computer und Recht 7 (1991), s. 143-144; **Buckenberger**, DB, 1980, s. 291; **Altaş**, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998, s. 62-63; **Özmen**, Telefaks cihazları (facsimilie) ile gönderilen irade beyanlarının Medeni Hukuk ve Usul Hukuku açısından sonuçları, ABD, 47 (1990/1), s. 76 (Yazar, gönderilen metnin, sonradan gönderen tarafından imzalanması ile geçerli hale geleceğini kabul ediyor ki, yerindedir. Yalnız, bu geçerlilik fikrimizce imza tarihinden ileriye doğru hüküm doğuracaktır). - Alman mahkeme kararları da fotokopiye geçerlilik tanımıyor. Nitekim Frankfurt üst mahkemesinin 16.11.1990 tarihli kararına göre, telefaks yolu ile yapılmış bir kefalet beyanı, BGB § 766'nın aradığı yazılı şekil şartını gerçekleştirmez (NJW, 1991, s. 2154). Bunun gibi, Hamın üst mahkemesinin 26.10.1990 tarihli karar, temsilcinin temsil yetkisini içeren belge üçüncü kişiye telefaks yolu ile gönderildiği vakit, bunu BGB § 174 anlamında sözü geçen belgenin "ibrazı" ile bir tutma imkanının bulunmadığı sonucuna varmıştır (NJW, 1991, s. 1185-1186). Alman Hukukunda, telefaks mesajının kanuna dayalı geçerlilik şeklini gerçekleştirmiş sayılmadığı hakkında ayrıca bkz. **Palandt/Heinrichs**, 64.A., § 126, N. 11.

82) **Kunz-Schmidt**, NJW 1987, s. 1298; **Wolf**, Die Verwendung eines Fernkopierers zur Dokumentenübermittlung, NJW 1989, s. 2592; not 10; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 518; **Kuru**, II, s. 2076, 2185 ve bu sayfalarda anılan kararlar.

83) Bkz. **Giovanoli**, not 73'de age, s. 434.

84) Bu gerekçeyi teleks için kullandıktan sonra, telefaks açısından gözden kaçıran **Schmid-**

ki, telefaks aracılığı ile değil de, elden verilen veya posta ile gönderilen bir fotokopide de orijinal imzayı taşıyan nüsha gönderenin elinde bulunduğu halde, bu ihtimalde BK. m. 13/II'den Iayas yolu ile yararlanılamayacağı genellikle kabul edildiğine göre, burada farklı bir sonuca varılmak istenmesi, hukuk ilkelerinin çağdaş iletişim araçları karşısında (herhangi bir amaca uygunluk kontrolü yapılmaksızın) boyun eğmesinden başka ne anlam taşıyabilir?

= Telefaks aracılığı ile gönderilen fotokopi de, bütün fotokopiler gibi, çeşitli manipülasyonlara, fotomontaj imkanlarına açıktır. Örneğin, bir başka belgeden kestiğiniz orijinal imzayı, fotokopisini çekeceğiniz belgenin altına yapıştırabilir ve böylece orijinal imzalı bir senet görünümü yaratabilirsiniz. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi, bir hukuki işlem ile değil, fakat Federal Mahkemeye gönderilen bir dilekçe ile ilgili 4.9.1986 tarihli kararında⁸⁵, bu gerekçeye dayanarak sadece fotokopi olarak mevcut el yazısı ile imzanın yeterli olamayacağı ve bu nedenle başvuru dilekçesinin geçerli sayılamayacağı sonucuna varmıştır.

Buraya kadar yapılan açıklamalar gösteriyor ki, ilk bakışta, telefaks mesajlarının kanunun geçerlilik şartı olarak öngördüğü yazılı şekil şartını gerçekleştirdiğini söylemek imkanı bulunmuyor⁸⁶. Buna rağmen, son bir çare olarak ortaya atılan aşağıdaki sistemin, uygulamanın ihtiyaçlarına cevap vermek üzere bir çıkış yolu sağladığını kabul etmek mümkün gözüküyor. Şöyle ki, telefaks mesajından sonra, (uygun ve makul sayılabilecek kısa bir süre anlamına gelmek üzere) *derhal* orijinal imzalı metnin karşı tarafa gönderilmesi, daha doğrusu ulaştırılması halinde şekil şartına gerçekleşmiş gözüyle balalabilecektir⁸⁷. Bu sistemin özelliği şuradadır: Örneğin 1 Ekimde gönderilen faks mesajından sonra, 3 Ekim'de imzalı metni karşı tarafa ulaştırmak imkanı her zaman vardır. Ne var ki, bu durumda mesaj karşı tarafa 1 Ekim'de değil, 3 Ekim'de varmış sayılır. Oysa bu çözüm sayesinde, 3 Ekim'de gönderilen orijinal imzab metin sayesinde, 1 Ekim tarihli telefaks mesajı 1 Ekimden başlamak üzere geçerlilik kazanmaktadır.

Derhal belirtelim ki, Adalet Bakanlığı tarafından hazırlattırılan Türk Borçlar Kanunu Tasarısı da (m. 14), "teyit edilmiş olmaları kaydıyla", asılları borç altına girenlerce imzalanmış faks metinlerinin de yazılı şekil yeri-

lin'in (Art. 13, N. 31-32) içine düştüğü çelişki, **Giovanoli** (not 73'de age, s. 434) tarafından, yerinde olarak, eleştirilmiştir.

85) BGE 112/Ia, 173.

86) Geçerlilik şartı olarak yazılı şekli gerçekleştiremeyen telefaks metninin, ispat açısından, biç değilse bir yazılı delil başlangıcı sayılabilib sayılamayacağı konusunda özellikle bkz. **Özmeo**, not 81'de age, s. 80 vd.

87) Öğretide, **Gauch/Schluep/Schmid**, (N. 519) ve **Guggenheim** (CR, Art. 13, N. 13) gibi yazarlar bu çözümü, hiç değilse yedek bir çözüm olarak ileri sürmüşlerdir.

ne geçeceğini belirtmektedir. Ancak maddede sözü geçen teyidin *derhal* yapılması gerektiğinin unutulması büyük bir eksikliktir. Kaldı ki Tasarıda, sözü edilen teyidin orijinal imzalı metnin gönderilmesi yoluyla gerçekleşeceği de açık seçik belirtilmemiştir.

Burnya kadar söylenenler, sadece. "şimdilik" kaydı ile hukuki durumu yansıtmaktadır. 35
Dünyayı saran iletişim ağı, teknolojik gelişmeler ve bunlardan yararlanan iş aleminin baskısı, hiç kuşkusuz gelecekte "el yazısı ile orijinal imza" şartının (daha önce mahkeme içtihatlarında bir yumuşama gerçekleşmediği takdirde) kanun koyucular tarafından tamamen veya geniş ölçüde terk edilmesine yol açacaktır⁸⁸. Bunun, milletlerarası alanda şimdiden gerçekleşmiş en belirgin örneklerinden birisi olarak Viyana Sözleşmesinin I 3. maddesini zikredebiliriz. Bu madde, teleks veya telefaks yolu ile yapılan bildirimleri de açıkça yazılı şekli bakımından yeterli saymaktadır⁸⁹. Türk kanun koyucusu tarafından kabul edilmiş bulunan "elektronik imza" bunun bir başka örneğidir.

§ 27. Resmi Şekil / No(r.)ler -,-'J-fc,,l

I. Genel Olarak

Resmi (yazılı) şekil, kamu güvenine sahip resmi bir memur tarafından 1
bu konuda Ongorulmuş usul ere uyu ar ger ekle tiri n şekildir. -

Borçlar Kanunumuzda *adi* yazılı şekil düzenlendiği halde, resmi yazılı 2
şekil ile ilgili böyle genel bir düzenleme mevcut değildir. Bunun sebebi, İsviçre'de resmi şeklin ne yolda gerçekleşeceği hususunun (İsviçre Tatbikat K. 55 ile) kanton mevzuatına bırakılmış olmasıdır.

Buna paralel olarak, Türkiye'de, (Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda 3
yer alan istisnalar bir yana) resmi şekil ile ilgili hükümler, Noterlik Kanunu başta olmak üzere özel mevzuata terk edilmiş bulunmaktadır.

Türk Hukukunda, resmi şekli gerçekleştirilme hu s.u.sund bir kamu hizmetini yerme getirdikl-e-rtı5izzar.Ranuri tarafından belirtilen (Noterlik K. m. -1) noterler genel olarak yetkili kılınmışlardır. Noterlik K. m. 60/b. 2 uya-

88) İş hayatında, şimdiden, tarafların anlaşması ile ve teknolojik gelişmeden yararlanarak "mesajın gerçekliği" ve "gönderenin kimliği" açısından, en az el yazısı ile orijinal imza kadar güvenlik sağladığı ileri sürülen usullere başvurulmaktadır ve bankalar arası iletişim açısından, 1973 yılında Brüksel'de kurulan SWIFT ("*Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications*") şebekesi bunun en başta gelen örneklerinden birisi olarak gösterilmektedir (Giovannoli, not 73'de age, s. 440 vd., özellikle 445, 447 vd.). - Bu konuda ayrıca krş. Gallouedec-Genuys, Une société sans papier? Nouvelles technologies de l'information et droit de la preuve, La Documentation Française, Paris 1990; Köhler, Die Problematik automatisierter Rechtsgeschäfte, insbesondere von Willenserklärungen, AcP 182 (1982), s. 147 vd.

89) Bu hükmün uygulama alanı ile ilgili görüş ayrılıkları için bkz. Neumayer/Ming, Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, Commentaire, Lausanne 1993, s. 134-135.

nnca "Kammlarda rcsmf olarak yapılmalari emredilen-mercileri belirtilmemiş olan bütün luukukf işlemleri bu kanun hükümlerine göre yapmak" noter len · n · len..arasTİİdın:ılır.---

Su var ki. kanun. b · hallercje noter dışında kalan-resmi memurlara da re · · şekli gerçekfeştinne imkanını tanımıştır. Örneğin,

- Taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin borç lanm _ajşlemleri. Ta-pu K. m. 2§ try · nncaLs · deuce tapu · icifmudürleri tarafındl ln düzenlenebilir. Noterler. yalnız Noterlik K. m. 60/b. 3 uyarınca taşınmaz satış vaadi sözleşmelerini düzenlemek hususunda yetkili kılınmışlardır.

- Resmi vasiyetname ve miras sözleşmesi, "noter" yanında, "sulh hakimi" veya "kanunla kendisine bu yetki verilmiş diğer bir görevli" tarafından da düzenlenebilir (MK. m. 532, 545/1)¹.

Noterlik Kanununun resmi şekle ilişkin hükümleri, hem geçerlilik hem de ispat şartı olarak resmi şekle başvurulması halinde uygulama alanı bulur.

İI. Resmi Senedin Çeşitleri /

İki çeşit resmi senet vardır:

- 4 1. Resmi memur tarafından re'sen düzenlenen resmi senetler baştan aşağı resmi memur tarafından kaleme alını imzalanır. Resmi kiLdeninc.e ilk akla gelen ve genellikle kastedilen budur. Bu ihtimalde senet tümüyle resmîyetten yararlanır. Noterlik-K. m. 84 vd., Türk hukukunda ötedenberi alışılmış terminolojiden ayrılarak, bu tip işlemleri "düzenleme" biçiminde yapılan işlemler olarak adlandırılmaktadır.

2. Resmi memur tarafından sadece senet altındaki imzaların onaylandığı (tasdik edildiği) ihtimallerde, senedin metni resmîyetten yararlanmaz. Resmîyet sadece imzalar ve noter ayrıca bir de tarih atacağı için tarih bakımından gerçekleşir. Noterlik K. m. 90, bu ihtimalde "onaylama" dan bahsetmektedir.

M. Resmi Şeklin Bazı Özellikleri

- s Burada resmi şekil ile, re'sen düzenlenen (Noterlik Kanununun terminolojisinde "düzenleme" biçiminde yapılan) senetleri kastediyoruz^{1a}.

1) Bu hükümden yararlanarak, Yargıtay 10.12.1952 tarih ve 4/5 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, miras sözleşmesi şekline bağlanan ölünceye kadar bakma sözleşmesinde (BK. m. 512/c. 1), bir taşınmazın devri söz konusu ise, tapu sicil memurlarının da resmi senedi düzenleyebileceği sonucuna varmıştır (Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras Hukuku, 3. bas · İstanbul 1987, s. 157, not 3a).

1a) Okuma veya yazma iktidanndan yahut bunların her ikisinden yoksun kişilerin (Noterlik K. m. 87, 75) düzenlettirecekleri resmi senetlerle ilgili açıklamalar için bkz. yukarıda § 26, N. 13, 15.

I. İmzs

BK. m. 13/I. adi yazılı şekilde. sadece üzerine borç alanların senedi imzalamasını zorunlu veya erli gonnüştür. Bu kural, kıyas yolu ile resmî scripcie de uygUTiiıabıTi-r-ıllı? B u soruya olumlu cevap veren ve bu sebeple, resmi şekilde düzenlenmesi gereken taşınmaz bağışlama vaadi sözleşmesinde (BK. m. 238/II) sadece bağışlayanın imzasının bulunmasını yeterli bulan yazarlar ve mahkeme kararları vardır. *Bizce*, meselenin bu şekilde ele alınması ve BK. m. 13/I kıyas yolu ile uygulanarak çözüme bağlanması isabetsizdir. Anıları hük'üm, sadece adi yazılı şekil ile ilgilidir³. Resmi şekilde. kimin senedi imzalaması gerektiği araştırılırken, *resmi şekli düzenleyen liikiimlere*, şu halde özellikle Noterlik Kanunu hükümlerine ve Tapu K. m. 26'ya bakmak gerekir. Bunlarda ise, resmi senedin, borç altına girip girmediklerine bakılmaksızın, "işleme katılanlar" (Noterlik K. m. 84/II, b. 5) veya " taraflar" (Tapu K. m. 26/III) tarafından imzalanmasından söz edilmektedir⁴. Şu var ki, resmi şekil mecburiyetini getiren kamın hükmü, bu mecburiyeti *her iki tarafın beyanı* (yani *sözleşme*) için değil de, *sadece taraflardan birinin beyanına* ilişkin olarak öngörmüşse, durum değişir ve sadece o taraf resmi' memur huzuruna gidip beyanını resmi şekle bağlatmakla yetinebilir⁵. Bu ihtimalde, diğer tarafın beyanı herhangi bir şekilde açığa vurulmuş olabilir. Nitekim, Alınan Hukukunda bağışlama vaadi sözleşmesi ile ilgili BGB § 518, sadece "bağışlama vaadi"ne ilişkin beyanın şekle bağlanmasını emretmiş, diğer tarafın beyanı için bir şekil mecburiyeti koymamıştır⁶. Bizde de, BK. m. 238, gerek birinci gerekse ikinci fıkralarında hep "bağışlama taahhüdünün" şekle bağlanmasından söz etmektedir. Bu ibareler, Alman Hukukunda olduğu gibi, sadece bağışlama taahhüdünde bulunan taraf için bir şekil mecburiyeti öngörüldüğü biçiminde değerlendirilirse⁷, öğretide ve mahkeme içtihatlarında baskın olan görüş, gerekçesi bakımından olmasa bile vardığı sonuç açısından desteklenebilir.

İsviçre Hukukunda, **Schmid**⁸, bir yandan, (aynen yukarıda bizim yaptığımız gibi), BK. m. 13/I'in kıyas yolu ile resmi şekle uygulanmasını reddetmekte, diğer yandan da, taşınmaz bağışlama vaadi'ne ilişkin olarak BK. m. 238ill'de öngörülen resmi şeklin sa-

- 2) Örnek olarak bkz. **Engel**, Contrats de droit suisse, 2. ed., Berne 2000, s. 117; **Tercier**, Contrats, N. 1619; **Oser/Schönenberger**, Art. 243, N. 7, 4; **Karabasan**, TBH, ÖBİ, cilt 1 (2002), s. 652 ve orada anılan Yarg. HGK, 17.12.1958, E. 7/151, K. 147.
- 3) **Schmid**, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, Freiburg 1988, N. 540-541.
- 4) **Kocayusufpaşaoğlu**, Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul 1959, s. 127 vd.; **Tandoğan**, 1/I, s. 248 ve not 65.
- 5) **Kocayusufpaşaoğlu**, not 4'de age, s. 127; **Schönenberger/Jaggi**, Art. 13, N. 77; **Schmid**, not 3'de age, N. 541.
- 6) **Enneccerus/Lehmann**, s. 476; **Kocayusufpaşaoğlu**, not 4'de age, s. 127, not 29.
- 7) Bu düşüncede: **Yung**, Etudes et Articles, Geneve, 1971, s. 284.
- 8) **Schmid**, not 3'de age, N. 460-464.

dece ba&'lşlayanm taahhüdü değil, sözleşmenin tümü için geçerli olduJunu, bir başka deyimle bu maddedeki "bağışlama taahhüdü" ibaresinden bağışlama vaadi sözleşmesini anlamak gerektiğini savunmaktadır. Ona göre, buradaki şeklin amacı bağışlayanı korumakla ibaret kalmadığına, bunun yanında "sözleşmenin kurulması" ve "içeriği" açısından açıklık sağlamak, güvenilir bir ispat vasıtası yaratmak ve tapu kütüğüne yapılacak tescili gereği gibi hazırlamak gibi amaçlar güdüldüğüne göre, sadece bağışlayanın taahhüdünü resmi şekle bağlamakla yetinilemez. Yalnız bağışlayanın taahhüdü resmi şekle bağlandığı takdirde, bu, bağışlama vaadi sözleşmesinin kurulduğunu ispatlama gücünden yoksun kalan ve bu sebeple de tapu kütüğüne yapılacak tescil için temel teşkil edemeyecek bir senetleme olur. Bu düşüncede büyük bir gerçek payı bulunduğu kuşku yoktur.

2. Resmi şekilde yapılacak sözleşmeler gaipler (karşı karşıya veya yüz yüze olmayan kişiler) arasında düzenlenebilir mi?

- 7 Alınan Hukukunda, BGB § 128 açık bir hükümle, resmi senedin gaipler arasında, yani tarafların her ikisi de aynı za 9. Je.smLmemur öiiünde -b-a:z-u=-eulunmak.s-l.zı-n-öı:ıç;e-ieap;-sonracla[omeğin bir başka gün) kabul ayn ayrırres-miyete-bağlanarak düzenlenmesine izin vermiştir. BGB § 152 uya--nnca, bu-yoldan her iki taraf veya temsilcileri aynı anda hazır bulunmaksızın resmi şekilde kurulan sözleşme, aksi kararlaştırılmadıkça, BGB § 128'e göre kabul beyanının sonradan resmi şekle bağlanması ile meydana gelmiş sayılır.

Böylece bu ihtimalde, tıpkı BGB § 151'de olduğu gibi, daha önce kendi beyanını resmi şekle bağlatmış icapçının, kabul beyanının kendisine gönderilmesinden feragat ettiği kabul edilir⁹.

İsviçre ve Türk Hukuklarında, BGB § 128 gibi bir hüküm mevcut değildir. Buna rağmen, İsviçre Hukukunda, tıpla Alman Hukukunda olduğu gibi sözleşme taraflarından herbirinin kendi beyanını, diğer taraf hazır bulunmaksızın, ayn ayn resmi şekle bağlatmasının mümkün bulunduğu yolunda bir eğilimin bulunduğu görülmektedir¹⁰. Bizce, Türk Hukukunda bu yol kapalıdır. Kamın, bir *sözleşmenin* resmi şekilde yapılmasını emretmişse, her iki tarafın veya yetkili temsilcilerinin resmi memur önünde hazır bulunmaları şarttır. Ancak bu şekildedir ki, *resmf memur huzurunda sözleşmenin kurulmuş olduğu* resmi senet içeriğinden anlaşılabilir¹¹.

3. Unitas actus (işlemde birlik) kuralı

- 8 Resmi memur önündeki işlemin bir bölümünün şimdi, diğer bölümünün

9) Kocayusufpaşaoğlu, not 4'de age, s. 133.

10) Bu konuda bkz. Schmid, not 3'de age, N. 100

11) Schmid, not 3'de age, N. 201-204; Kocayusufpaşaoğlu, not 4'de age, s. 134 vd. - Şurasını ekleyelim ki, MK. m. 545/11 miras sözleşmesi için her iki tarafın da resmi memur huzurunda hazır bulunmasını şart koşturmuştur. Aynı hüküm, BK m. 512 gereği ölünceye kadar bakma sözleşmesi için de geçerlidir.

bir başka zrunan yapılması caiz değildir. İşlemde birlik kuralı u Jffioca, fiirnfann otmnup imza:tanmnlcfffzerc hırlılınan sıcd!!!. lcılını ö ğrendik-
 "n an an başlaıfükuzerc, undan sonraki aşamaların hazır bulunması
 gere en u un 'ışılenn liuzuru ile, arnya kayda değer bir fi.ışİlagirmcksizin,
 bir >titünnalinde yünitülup tanıamlarııılası şarttır. • - -

§ 28. Şekle Bağlı İşlemde Değişiklik Yapılması

I. Ana Kural

Geçerliliği kamın tarafında şekle bağlı tutulmu bir i lemde¹ ariıllar 1
 anlaşıarak SOI!fıIQ<! bazı d. e ğLşikilde. yJıpmakis_tey.e.bilitler. Acaba, bu de-
 ğişikliklerin geçerli olabilmesi için, işlem yapılırken uyulması gereken
 şekle başvurmamak zorunluluğu var mıdır?

BK. m. 12 hüknüne göre, kanunen yazılı şekilde yapılması gereken bir
sözleşmede değişiklik yapılması yine yazılı şekle tabidir. Sadece "akdi
"iulKZ ve tadil etmeyen niütemmım vefer'i şartlar"-, için bir ıştisııı ymınmış-
 tır². Adalet ıakanlrğınca birkonııısyöııa İiazırlatılan Borçlar Kanunu Tasa-
 rısı, bu hükmü günümüz Türkçesiyle şöyle ifade etmiştir: "*Ancak, sözleşme*
metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler bu kuralın dışındadır".

Kanunda öngörülen istisnayı şimdilik bir yana bırakırsak, BK. m. 2
 12'nin ne şekilde anlaşılması gerektiği hususunda üç görüş ile karşılaşır-
 ruz:

1. Birinci görüşe göre, BK. m. 12'nin metni karşısında, yine aynı mad-
 dede öngörülen istisna dışında, sözleşmede sonradan yapılacak her çeşit
değişiklik, herhangi bir ayırım Y-<lıulmaksızuLşekle tabidir³. En katı görüş
 budur.

Bu görüşü desteklemek üzere, İsv. BK. m. 115'de yer alan ve kanun yahut tarafların
 iradesi gereği şekle bağlı olarak meydana gelmiş bile olsa, alacakların kısmen veya ta-
 mamen ibrası için bir şekle gerek olmadığını belirten hükmün Borçlar Kanunumuza
 alınmamış olmasından yararlanılabilir.

2. İkinci görüş açısından, sonradan yapılan değişiklik borç miktarını ar-
tırıyor veya borcu herhangi bir şekilde ağırlştırıyorsa, BK. m. 12 gereği
şekle uymalnnı-clrol'tyet1-vafdir.ltKSfljalde, yapılan değişiklik geçerli ol-

12) Schmid, not 3'de age, N. 194; Kratzer, L'acte authentique en droit suisse, Lausanne 1930, s. 60 vd.

1) Bu, adi yazılı şekilde yapılmış bir işlem olabileceği gibi, resmi yazılı şekilde yapılmış bir işlem de olabilir. BK. m. 12, niteliği gereği, resmi yazılı şekilde de uygulama alanı bulur.

2) Bütün bu hallerde, ispat şartı olarak, HUMK. m. 288 hükmü saklıdır.

3) Saymen/Elbir, I, s. 219.

❖- Buna karşı, şeklin amacından hareket edilerek, borcu kaldıran veya hafifleten değişikliklerde artık şekle uyma mecburiyetinin bulunmadığı kabul edilmelidir⁴.

3. Oçüncü gönleşe göre bir ayırım yapılmalıdır:

- Bir tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borcu kaldıran veya hafifleten sonr aşma ar ekle tabi de-ildir. Aynı sonuç, eksik iki taraflı sözleşmelerde de tarafların borcunu kaldıran veya hafifleten sözleşmeler için de --kabul edilebilir. ---

- Buna karşı, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan sadece birisinin borcunu kaldıran yahut hafifleten sonraki anlaşma, diğer tarafın borcunun ağırlaşması sonucunu doğurur. Zira o, bundan böyle, başlangıçta vaat ettiği edimi hiçbir karşılık almadan yahut daha az bir karşılıkla yetinerek yerine getirmek zorunda kalacaktır. O halde, bu ihtimalde de BK. m. 12 uygulanmalı ve şekle riayet mecburiyeti bulunmalıdır⁵.

Bu son görüş bize de daha uygun gözükmektedir. Yalnız şu noktayı eklemek gerekir ki, tam ilci tarafa borç yükleyen bir sözleşmede dahi, taraflardan birinin borcu (örneğin ifa sebebiyle) düşmüşse, diğer tarafın borcunu kaldıran veya hafifleten anlaşmaların şekilsiz yapılabilmesine bir engel kalmamış demektir⁶. Zira, düşmüş bir borcun ağırlaşmasından söz edilemez.

II. İstisna

3 BK. m. 12/c. 2 uyarınca, önceden yapılan sözleşme ile ters düşmeksiniz, sadece "tamamlayıcı" ve "fer'i (yan) bir nitelik taşıyan hususlar her zaman ve herhangi bir şekle uyma mecburiyeti olmaksızın kararlaştırılabilir. Örneğin, taraflar arasındaki ekle bağımlı söz • eri olarak Ankara gostenmiştir. Taraflar, daha sonra anlaşarak, ifanın Ankara'da hangi adreste gerçekleşeceğini belli ederlerse, durum böyledir:.

4) v. **Tuhr/Peter**, § 30, VI, s. 242 - 243; **Furrer**, Heilung des Fonn Mangels im Vertrag, Zürich 1992, s. 23 - 24.

5) **Schmidlin**, Art. 12, N. 10 - 11; **Yung**, Etudes et Articles, Geneve 1971, s. 282 ve not 63; **Schönenberger/Jaggi**, Art. 12, N. 20 - 21. Ayrıca bkz. **Merz**, Vertrag, N. 390.

6) Schönenberger/Jaggi, Art. 12, N. 22. Aksi fikirde: **Schmidlin**, Art. 12, N. 12.

§ 29. Şekle Uymamanın Sonuçları

1. Şekil Eksikliği Kavramı

Şekil eksikliği veya noksanı (*Formmangel*), şekle ilişkin her türlü geçerlilik hükmüne uymamayı ifade eden geniş bir kavramdır¹.

Yargıtayın 30.9.1988 gün ve E. 1987/2 ve K. 1988/2 sayılı içtihadı Birleştirme Kararını² eklenen bazı karşı oy yıızılurında, "şekil eksikliği" ve "şekil yokJuğu" arasında bir aynın yapıldığı ve resmi şekilde yapılması gereken bir işlem için hiç resmi memur önüne gidilmemişse "şekil eksikliğinden" değil "şekil yokluğundan" bahsetmek gerekeceği ileri sürülmüştür. Bu düşünce yerinde değildir. Şekil eksikliği deyiimi, en ağının en hafifine kadar şekil hükümlerinin çiğnendiği bütün ihtimalleri kapsamına alan bir kavramdır ve "şekil yokJuğu" diye adlandırılmak istenen hal, gerçekte şekil ek.sikJiğinin en ağır derecesinden ibarettir³.

Bu durumda, yazılı şekilde yapılma reken bir kefalet sözleşmesi
(BK. m. 484) sözl. öz-

Iisre'te'S'i ise aaI ya? ? ? ? ? ? ? ? = : ? ? ? ? ? ? ? ?
Hidir. Fakat, Refa lendiği halde kefil ola-
 cağı azami miktar kefalet senedinde gösterilmemiş ise, bir başka biçim ve
 derecede de olsa, yine şekil eksikliği söz konusudur.

II. Şekil Eksikliğinin Yaptırımına İlişkin Görüşler

Alınan hukukunda, BGB § 125, şekil eksikliğinin yaptırımının kesin hükümler (butlan) olduğunu açıkça bildirmiştir. İsviçre - Türk hukuklarında ise, başta BK. m. 11m (İsv. BK. m. 11/II) olmak üzere şekil eksikliğinden bahseden hükümler, değişik biçimde anlaşılmaya elverişli ifadeler kullandıkları için (örneğin BK. m. 11/II "... akit bu şekle riayet olunmadıkça sahih olmaz" demektedir), mesele son derece tartışmalıdır. Karşımıza çıkan görüşlerin en önemlilerini dört grupta toplamak imkanı vardır:

I. Yokluk görüşü: Buna göre, şekle uyulmadan yapılan işlem yok sayılmalıdır.

2. *İptal edilebilir olma görüşü:* İsviçre'de *Guggenheim* tarafından savunulan bu görüş, şekle uyulmadan yapılan işlemin başta hüküm doğurduğunu, ancak açılacak bir dava üzerine mahkemenin vereceği iptal kararı ile hükümden düşeceğini savunmaktadır⁴.

1) **Schönenberger/Jaggi**, Art. 11, N. 67; **Paoletto** Die Falschbeurkundung beim Grundstückskauf, Zürich 1973, s. 62.

2) RG, no. 20026

3) özellikJe bk.z. **Schöeoberger/Jiiggi**, Art 11. N. 71, 72; **Schmid**, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, Freiburg 1988, N. 598 vd.

4) **Guggenheim**, s. 63; **Guggenheim**, *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et compare*, Paris 1970, s. 106, 166 vd.

3. *Kesin hükümsüzlük (Butlan) görüşü*: Halen gerek İsviçre gerekse Türk uygulamalarında⁵ hakim olan görüşe göre, şekle uyulmadan yapılan işlem, tıpkı Alman hukukunda olduğu gibi kesin hükümsüzdür (batıldır)⁶. Şu halde, böyle bir işlem, yapıldığı andan itibaren hiçbir hüküm doğurmaz. Bir sürenin geçmesi veya icazet verilmesi gibi sebeplerle düzelemeyen bu hükümsüzlük, hakim tarafından re'sen gözönünde tutulabileceği gibi, ilgili üçüncü kişiler tarafından da ileri sürülebilir.

4. *Kendine özgü (sui generis) hükümsüzlük görüşü*: İsviçre öğretisindeki çoğunluk⁷ ve Türk öğretisinde bazı yazarlar tarafından benimsenen bu görüş hiç de ilk bakışta sanılacağı kadar basit değildir. Buna göre, işlem daha yapıldığı andan itibaren hükümsüzdür; ne var ki, taraflardan biri bu hükümsüzlüğü öne sürmedikçe normal hukuki sonuçlarını doğuracaktır⁹. Esasen, bu görüş açısından, hakimin veya üçüncü kişilerin taraflarca öne sürülmemiş bu hükümsüzlüğe dayanmaları da mümkün değildir. Fakat, kesin hükümsüzlükten farklı olarak, buradaki geçersizliğin (örneğin karşılıklı ifa ile) düzelmesi imkanı vardır.

111. Görüşlerin Ana Hatları ile Değerlendirilmesi

- 3 Burada, Borçlar Hukuku'nun en tartışmalı konularından birisi olan bu problemin bütün ayrıntıları ile ele alınması söz konusu olamaz. Aşağıda, sadece kısa bir değerlendirme ile yetineceğiz.

1. *Yokluk görüşü* kabul edilemez. Şeklin, başta Roma Hukuku olmak üzere: eski ha dü!enl i!! de--uyna-dıgf fürileiJiodern hukuktaki fonksi- yonu arasında u ? ? ? ar v ? rdır. Gerek Roma Hukukunun ilk dönemlerin-

-
- 5) Özellikle bkz. BGE 86. il. 398; 92. II. 324; 104. II.99; 106. il. 151. Ayrıca krş. BGE 112.II.334. Yargıtayın 30.9.1988 tarih ve E. 1987/2, K. 1988/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında açıkça bu görüş benimsenmiştir (Bkz. yukarıda not 2).
- 6) Öğretide bu görüşü paylaşılanlara örnek olarak bkz. **v. Tubr/Peter**, § 30, **M**, s. 237; **Schwenzer**, 4.A., N. 31.36; **Koller**, 2.A., § 12, N. 99 vd.; **Engel**, s. 259,262 vd.; **Serozan**, Die Überwindung der Rechtsfolgen des Formmangels im Rechtsgeschäft nach deutschem, schweizerischen und türkcischen Recht, Tübingen 1968, s. 27; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 126 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 102.
- 7) Özellikle bkz. **Meier-Hayoz**, Berner Kommentar, Art. 657, N. 130 vd.; **Kellerhals**, Simulation im Grundstückskauf, Berner Diss. 1952, s. 47 vd., 74 vd., 154 vd.; **Schmid**, not 3'de agc, N. 642 vd., 691; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 558 vd. ve orada anılanlar.
- 8) Örnek olarak bkz. Tandoğan, 1/1, s. 234; Eren, s. 262; Altaş, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998, s. 143.
- 9) Sözleşme daha baştan itibaren hükümsüz sayıldığı, ancak taraflardan biri bunu ileri sürmedikçe bu hükümsüzlük nazara alınamadığı halde, **Tandoğan'ın** (1/1, s. 234), taraflardan birinin butlana dayanması halinde sözleşmenin (sanki başta hüküm doğuruyormuş gibi) "geriye yürürlü olarak hükümsüz olacağından" söz açması yerinde görülemez. Ne var ki, bu konudaki tereddütlerin İsviçre'de dahi tam olarak ortadan kalkmadığı anlaşılıyor (Bkz. **Rey**, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, I, Bem 1991, N. 431).

dc¹⁰ gerekse diğer eski hukuk düzenlerinde, işlemin hukuki sonuçlar doğnnnasının sebebi irade beyanları değil şekildir. Bir başka deyimle, şeklin huk,ıki işlem karşısında bağımsız bir statüsü yoktur. Tam tersine, işlem ve şekil tek bir bütün oluştumiaakta; işlem, ancak öngörölmüş şekle uyulmuşsa var olabilmekte, şekil dışında sırf irade beyanları ile kurulmuş bir işlem me cut bulunmamaktadır. Oysa, bugün durum çok değişmiştir. Hukuki işleme varlığını veren şekil değil irade beyanlarıdır. Bir çok işlem, hiçbir şekil şartı aranmaksızın, sadece irade beyanları ile varlık kazanabilmekte ve hukuki sonuçlarını doğurabilmektedir. Şekil, belirli bazı amaçları elde etmek üzere, bazı hallerde irade beyanlarına ek olarak aranan, yani hukuki işlemin kendisinden ayrı olarak düşünölmesi gereken, sadece işlemin hüldim doğurabilmesi için şart koşulan ek bir unsurdan ibarettir. Kanunun belirli bir şekle bağladığı işlem şekle uyulmasa dahi vardır, sadece hukuki sonuçlarını doğurmamaktadır¹¹. Görölüyor ki, yokluk görüşü modem huk.7.lkların şekil anlayışı ile hiç bir şekilde bağdaşmamaktadır.

İsviçre'de, yokluk görüşünü savunan *Keller/Schöbi*, bu görüşün kesin hükümsüzlük görüşüne üstünlüğünü kanıtlamak amacıyla şu örneği veriyorlar: Ö!likJe taşınmaz satışı gibi resmi şekle bağlanması gereken işlemlerö? taraflar resmi memura gitmeden aralarında aştıkla□nfl göre, --resmi memurun daha önce gerçekleşmiş, fakat şekil eksikliği yüzünden lcesin hükümsuz 151rs0z eşmeyi resmi senede bağladığını herhalde kimse ileri süremez.Tam tersine builitıma e, sözleşmenin resmi memurun düzenlediği senetle kurulacağı, yani ancak şekle uyulduktan sonra varlık kazanacağı açıktır¹². Bizce, bu düşünce yerinde değildir. Resmi memura başvurmadan önce taraflar arasında gerçekleşen uyuşmanın, hukuki sonuçlar doğurmayacağını ve herhangi bir hukuki bağıllık yaratmayacağını taraflar genellikle bilir. Onlar, bu uyuşmayı hukuki bir işlem olarak değil, bir çeşit şeref sözü içeren centilmen anlaşması¹³ olarak yaparlar. Buna karşı, taraflar, örneğin yanlış bilgilendirme sonucu, kendi aralarında düzenledikleri bir senetle bağlayıcı bir satış yapmışlarsa, tapu sicil müdürü önünde gerçekleştirmeyen bu işlem, *Keller/Schöbi* tarafından savunulan görüşün aksine, yine varlık kazanır, fakat resmi şekle uyulmadığı için geçersiz olur.

2. *İptal edilebilir olma görüşü*: İsviçrede hiç taraftar toplayamayan bu görüş, BK. m. 11/II'nin, şekle uyulmadan yapılan sözleşmenin "sahih olmayacağından" bahseden sözü ile bağdaşmamaktadır. Kanunumuz, bu gibi

4

10) Roma Hukukunun tanıdığı nzaı sözleşmelerde dwum farklıdır. (Bkz. **Honsell**, Römisches Recht, 2. A, Zürich 1992, s. 91).

11) **Flume**, § 15, I, 1, s. 244 vd.

12) **Keller/Schöbi**, s. 26.

13) Bkz. yukarıda § 11, N. 33.

iltimallerde, mahkeme tarafından iptal edilmedikçe geçerliymiş gibi hüküm doğuran bir işlemin mevcudiyetini kabul etmemiştir.

S 3. *Kendine özgü "sui generis" hükümsüzlük görüşü:* Bu görüşe karşı yöneltilen eleştirileri¹⁴ ayrıntılı olarak tartışmaksızın, sadece çok lasa biçimde aşağıdaki noktalara işaret etmek istiyoruz.:

- Bir defa, bu görüşün de bazı zayıf noktaları vardır. Özellikle, bir taşınmaz satışında, *litikimin* (bu görüşe göre) re'sen gözönünde tutamayacağı şekil eksikliğine dayalı hükümsüzlüğü, MK. m. 1015'den doğan inceleme yetkisi dolayısı ile *tapu sicil müdürünün* re'sen dikkate alıp tescil talebini, bu talebe esas teşkil eden borçlanma işlemindeki şekil eksikliğine dayanarak reddetme hakkına sahip sayılması¹⁵, herhalde kolay kolay kabul edilemeyecek hayli garip bir sonuçtur. İsviçre'de, bu sakıncayı önlemek üzere, şu düşünce¹⁶ ortaya atılmıştır: Sicil (Kütük) Hukukunun, özellikle tapu kütüğünü düzenleyen hükümlerin tescil için *zorunlu* saydıkları şekillere uyulmamış olması halinde, artık ana ilkeden ayrılarak hakim'in şekil eksikliğini re'sen göz önünde tutabileceğini kabul etmek icap eder. Böylece, tapu sicil müdürünün re'sen dikkate alabileceği şekil eksikliğini hakim'in de re'sen nazara alması imkanı yaratılmış olmaktadır. Ne var ki, bu yoldan, şekil eksikliğine dayalı hükümsüzlüğün en önemli ve en büyük uygulama alanını oluşturan taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin borçlanma işlemlerinde, "kendine özgü hükümsüzlük" görüşünün temel özelliklerinden birisi devre dışı kalmakta ve bu görüş adeta kendi kendisini inkar etmektedir.

- İkinci olarak ve önemle belirtilmesi gereken nokta şudur: Kendine özgü hükümsüzlük görüşünün ortaya atılmasında en önemli rolü oynayan husus, kesin hükümsüzlük görüşünün, karşılıklı borçların tam olarak veya geniş ölçüde ifa edilmesiyle hükümsüzlüğün düzelmesine imkan tanımayan bir nitelik taşımasıdır¹⁷. Oysa, bu engel aşağıda § 30'da açıklayacağımız biçimde, çoktan aşılmış ve şekil eksikliği sebebiyle batıl sayılması gereken sözleşmelerin de, başta karşılıklı ifa olmak üzere birçok ifa faraziyesinde, MK. m. 2ff'i hükmünün yardımı ile geçerlilik kazanabileceği geniş ölçüde kabul gören bir görüş haline gelmiştir. Bu durumda, klasik "kesin hükümsüzlük" görüşü, olayların büyük çoğunluğunda "kendine özgü hükümsüzlük" görüşü ile elde edilmek istenen sonuçları doğurmaya elverişlidir ve arada, "hakim tarafından re'sen gözönünde tutulma" konusu hariç, büyük

14) Bu eleştiriler için bkz. **Schmidlin**, 11, Art. N. 36; **Giger**, Bemer Kommentar, VI/2, 1, 3, Bern 1997, Art. 216, N. 354 vd.; **Serozan**, not 6'da age, s. 24 vd.

15) **Kellerbals**, s.48; **Tandoğan**, 1/1, s. 233; **Rey**, not 9'da age, N. 1424.

16) **Schmid**, not 3'de age, N. 678 vd.; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 562.

17) **Schmid**, not 3'de age, N. 691. Ayrıca bkz. **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 549.

bir pratik fark kalmıuştur¹⁸. Oysa, şu son noktada bizzat *.mi geueris* (kendine özgü) hükümsüzlük görüşü taraftarlarının, (MK. m. 1015'den hareket ederek) hakime çok geniş ölçüde hükümsüzlüğü re'sen göz önünde tutma iml-ümnı veren bir yola girdiklerini yukarıda belirtmiş bulunuyoruz. Kaldı ld. Türkiye gibi, avukat tutma mecburiyetinin bulunmadığı, esasen pek çok kimsenin maddi durumwıun buna elverişli olmadığı bir ülkede, hakimin şekil eksikliğini re'sen gözönünde tutmasına izin vermeyen bir sistemin ne dereceye kadar yerinde olduğu çok tartışma götürür.

4. Kesin hiildimsüzlük (butlan) görüşü: Buraya kadar yaptığımız açıklamalar gostetiyoı ki, aşağıda § 3ü'da söyleyeceklerimiz dı.kkate alınmak -i.iıydıyt:ı. İsviçre-İÜrk uygulamalarında bakım olan bu görüşten ayrılmak iç.in ciddi btr seöp :öunnlam3S:taör. ı e im, arg ı y yu an asözü anten 30.9.1988 tarih ve E. 1987/2, K. 1988/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurul kararında, bu konuda aynen şunları kaydetmektedir:

"Bu geçersizliğin *Jlukukf* mahiyeti doktrinde tartışmalı olup, klasik olarak nitelenen "butlan" görüşüne karşı son yıllarda "kendine özgü geçersizlik görüşü" de savunulmakta ve şekil kurallarının amaçsal yorumundan hareketle (şeki.l noksanlığının herkes tarafından değil, bundan zarar gören tarafça defı olarak ileri sürülebileceği; şekil noksanlığının ha/dm tarafından re 'sen gözetilemeyeceği...) ileri sürülmekte ise de; İsviçre Federal Mahkemesi gibi, Yargıtay butlan görüşünü benimsemektedir. Bu itibarla, kanunda öngörülen şekil şartı, emredici niteliktedir ve ha/dm şekil noksanlığını (tarafklar ileri sürmemiş olsalar dahi yargılamanın her safhasında) re'sen göz önüne almak zorundadır".

İsviçre Hukukunda ileri sürülen bir görüşe göre, hakim, ancak şekil eksikliğine dayanılması taraflardan birinin veya diğerinin talebini destekliyorsa, bunu re'sen gözönünde tutabilmeli; buna karşı, her iki tarafın da talepleri ile bağdaşmadığı vakit şekil eksikliği re'sen nazara alınamamalıdır¹⁹. Örneğin, A, sözleşmeye dayanarak aynen ifa talebinde bulunduğu, B ise ödemezlik defini (BK.81) ileri sürdüğü vakit, her ilci tarafın da sözleşmeyi ayakta tutar nitelikte iddiaları, şekil noksanına dayalı butlan ile bağdaşmaz, bu sebeple de, burada hakim hükümsüzlüğü re'sen gözönünde tutarnamalıdır. Buna karşı, A, şekil noksanına değinmeksizin hata sebebiyle iptal talebinde bulunmuşsa, şekil eksikliğinin hakim tarafından re'sen dikkate alınması mümkün olacaktır; zira, bu örnekte "şekil eksikliğine dayalı butlan", hata sebebiyle iptal talebini destekler niteliktedir. Yukarıda, Türkiye'deki durum ile ilgili olarak söylediklerimiz hatırlanacak olursa, bizim şimdilik (meselenin esasını dahi incelemeye gerek görmeksizin) neden dolayı bu görüşe katılamadığımız kolaylıkla anlaşılır.

18) Aynı yönde düşünceler: **Antalya**, Geçerlilik şekline aykırılığın yaptırım ve sınırları, YD. 1992/3, s. 370; **Eren**, s. 262-263. Ayrıca bkz. **Aday**, Taşınmaz mülkiyetinin naklinde muvazaa, İstanbul 1992, s. 39-40.

19) **Bucher**, AT, s. 170 ve not 34; **Schmid**, not 3'de age, N. 672.-Farklı: **Koller**, Yom Formmangel und seinen Folgen, in: Der Grundstückkauf, St. Gallen 1989, N. 354.

§ 30. Şekil Eksikliği Sebebiyle Hükümsüzlüğün Hakkın Kötüye Kullanılmasını Yasaklayan MK. m. 2/II Hükümü ile Sınırlanması

I. Genel Olarak

t Son yıllarda, Borçlar Hukuku alanında, üzerinde en çok yazılan ve tartışılan konulardan birisi, hiç küşkusuz bu olmuştur. Bu, yalnızca Türkiye;-- değil, özellikle İsviçre için de böyledir. Oyle ki, bir ders kitabının ister istemez sınırlı boyutları içinde, ortaya çıkan problemleri ve savunulan (hatta bir bölümü MK. m. 2/II'nin kapsamı dışında kalan) görüşleri tümü ile ele almak ve incelemek imkanı kalmamıştır. Bu durumu dikkate alarak, aşağıda en genel hatları ile ve kendi bakış açımızı ön plana çıkararak, ister istemez eksik kalmaya mahkûm bir özet veriyoruz.

Problemin esası şudur: Bir hukuki işlem, özellikle sözleşme, şekil eksikliği yüzünden geçersiz olur. unun sonucu! olarak tarafların hiç birine ifaya zorlanamaz. O halde önceki faktörün verdiğini geri isteyebilir. Acaba, bu her zaman böyle mi olmalıdır? Medeni Hukuk tüm alanlarında uygulama alanı bulan ve haksızlığın kötüye kullanılmasını yasaklayan MK. m. 2/II'ye dayanarak, hiç değilse bazı hallerde, şekil noksanı sebebiyle geçersizlik iddiasının dinlenemeyeceği kabul edilmek gerekmez mi?

Bu sorunun cevabını verebilmek için, önce aşağıda incelenen "yöntem" meselesini açıklığa kavuşturmakta yarar vardır.

II. Hakkın Kötüye Kullanılması Sayılabilecek Durumları Belirlemede Başvurulacak Yöntem

Bu konuda iki yöntem karşımıza çıkmaktadır:

- 2 - *Birinci yöntem*, Alınan Federal Mahkemesi tarafından benimsenmiş olan yöntemdir. Buna göre, hakkın kötüye kullanılması yasağından yararlanarak şekil eksikliğine dayalı butlanın sınırlanabilmesi için, ilgili özel olayda geçersizliği kabul etmek taraflardan biri için sadece "ağır bir sonuç" oluşturmamakla kalmamalı ve "kesinlikle anılmaz sonuçlara götülmeli" bir nitelik taşımalıdır. Bu anlayışın ifade ettiği anlam şudur: Hakkın kötüye kullanılması olgusunun gerçekleşip gerçekleşmediği, her olayda, o olayın bütün özelliklerini dikkate alıp değerlendirecek olan mahkeme tarafından belirlenecektir. Ötedenberi hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığını araştırırken, hakkın katı kurallara bağlı kalmaksızın somut olaya ilişkin bütün

1) Bkz. Larenz, SR, I, s. 146 ve orada anılan kararlar.

İhlal ve şartları değerlendirilmesi gerektiğini tekrarlayan İsviçre Federal Mahkemesi'nde de bu eğilimin ağır bastığı söylenebilir².

Yargıtayın 30.9.1988 tarih ve E. 1987/2, K. 1988/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Büyük Genci Kurul Kararının temelinde de bu yöntem yatmaktadır. Yüksek Mahkemeye göre "nitelikleri itibarıyla emredici bulunan ve hakim tarafından re'sen gözetilmesi gereken şekle aykırılık ile hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı bir uyumsuzlukta çatıştığında; hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralıyla ile şekil şartı kuralının aşılabilmesi için *olayın* 6=elliği büyük önem taşımaktadır". Yine Yüksek Mahkeme'nin fikrinde "hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı ancak *fevkalade zaruri hallerde* uygulama yeri bulabilir." Yargıtay, bu esaslardan hareket ederek, anılan İçtihadı Birleştirme kararında aşağıdaki sonuca varmıştır:

"Tapuda kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetini devir borcu devran ve ancak yasanın 011gördüğü içim işi arına uygun olarak v g.pilmadığından geçersiz bulunan saz eşmıne fl.gx.anılarak acılan bir cebri tescil davasının i..ural olarak ka bul edi/gmey ç e; ğine; bimuula b er abei...KaLMülkiyeti Kanunına tabi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazın @dan boşunsuz h ölüm -s-mmrmı,'tt-ş-ldn geçerli bir sözleşme Ölmadan tarafların bağliJs ı f2 ölüm samm:rrı:laaifla cırak alıcının- rüm 15orçlarıinedaeimesi ve atıcının da bagımsız ölümü t;slin edere" k.alıcının onu malik gi.j)i kullanmasına rağmen Sli'ticininııı tapuclainülkjyetİİJçJğvri.ie y. arias.mamas.Lhalley:inde, ofayın özelliğl'7rlrg'Ore flükimin M.K.nın 2. 111add rç_s_ile özetei:ek-açılan...tesGil--da'VaSını taibuteaebileceği.ne... karar ver:ildi. "³

2) Örnek olarak bkz. BGE 112. II. 333.

3) Yargıtay 14. HD'nin 4.6.1992 tarih ve E. 11223, K. 6038 sayılı kararına göre (Uygur, cilt 1, s. 249), "30.9.1988 tarih ve 1987/2, E., 1988/2 K. sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında üç unsur vardır. Bunlar, öncelikle yüklenicinin inşaatın devamı sırasında geçerli olmayan bir senetle satış yapması, satın alınan bu taşınmazın bedelinin tamamen ödenmiş olması ve (alıcının) inşaatın bitimiyle daireyi teslim alması ve uzun süre içerisinde oturmuş bu-lunmuş gerekir". Bizce, MK. m. 2'nin uygulanabilmesi için, şekil eksikliği sebebiyle batıl satış sözleşmesine dayanarak alıcının satış bedelini tam olarak ödemiş bulunması (çok ufak bir miktarda eksiklik sonucu değıştinmez) ve satıcının yazılı veya sözlü beyan-ları, tutum ve davranışlarıyla onda bu sözleşmenin mutlaka ifa cilt I, s. 249), "30.9.1988 tarih ve 1987/2, E., 1988/2 K. sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında üç unsur vardır. Bun-lar, öncelikle yüklenicinin inşaatın devamı sırasında geçerli olmayan bir senetle satış yapması, satın alınan bu taşınmazın bedelinin tamamen ödenmiş olması ve (alıcının) in-şaatın bitimiyle daireyi teslim alması ve uzun süre içerisinde oturmuş bulunması gere-kir". Bizce, MK. m. 2'nin uygulanabilmesi için, şekil eksikliği sebebiyle batıl satış sözleşmesine dayanarak alıcının satış bedelini tam olarak ödemiş bulunması (çok ufak bir miktarda eksiklik sonucu değıştirmez) ve satıcının yazılı veya sözlü beyanları, tutum ve davranışlarıyla onda bu sözleşmenin mutlaka ifa edileceği hususunda haklı bir güven uyandırmış bulunması yeterlidir (Bkz. aşağıda N. 11 ve not 13). Buna ek olarak taşınmazın alıcıya teslim edilmesi, bununla da yetinilmeyip onun "uzun süre" orada onun 11ası gi-bi olgular, olsa olsa satıcının durumunu ağırlaştıran ve MK. m. 2/II'yi uygulama gereği-

Bir başka Yargıtay kararında rastladığımız aşağıdaki ifadeler de Yüksek Mahkemenin bu konudaki tutumunu göstermesi bakımından ilginçtir. Şekil eksikliği bulunan ihtimaller ile ilgili olarak, Yüksek Mahkemeye göre *"her somut olayda butlan iddiasının ileri sürüldüğü hal ve şartlara bakılmalı ve hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin adalet duygulanız rahatsız edici çok açık unsurların varlığı esas alınmalı"*dır^{3a}.

- 3 - *İkinci yöntem*, bundan çok farklıdır. Mahkemelerin sadece olayın özelliklerine bakarak hakkın kötüye kullanılması yasağını uygulamaları, özellikle Alınan ve İsviçre öğretilerinde ağır biçimde eleştirilmiş ve bunun keyfi kararlara kapılan açmak anlamını taşıdığı, bu yöntem uygulanırsa hiçbir olayda çözümün ne olacağının mahkeme karar vermeden önce bilmemeyeceği, bunun ise büyük bir hukuld güvensizlik yaratacağı ileri sürülmüştür. Öğretiye göre, yapılması gereken, *her olayın özelliklerine göre karar verme yöntemini bir köşeye bırakarak, belirli olay gruplarını ve bunlara uygulanacak ilkeleri önceden tespit etmekten* ibarettir. Böylece, her özel olayın bahis konusu olaylar grubuna girip girmediği, bu sebeple de, o olay grubu için öngörülen ilkeye tabi olup olmadığı araştırılıp bir sonuca varılacaktır⁴.

- 4 Yukarıya geçirilen eleştirilerde ve öğreti tarafından üstün tutulan yöntemde, hiç kuşkusuz, geniş ölçüde isabet vardır. Ne var ki, ilke olarak durum böyle olsa bile, *hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin incelemelerde olayın özelliklerinin tamamen bir tarafa bırakılmasının mümkün olduğu kanısında değiliz*. Örneğin, sözü edilen özellikler yeni olay grupları ve bunlara ilişkin ilkeler geliştirilmesine yol açabileceği gibi, belirli bir olayın önceden öngörülmüş ilkenin kapsamına tam olarak girip girmediğinin belli edilmesinde de rol oynayabilir^{4a}.

Aşağıda üstün tuttuğumuz yönteme uygun biçimde ve kendi görüşlerimiz açısından, belirli hakkın kötüye kullanılması hallerini gruplandırıyoruz.

ni daha da çarpıcı biçimde gözler önüne seren özellikler olarak değerlendirilebilir. Gerçekten, batıl satış sözleşmesine rağmen bu durumu bilerek taşınmazın alıcıya teslim edilmesi, satıcının bu sözleşmeyi mutlaka ifa edilecek geçerli bir sözleşme saydığını gösteren ve alıcıda daha önce yaratılmış bulunan güveni pekiştiren bir davranış olmaktan öteye geçemez.

3a) 13.HD., 2.12.1991, E.1991/7217, K.1991/1090I(YKD, 1992/2, s. 239).

4) Bu eleştiriler için bkz. **Flume**, § 15, III, 4, b, s. 274; § 15, **M**, 4, c, s. 277; **Larenz**, SR, I, s. 147; **Schmid**, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, Feiburg 1988, N. 737 vd. ile orada anılanlar.

4a) Benzer eğilimde: **Kılıçoğlu**, 7. bası, s. 97.

111. Hakkın Kötü e Kullanılması Yasa ı Yolu İle ekil Eksikliğine ayahı Gecersizli-in Ortadan .K?lkms SJ!Y-ılacağL.Olguların __!_!plandırılması

1. Genel Olarak

Bu konuda üç olguyu ayn ayn ele almak doğru olır⁵:

5

- *Birinci olgu, her iki tarafın sözleşmeyi tam olarak veya büyük lasmı itibarıyla (yani tamamına çok yaklaşır biçimde) ifa etmiş olduğu ihtimalleri kapsamına almaktadır. Yeter ki, ifa gönül rızasıyla ve şekil eksikliği biline-rek yapılmış olsun. -*

- *İldnci olgunun kapsamına giren ihtimallerde, ifa vardır fakat bu ifa, birinci olgu"llcrotlciğugibi, Jier-flcf-taraferçrsr.rdrı'fida "cam ija" veya tam ifa ile bir tutu/wrU/Jorcrin*-!Jüyülc-b-ölürtrüniin ifdfi"?feğiTdir. Ogieğin, taraf-lardaifsadece-biltsrl:mrco:ııtrtam o arak-ifa etmiş, diğeri hiç ifa etmemiş veya sadece borcunun ufak bir bölümünü yerine getirmiştir. Tam ifanın şekil eksikliği bilinmeksizin gerçekleştirilmiş olması da buraya girer⁵⁰. Görülüyor ki, ikinci olgunun konusunu birinci olgunun kapsamına girmeyen belirli ifa halleri oluşturmaktadır. Bu konuyu daha ayrıntılı biçimde aşağıda (3) altında ele alıyoruz.*

- *Nihayet üçüncü olgu, sözleşmenin her iki tarafça da hiç ifa edilmemiş olduğu durumlarla ilgilidir.*

2. Her iki tarafın da şekle uymayan sözleşmeden doğan borçlarını tam olarak veya büyük bölümü itibarıyla ifa etmiş olması*

MK. m. 2/II'ye en kolay biçimde ve en geniş ölçüde uygulama alanı ta-nınabilecek olan ihtimal bu ihtimaldir. Her iki taraf da sözleşm_eyi tam ola-r_?k veya hiLyiiik böHimii itibar:cy.leifa-etmişse,-artık-sözleşmenin-(aşağıda teorik a ıklamasını a ca pacağımız biçimde) geçerlilik k?andığın.ı kabul etme.k_gerekir. Yalnız, bunun için, tarafların serbest nzalan ile ve şeldl eksikliğini bilerek ifa etmiş olmaları artırır. Taraflardan hiç değilse oiiT, şekil eksikliğinin farkına varmamış ve kendisini sözleşme ile bağlı ve ifaya mecbur sandığı için ifade bulunmuş ise, artık buradaki olgunun değil, aşağıda (3) başlığı altında incelenen ikinci olgunun kapsamına giren bir durum vardır. Zira bu ihtimalde, şekil hükümlerinin amacının ifa ile ger-çekleştiği ileri sürülemez.

6

5) Bkz. **Koller**, Grundstückkauf mit Schwarzzahlung, ZBN, 126 (1990), s. 127-128.

5a) Şekil eksikliğini bilme şartının Federal Mahkeme tarafından nasıl yumuşatıldığı hakkın-da bkz. aşağıda N. 7.

- 7 Dikkat edilmesi gereken nokta şudur: Her iki taraf açısından tam ifa veya onunla bir tutulan bir durum olayda gerçekleşmişse, MK. m. 2/II'den yararlanabilmek için başkaca bir şarta gerek yoktur. Türk uygulamasındaki eğilimin de genellikle bu yolda olduğu söylenebilir. Buna karşı, İsviçre Federal Mahkemesi, bir yandan ifanın gönül rızası ile ve şekil eksildiği bilinerek yapılmış olmasını ararken, diğer yandan "tam ifa" veya "borçların büyük bölümü itibariyle ifa" hallerinde, *başka hal ve şartlardan açıkça tersi an/aşılımadıkça* butlanı öne sürmeye imkan kalmadığını kabul etmektedir. Yüksek Mahkemeye nazaran, bu ihtimalde, butlanı öne sürmenin bir hakkın kötüye kullanılması oluşturacağı yolunda bir karine meydana gelmektedir⁶. Ne var ki öğretide, bizce yerinde olarak, uygulamada hiçbir zaman bu karineyi çürütme imkanının olmayacağına işaret edilmiştir⁷.

Şu noktayı ekleyelim ki, "gönül rızası ile" ve "şekil noksanını bilerek" ifa şartını, Federal Mahkeme:hir-k.a.r-armda.aşağı.aaki-biyimde-yumuşatmış-!!r;_Yüksek Mahkemeye göre, geçersizliği ileri süren tarafın, ifa sırasında şekil eksikliğini öğrenseydi, resmi senedin koruyucu amacına dayanıp ifadan kaçınacağı dosyadan anlaşılmıyorsa; bir başka anlatımla, şekil eksikliğini öğrenen davacının yine de ifa edeceği sonucuna varılabiliyorsa, bu katlan yeterlidir⁸.

- 8 Şekil eksikliği sebebiyle geçersiz olan sözleşmenin ifası sonucu artık şekil eksikliğine dayanma imkanı kalmayacağı, öğretide bazen MK. m. 2ff dışında kalan başka gerekçelerle açıklanmak istenmiştir. Biz, bu konuda sadece aşağıdaki düşünceleri kısaca belirtmekle yetiniyoruz:

- Bu konuda, ilk akla gelen hüküm, "Bağışlama taahhüdü, tenfiz edilince elden yapılmış bağışlama gibi olur" diyen BK. m. 238nII hükmüdür.

Böylece şekil eksikliği sebebiyle batıl bir taşınır bağışlama vaadinin ifa ile geçerlilik kazanmasına imkan tanınmıştır⁹. Bazı yazarlar, hiç değilse yukarıda varılan sonuçları güçlendirmek açısından, bu hükümden yararlanılabileceği kanısındadır¹⁰.

- İkinci ve çok tartışmalı bir görüş, şekil eksikliği sebebiyle geçersiz sözleşmeden

6) Özellikle bkz. BGE 112. II. 333-334; 104. II. 101 - Federal Mahkeme, tam ifa ve onunla bir tutulan durumlarda, geçersizliğe dayanma imkanının kalkmasının, MK. m. 2/II'den mi, yoksa "şekil hükümlerinin doğru biçimde yorumlanmasından mı" (bkz. Merz, Art. 2, N. 509; Merz, Vertrag, N. 436) çıktığı sorusunu kesin biçimde çözüme bağlamaktan kaçınmıştır (Ayrıca bkz. Koller, not 5'de age, s. 120, not 95).

7) Koller, Vom Formmangel und seinen Folgen, in: Der Grundstückskauf, St. Gallen 1989, N.269.

8) BGE 112.11. 336

9) Bu hükmü, ifa ile şekil eksikliğinden doğan butlanın düzelmesi biçiminde anlamayıp, bununla bağışlama vaadinin elden bağışlamaya çevrildiğini ileri süren bir görüş de vardır (Bu konudaki görüş ayrılıkları için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 103, not. 5; Tandoğan, 1/1, s. 358-359).

10) Schmid, not 4'de age, N. 769.

doğal (eksik) bir borcun doğduğunu, bu sebeple de ifanın geçerli olduğunu ileri sürmektedir¹¹.

- Üçüncü bir görüşe nazaran, bu gibi ihtimallerde, verilenin geri alınmasını önleyen hüküm, kanundaki yeri itibariyle sadece sebepsiz iktisap halleri için sevk edilmiş bulunan, fakat aynı hak iddialarını da içine alacak biçimde kapsamı genişletilmek gereken BK. m. 62/c.1 hükmüdür¹².

3. Tam ifa ile bir tutulamayacak diğer ifa halleri veya tam ifanın şekil eksikliği oiliimec! en gerçekleş olmas

Burada, başlıktan da anlaşılacağı üzere, iki ayrı durum söz konusudur.

- Birinci ihtimalde ifa vardır, fakat bu ifa *sözleşmenin her iki tarafça "tam olarak", yahut tam ifa ile bir tutulan "büyük ölçüde"* ifası anlamını taşımamaktadır. Örneğin, taraflardan birisi borcunu tam olarak yerine getirdiği halde, diğer taraf hiç ifa etmemi veY..a. b. orc.unun sa.dece ufak bir bölümünü yennegetirmekle yetinmiştir.

- İkinci ihtimalde ise, sözleşme iki tarafça tam oJantlcv.eya büyük kırsu.1 itibariyle ifa edildiği ha, yukarıda incelenen "tam ifa" olgusundan farklı olarak, bu ifa şekil eksikliği bilinerek Yi!IJ!Jan bir ifa nitliğinde değilorr.(Federal Malikeme'nın-ş-ekil e ksikliği bilinerek yapılan ifa kavramını nasıl yumuşattığını yukarıda görmüş bulunuyoruz).

Bu ihtimallerde karşımıza çıkan ifa olgusu, ya "her iki tarafça tam ifa" kategorisine girmediği yahut "şekil eksikliği bilinerek" gerçekleşen bir ifa olmadığı için, *tek başına* MK. m. 2/II'nin harekete geçmesini sağlayabilecek bir olgu oluşturmamaktadır. Bu gibi durumlarda, MK. m. 2/II'nin duruma müdahale edebilmesi için, ifa olgusu yanında *bir başka olgunun (ek olgunun) daha* gerçekleşmiş ve onu takviye etmiş (güçlendirmiş) olması şarttır. O halde, cevaplandırılması gereken soru şu olacaktır: Ne gibi olgular, ifaya eklenmek suretiyle, şekil eksikliğine dayanmayı hakları kotu ve kül/anılması aşağı çerçevesi içine sokabilece/air? u soruya,-oütüi:ı-, tiinalleri içinealan kesin orrceap vermek imkanı yoktur. Söz konusu olabilecek belli başlı durumlara örnek olarak şimdilik aşağıdaki halleri anabiliriz:

- Şekil eksikliğine rağmen sözleşmenin ifa edileceği hususunda karşı

11) v. **Düren**, s. 147; **Schmidlin**, Art. 11, N. 41 vd.; **Schmidlin**, Der formungültige Grundstückkauf. Bemerkungen zur neueren Lehre und Rechtsprechung, ZSR 1 09/1 (1990), s. 233 vd. - Bu düşünce tarzı, esas itibariyle Avusturya hukukunun (ABGB § 1432) çözümüne uygun düşüyor (**Schmidlin**, Art. 1 1, N. 41; **Koziol/Welser**, s. 152). Doğal borç görüşünün eleştirisi için bkz. **Koller**, not 7'de age, N. 260 vd., 288; **Scrozan**, Die Überwindung der Rechtsfolgen des Fonnmanöls im Reetstgeshiift nach deutschem, schweizerischem und türkischem Recht, Tübingen 1968, s. 78 vd.; **Schmid**, not 4'de age, N. 667.

12) **KoUer**, not 7'de age, N. 277 vd.

tarafıta *haklı bir güven* yaratan, ancak sözleşmeden doğan borcunu hiç veya büyük bölümü itibarıyla yerine getirmemiş olan taraf, sonradan aleyhine açılan ifa davasında, önceki davranışı ile hiçbir şekilde bağdaşmayacak biçimde, kendi borcunu tam olarak veya buna çok yaklaştırmış biçimde yerine getirmiş bulunan davacıya karşı sözleşmenin şekil eksikliği sebebiyle geçersiz olduğunu ileri sürüyor. Burada, MK. m. 2/II kapsamında değerlendirilen *çelişkili davranış yasağı* (*venire contra factum proprium nemini licet*) ilkesinin bir uygulama alanı ile karşılaşılıyor. Yargıtay kararlarında da bu ilkenin isabetli bir şekilde uygulandığını görüyoruz. Yüksek Mahkemenin örnek olarak anacağımız aşağıdaki karar, burada üzerinde durduğumuz olguya tam olarak uygun düşmektedir. Olayda davacı, davalının tatil köyü sitesi kuracağını ilan yolu ile du rması üzerine .. lerce k tı gjbi inanıp ancı resmi şe e yapılmayan) sözleşme ile daire satın alm ! Ş. satış bedelini odemiş. karşı taraf ise edimini yerine getirmemiş bulunuyordu.

Yüksek Mahkemeye göre, "aavalminemrolunan şekle riayefimeksizin akti  fa edece vi ilcrini u andırarak davacı J..J  @t vcp3ia)!ayönelt liğf. sözleşmedeki taahhütlerini yerine geti.  c  in   dair davacıda tam bir güven varolliğı ve devam eelen zaman iç inde..de..bu gü.ve l li lai.vvetlendi-iş sürdürdüğü. davacıve diğer yüzlerce alıcıdan talisi[eJ!!ğ!_s_a!Jş parqj_a rıylaJıJşaa-rnız- birfarkla-flını7:iinliülükiaı1 sonra Vakıflar Bankası 'na kredi temini için ipotekettiğı, ardından borçları!Jd_an ı.}lt: fl!lm sık için cebrî ihale yoluyla taşınmazın Vakıflar Bankası 'na satı?11'ıqsula JJ. eñien old  filb böylece, sözleşmeyi imkansız hale getirip ondan kurtulma   ist !!diğf kanaq_tine kavuşul-m.vşui. İşt-e süburbulan bu olgulardan smira, davalının satım sözleşmesinin şekil noksanlığı nedeni ile geçersizliğini ileri sürmeye kalkışması, MK. nun 2. maddesinde ifadesini bulan iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz. Hakları kötüye kullanılması niteliğini taşır"¹³. Şurasını ekleyelim ki, Yüksek Mahkemenin MK. m. 3'de düzenlenen "iyiniyet" yerine, MK. m. 2'nin kapsamına giren "dürüstlük" kuralına yollama yapması çok daha yerinde olacaktır.

- 12 - İkinci ve çok tartışmalı bir ihtimal ise şudur: Taraflardan biri, sek.il eksikliğini, şeklin koruyucu amacı ile hiç ilgisi olmayan başka. amaçlarla

13) 13. HD., 2.12.1991, E. 1991/7217, K. 1991/10901 (YKD 1992/2, s. 237 vd). - Yargıtay 15. HD.nin 5.4.1990 tarih ve E. 4035, K. 1602 sayılı kararında yerinde olarak belirtildiği gibi "Her ne kadar sözleşmede taşınmaz mülkiyetinin ferağı öngörülmüş olduğu halde sözleşme adiyen düzenlenmiş ise de, davalı bu sözleşmenin tarafı olarak ifa olunacağı hususunda ve işin tamamlanmasına kadar karşı tarafa tam bir güven venniş ve davacı da sözleşmenin yerine getirileceği inancına iyiniyetle bağlanarak kendisine düşen edimleri yerine getirmiş olduğuna göre, bu aşamada artık sözleşmenin şekil yönünden geçersizliğinin ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğuracağından yasanın koruması altında değildir. Bu durumda inşaatın ikmal edilmiş olduğu gözetilerek mahkemece 12 no.lu dairenin davacı adına tesciline karar verilmesi gerekirken sözleşmedeki şekil eksikliği nedeniyle davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykındır". (Uygur, cilt I, s. 259). Ayrıca bkz. yukarıda not 3.

ileri sürüyor, önleğin, ifa etmiş bulunduğu sözleşmeden doğan maldaki lnaddı ayıplara karşı tekeffül (sağlama) borcundan kurtulmak istiyor¹⁴. Bızzat İsviçre Federal Mahkemesi¹⁵ 75irlfararında, eski içtihatlarının da bir dökiimünü vererek itiraf ediyor ki, Yüksek Malikemenin kararları bu konu- da zigzaklarla dolu çelişkili bir çizgi izlemiş bulunuyor¹⁵.

Öğretide, bazı yazarlar, şekil eksikliğinin hangi amaçla ileri sürüldüğünün göz önünde tutulmasına (farklı biçim ve derecelerde) karşı çıkıyorlar. Örneğin taraflardan biri, sonradan aleyhinde gördüğü bir sözleşmeden sıyrılmak için şekil eksikliğine dayanırsa, bunu hemen MK. m. 2/II'ye aykırı saymak şu bakımdan yerinde görülmebilir ki, şeklin fonksiyonu esasen onu, daha sonra "Ben bu sözleşmeyi nasıl yaptım?" diye pişman olacağı işlemleri yapmal'tan alıkoymak, bu hususta kendisini ikaz etmektir¹⁶. Şimdi şekle uyulmadığı için ikaz edilmemiş, dolayısıyla korunmamış taraf daha fazla kazanç veya başka çıkarlar elde etmek için şekil eksikliğini ileri sürerse, onu, bu yüzden bütün hal ve şartlar altında kınamak mümkün müdür?

Alınan hukukunda, *Flume* daha da ileri gidiyor ve "verilen sözün tutulmasına ilişkin ahlaki yükümlülüğe nazaran, şekle uyma zorunluluğunu öngören sebepler daha ağır bastığı içindir ki " kanun koyucunun bazı işlemleri şekle tabi tuttuğunu belirten BGB'nin Gerekçesine dayanarak, şekil hükümlerinin amacına aykırı biçimde şekil eksikliğine dayanılmasına katlanılmazsa, bu hükümlerden tamamen vazgeçmek gerektiğini iddia ediyor¹⁷

Göülüyor ki, şekil eksikliğine şekil hükümlerinin amacı dışında kalan sebeplerle dayanılması halinde, MK. m. 2/II'nin uygulanabilip uygulan- mayacağı, çok dikkatli ve ihti atlı bir ekilde ele alınması erek"en-bir me- se e . Fikrimizce, bu konuda, şekil eksikliğini ileri süren tarafın, şekil eksikliğini bilerek veya bilmeden ifa etmiş olması, varılacak sonuç üzerinde etkili olabilir. Gerçekten, ekil eksiklrini bile bile borcunu erine eti- ren ve bu davranışı ı e şekil h _!kümlerinin koruyucu amacına ihtiyaç duy- madığını açığa vuran kimsenin, sonradan sanki bu korumaya ihtiyacı var- nuş gibi, aslında şeklin amacına yabancı maksatlarla ekil eksikli. ine da- yanması a a ra i[lifç.im.de.MK. m.-2LII.:niujcglps. l@ ifir. Buna füşü şek.il eksikliğini *bilmeden* ifada bulunan tarafın şekil hükümlerinin himayesine ihtiyacı olduğunu göz önünde tutmak ve bu durumda MK. m. 2/II'ye dayalı bir iddiayı kolay kolay dikkate almamak daha isabetli gözüküyor.

14) Özellikle bkz. ve krş. **Tandoğan**, 1/1, s. 239-240 ve orada anılan kararlar.

15) BGE 112. II. 336.

16) **Caoaris**, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München, 1971, s. 297 - 298

17) **Flume**, § 15, III, 4, c. ee, s. 284 vd.

- 13 - Ek olgu olarak dikkate alınabilecek üçüncü bir hal şudur: Şekil eksikliği bilinmeden sözleşme ifa edildikten sonra bu durumu öğrenen taraf, *derhal* harekete geçmeli ve butlan iddiasında bulunmalıdır. Aradan *uzunca bir süre* geçtikten sonra, şekil eksikliğine dayanılması MK. m. 2/II ile bağdaşmaz¹⁸.

Tekrar hatırlatalım ki yukarıda "ek olgu" olarak belirtilen üç hal birer örnekten ibarettir. Aşağıda (4) başlığı altında incelenen diğer iki durumdan birisi mevcut ise, bunlar da MK. m. 2/II'nin uygulanmasına yol açabilecek bir "ek unsur" örneği oluşturur.

4. Sözleşmenin her iki tarafça hiç ifa edilmemiş olması

- 14 Yaygın, fakat hukuki dayanaktan yoksun bir görüşe göre, şekil eksikliği halinde hakkın kötüye kullanıldığı iddiasının, her iki tarafça hiç ifa edilmemiş sözleşmelerde saGeceolffflfsüz-\\5ireflusi olabilir, yani bu iddia ancak olumsuz zararın giderilmesine ilişkin İrtazminat talebine yol açabilir. Bu gibi durumlarda MK. m. 2/II'ye dayanarak bir ifa talebinin ileri sürülmesine (olumlu etkiye) yer yoktur¹⁹.

Bu düşünce tarzının artık savunulamayacak hale geldiği aşağıdaki olgulardan açıkça anlaşılır:

- j 11 - Yukarıda gördük ki, sözleşme her iki tarafça büyük bölümü itibarıyla ifa edilmişse, bu ifa serffestçe ve şekil eksikliği hi linerek yapılmış olmak • • , 1<:aydı ile, artık geçersizlik iddiası dinlenmez. O zaman ister istemez şu soru -karşımıza çıkar: Sözleşmenin heniz ifa edilmemiş bölümünün ifası istenemeyecek midir? Bu soruya, Türk hukuk uygulama ile birlikte hiç kuşkusuz olumlu cevap verilecek ve 6ubolume-ilişkilir ifa talebi alacak- hıyaianınacaktır²⁰.

- 15 - Yine yukarıda açıklandığı üzere, bir taraf borcunu tam olarak ifa ettiği halde, diğer taraf hiç ifa etmemiş hnhmdüğü veya aom açısından sadece tam ifa ile bir tutulamayacak kısmı bir ifanın gerçekleştiği durumlarda, O meğ "çelişkili davranış yasağı"nm veya "ek unsur" olarak değerlendirdiğimiz diğer olgulardan binnin kagsamına iren bir ola söz konusu ise,

18) BGE 92. il. 327; **Koller**, not ?'de age., N. 297

19) Bkz. **Merz**, Art. 2, N. 485; **Koller** not ?'de age, N. 239'daki yollamalar; BGE. 104. il. 104; 112. II. 111 - Şu noktayı ekleyelim ki, son kararlarında, şekilsiz sözleşme büyük bölümü itibarıyla ifa edilmiş olmadıkça aynen ifa talebine izin veren Federal Mahkeme, daha sonra, taşınmazlarla ilgili olmayan bir olayda, ifa edilmemiş sözleşmenin MK. m. 2/II'ye dayanarak ifasının istenebileceğine hükmetmiştir (BGE 116.II. 702-703)

20) Ayrıca bkz. **Merz**, Vertrag, s. 234; **Koller**, not 4'de age., s. 130-131, 139. İsviçre Federal Mahkemesi de büyük kısmı itibarıyla ifa edilmiş sözleşmelerde, MK. m. **III** aracılığı ile geri kalan bölümün ifasının talep edilebileceği görüşündedir. (BGE 104.II.104).

yine MK. m. 2/11 uygulama alanı bulabilecek ve henüz ifa edilmemiş edimin yerine getirilmesi talep ve dava olunabilecektir²¹.

Bu ihtimallerde aynen ifa talebini kabul edince, hiç ifa edilmemiş sözleşmelerde aynen ifa talebine kesinlikle yer olmadığını ileri sürmek imkanı olamaz²². Zira, bu açıdan hiç ifa edilmemiş sözleşmelerle, kısmen ifa edilmiş sözleşmeler arasında bir fark görülemez. *Koller'in* yerinde olarak belirttiği gibi, ifanın gerçekleşip gerçekleşmediği veya ne ölçüde gerçekleşmiş bulunduğu, hakkın kötüye kullanılmasının *sonuçlarını* belirlemekte (yani "aynen ifa talebi tanınacak mıdır?" sorusunu cevaplandırmakta) hiçbir rol oynamaz. Bu husus, sadece hakkın kötüye kullanılması *olgusunun* varlığını belirleme açısından (yani "olayda MK. m. 2/II'nin uygulanmasına yol açacak bir durum var mıdır?" sorusunun cevaplandırılmasında) önem taşır²³. Ne var ki, şekil hükümlerinin uygulamadan tamamen kalkmasını önlemek amacıyla, *ne gibi durumların MK. m. 2/1'nin kapsamına gireceğini* ve buna bağlı olarak, henüz her *iki tarafça hiç ifa edilmemiş sözleşmelerde* dahi bir aynen ifa davasına izin verileceğini önceden açık seçik belli etmek gerekir.

Biz, öğretilerdeki görüşlerden esinlenerek, aşağıdaki *iki halde*, her iki tarafça da hiç ifa edilmemiş sözleşmelerde MK. m. 2/II hükmünün uygulama alanı bulabileceği ve bunun sonucu olarak aynen ifa talebinin mümkün olabileceği kanısındayız:

- **Birinci hal:** Sözleşmenin şekil eksikliği yüzünden e ersizli-ini ileri süren tarafın, şekil e sı ıgine, ı er e işine ge meyebilecek bir sözleşmeden sıynlma tmtcdnını saklı tutmak amacıyla kasten sebep olması. Burada, gene ikle taraflardan-6ırının, diğerini belirli bir ekle u a mecburiyeti konusunda aldaffüas ı soz k:qnusu o ac Ne var ki, uygulamada bu iltima- -in gerçekleşme şansı o kadar fazla değildir; gerçekleşse bile, aldatmayı 1sp11tetmek hiç de kolay olifiayacaktır-24- -----

21) Bkz. yukarıda N. 2, 9 vd.

22) Aynı eğilimde: **Koller**, not 7'de age, N. 239; **Koller**, not 4'de age, s. 131. Türk Hul.'ll-kunda, ifa veya ifa hareketlerine girişilmesi hallerinde MK. m. 2ffi'ye dayanarak aynen ifa istenebileceği, yani MK. m. 2/II hükmüne olıllı11u bir etki tanınabileceği görüşünde: **Kılıçoğlu**, 7. Bası, s. 97-98; **Kılıçoğlu**, Yargıtay içtihadı Birleştinne Kararları ışığında taşınmaz satımında şekil ve hakkın kötüye kullanılması, YD (Özel sayı), c. 15, 1989/1-4, s. 317 vd., 302 (Yazar'ın yerinde olarak, kısmen ifa hallerinin de MK. m. 2ffi'nin kapsanına girebileceğini, yani ifa edilmemiş bölüm için aynen ifa talebinin söz konusu olabileceğini belirtmesine rağmen, hiç ifa edilmemiş sözleşmelerde aynen ifa yolunu tamamen kapayan düşüncesine katılamıyoruz). Bu konuda ayrıca bkz. **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 129 ve not 401; **Oğuzman**, Şekil noksanı sebebiyle butlan denneyanı baklanın suistimali, İBD, c. XXIX, 1955, s. 257-258.

23) **Koller**, not 7'de age., N.311.

24) Bkz. **Larenz**, SR, I, s. 147; **Larenz**, AT, s. 414; **Larenz/Wolf**, 9.A., § 27, N. 71; **Medicus**, AT, N. 631; Merz, Vertrag, N. 447 vd., Gauch/Schluep/Schmid, N. 557; **Koller**, J, 2.A., § 12, N. 105; **Schwenzer**, N. 31.32.

Alman Hukukunda, *larenz*, bu gibi durumlarda, BGB § 162'de yer alan ve bizde BK. m. 154'ü karşılayan düşüncenin dahi bu sonucu desteklediğini belirtiyor. Hatırlanacağı üzere, BK. m. 154 hükmüne göre, iki taraftan biri şartın gerçekleşmesine dürüstlük 1-aralına ters düşen bir davranış ile engel olursa, buna rağmen şarta gerçekleşmiş gözü ile bakılır.

- **İkinci hal:** Taraflardan her ikisi de şekil eksikliğinin farkında ol-
 "" duk/arı ve içlerinden biri şekle uyulmasını istediği haTile, aigeri {herhangi
--fm ile keudisirre-açrk-birkaprlnrakmrrlnrral fsaai ofriuasave başlangıçta
sozüüü tufinayı duşımse 5ile), şu veya bu biçimdeki üstün konumundan
yararlanarak (örn-eğ.i.n karşıtaraf.Jle ai:ularmda bit-ast-üst ilişkj şsi vardır
 veya o, diğerine nazaran ekonomik açıdan daha güçlüdür veya mes/ekf
 itibali dayanma'lffaai] sözleşmen[ii-şek{e-Eiağlanmasını engellemişse,
 yine aynen ifa talep edilebilecektir⁵.

Buradaki durumun birincisinden farkı, şekil eksikliğinin birinci halde
taraflardan birinin hi e 0er me.sine.lrarşJ; ikinci.Jıalde (hile bu-
 unmaksızın) diğer tarafın üstün konumundan yararlanarak uyguladığı
 ekonomik, manevi vs. baskı sonucu meydana gelmesidir. Nasıl bir kınse-
 rrir-şekil konusunda diğerini aidattığı ihtimalde, onun bu hareket tarzın-
 dan kendi lehine sonuçlar çıkarmasına izin verilmiyorsa, sırf manevi alanda
 dahi kalabilen bir *baskı* sonucu şekil eksikliğine sebep olan kimsenin son-
 radan butlan iddiasında bulunmasına da göz yumulamaz. Aksi halde, ortaya
 çıkacak sonuç, (ikinci ihtimalde şekil hükümlerine uyulmamış olduğu karşı
 tarafça biliniyor olmasına rağmen) en az birinci ihtimaldeki kadar hak ve
 adalet duygularını zedeleyici olur. Nitekim, bu sayededir ki, bütün parasını
 bu iş için ayıran ancak henüz bir ödeme yapmamış bulunan emekli memura
 inşa halindeki daireyi satan, fakat "ne gerek var?" deyip resmî sözleşme
 yapılmasını önleyen zengin ve diğeri karşısında güçlü müteahhit (yükleni-
 ci), arada taşınmaz fiyatları birden fırlamışsa, bu üstün konumunun yol
 açtığı şekil eksikliğinden yararlanamayacak ve MK. m. 2/II aracılığı ile
 geçerli sayılan sözleşme uyarınca aynen ifaya mahkum edilebilecektir².

17 Şu noktayı önemle ekleyelim ki, her iki tarafça da hiç ifa wlmemiş
sözleşmelerde, MK. m. 2/II'nin uyguTama alanı yukarıdaki iki ihtimal ile
sınırlıdır ve bunun dışında kalan hallerde, bu hükme da anarak aynen ifa
vası a 1 amayac tır. u se eple, sa ece "*venire contra actum proprium*
nemin{licei"(çelişk.iÜ daviarusyasağı) hiçbir şekilde. s özle: meifiü h0r iki
 tın-afca oa !iis ifa edilme-mı bulund ū dur:um)aqla, MK. m. 2ffi'ye dayalı
 bır aynen ifa talebini harekete geçiremeyecek ve karşı tarafın sözüne (ola-
 ynzozellikle :1 açısından haklı olara0) gijvenip seETSiz...sözleşmeye-razi olan

25) Bu düşüncede: **Larcnz**, SR, I, s. 148; **Larenz**, AT, s. 414; **Larenz/Wolf**, 9.A., § 27, N. 73; **Gauch/SchJuep/Schmid**, N. 557. Aksi düşüncede: **Medicus**, AT, N. 632.

26) Ayrıca krş. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, Eşya Hukuku, c.1, 5. bası, İstanbul 1989, s. 678.

taraf, ancak aşağıda göreceğimiz biçimde *cu/pa in contrahendo* esasına 71. trmnrt suz .gm gı t t ri)I j -Y.e.inmc zonın a kalacaktır. Yukarıda verilen müteahhit (yüklenici) örneğinde, MK. m. 2/II'nin uygulanmasına ve bir aynen ifa talebinin tanınmasına yol açan husus, müteahhidin karşı tarafta şekilsiz sözleşmenin mutlaka ifa edileceği hususunda haklı bir güven yaratmış ve sonra bu davranışı ile çelişkili biçimde ifayı reddetmiş olması değil, üstün konumundan yararlanıp şekilsiz sözleşmeyi daha zayıf durumdal'i karşı tarafa empoze etmiş bulunmasıdır. "Çelişkili davranış yasağı" ilkesi, ancak ifanın hiç değilse *kısmen* gerçekleştiği ihtimallerde (örneğin emekli memur şahs bedelinin tamamını veya tamamına yaklaşan bir bölümünü peşin olarak ödemiş olsaydı) ifaya ek bir unsur olarak değer taşıyabilir ve MK. m. 2/II'nin uygulanmasına ve bu yoldan bir aynen ifa talebine yol açabilirdi²⁷.

11 Dikkat e i esi..g. re n. di er ir nokt a şudur: Nasıl, her iki tarafın 18 sözleşme i bol u itiban le ifa etmi olmaları tam ifa ile bir tutuyorsa; karşılıklı bor ların sadece ufak bir bölümünün ifa edilmiş olması da, sözleşmenin tara arca hi ifa edilmemiş o maşı i e bir tutu mak ve yukarı a açıklanan esaslara tabi olmak gerekir.

Buraya kadar yaptığımız açıklamalar gösteriyor ki, ifa unsuru, MK. m. 19 2/II'nin uygulama alanını belli etme açısından çok büyük bir rol oynuyor ve bu unsur ne kadar güçlü biçimde gerçekleşmişse, MK. m. 2/II'nin uygulama alanı o ölçüde genişliyor²⁸. Bu yüzden ki:

1. Her iki tarafın da şekil eksikliğini bilerek ve gönül rızasıyla sözleşmeyi tam olarak (veya tam ifa ile bir tutulacak biçimde) ifa etmiş olmaları 71. m. 2m Ü)lgulanabiliyor.

- İfa mevcut olmakla birlikte, daha zan(biçimde er eki • e (örneğin l:ier ar a am o ara ı a e ıgı a e, er ikisi veya içlerinden bın ifa sırasında şekil eksilcliğini bilmiyor veya sadece bir taraf ifa ettiği lialde, diğer taraf ifa etmemiş bulunuyor), ifa unsuru tek başına MK. m. 2/II'nin uygulanabilmesi için yeterli olamıyor ve bunun anında mutlaka (omegin, çe ş ı avranış yasağına ters düşen bir durumun gerçekleşmesi gibi) ek bir unsurun da olayda gerçekleşmiş bulunması gerekiyor. Bu ihtimalde, aranan ek unsur dolayısıyla, MK. m. 2/II'ye tanınan uygulama alanı ister istemez biraz daralıyor.

27) Öğretide haklı olarak belirtildiği üzere, şekilsiz her taahhüdün yerine getirilmemesini "çelişkili davranış yasağı" kapsamına sokarak MK. m. 2ff'i'yi uygulamak mümkün değildir. Aksi halde, kanunun şekil hükümleri bağlayıcı olmayan tavsiyelere dönüşürdü (Koller, not 7'de age., N. 237).

28) Bkz. Koller, not 5'de age. s. 139-140.

- Nihayet, *ifa her iki taraf açısından da hiç gerçekleşmemişse* (veya bununla bir tutulması gereken bir durum var ise), ifa unsurunun desteğinden tamamen yoksun kalan MK. m. 2/II, yukarıda belirtilen ve özel ağırlığı olan hayli sınırlı ilci ihtimal dışında, hiç uygulama alanı bulamıyor.

IV. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Söz Konusu Olduğu Durumlarda Kesin Hükümsüzlüğün (Butlanın) Etkisiz Kalması

I. Şekil eksikliği bulunan sözleşmenin geçerli sayılması

20

Yukarıda, çeşitli vesilelerle işaret ettiğimiz gibi, *MK. m. 2/JJ'nin uygulama alan bulduğu bütün ihtimallerde, şekil eksikliğine rağmen, sözleşmeyi geçerli olarak kabul etmek icap eder*. Bu sonuç nasıl açıklanacaktır? Bu konuda bize rehberlik edecek olan düşünce, Alman Hukukunda hakim olan düşüncedir. Buna göre, (esasen hakim tarafından re'sen gözönünde tutulabilecek olan) *MK. m. 2/II hükmünün, şekil eksikliği sebebiyle butlanı düzenleyen kanun hükümlerini sınırladığını (amaca uygun sınırlama = teleologische Reduktion) ve daha baştan butlanı etkisiz bırakarak sözleşmenin (şekil eksikliğine rağmen) geçerli olarak kurulmasını sağladığını kabul etmek gerekir*²⁹. İleride, "hükümsüzlük" kavramını incelerken tekrar belirteceğimiz üzere, kesin hükümsüz bir hukuki işlem, hiç meydana gelmemiş ("yok" sayılması gereken) bir işlem değildir. Ne var ki, hukuken meydana gelen işlem, olayda bir butlan sebebi bulunduğu için daha baştan taraflarca istenen hüküm ve sonuçları doğuramamakta, bu hüküm ve sonuçların doğması butlanı öngören kanun hükmü ile engellenmektedir³⁰. Oysa, *MK. m. 2/II'nin işe karışması ile, butlan hükmü etkisiz bırakıldığı, yani işlemin sonuçlarının gerçekleşmesini önleyen engel ortadan kaldırıldığı vakit, (hiç değilse borç sözleşmelerinde) işlemin hükümlerini doğurması için kapılar ardına kadar açılmaktadır*. Görülüyor ki, önce hükümsüz olarak meydana gelen sözleşmenin MK. m. 2/II vasıtasıyla sonradan "düzilmesi" söz konu-

29) Özellikle bkz. **Larenz**, SR, I, s. 145 vd.; **Serozan**, not 11'de age., s. 118, 126 vd.; **Pawlowski**, Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, **Göttingen**, 1966, s. 17; **Schwenzer**, Basler Komm., Art. 11, N. 24. Aksi düşüncede: **Schmid**, not 4'de age, N. 734. - Alman Hukukunda bu sonuç, şekil eksikliği sebebiyle butlanı düzenleyen BGB § 125 hükmünün, dürüstlük kuralına ilişkin BGB § 242 ile sınırlanması biçiminde ifade ediliyor. (**Palandt/Heinrichs**, 64.A., § 125, N. 16). - Yargıtay İçtihadı Birleşkinne Büyük Genel Kurulu'nun 30.9.1988 tarih ve 2/2 sayılı kararında da hemen hemen aynı doğrultuda olmak üzere şu satırlara rastlanmaktadır: "Gerçekten de hukukun her alanında uygulanma niteliğine sahip olan hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının şekle aykırılığı ileri sünne hakkı için de bir sınır teşkil ettiği, buyurucu niteliği itibarıyla hakim tarafından re'sen gözetilmesi gerektiği bugün Türk-İsviçre öğretisi ve uygulamasında tartışmasız olarak kabul edilmektedir".

30) **Larenz**, AT, s. 455; **Flume**, § 30, I, s. 547-548; **Tandoğan**, La nullite, l'annulation et la résiliation partielle des contrats, Geneve 1952, s. 22.

su olmayıp, butlının MK. m. 2/II'nin işe karışmasıyla etkisiz kalması sonucu, işlem daha baştan geçerli olarak kurulmuş sayılmaktadır¹.

Bu konuda, bir ihtimalde tereddüt duyulabilir. MK. m. 2/II'nin devreye girmesine yol açan olgu, "tarafardan birinin knsten şekilsizliğe yol açması" örneğinde olduğu gibi d3ha b...-ştan mevcut olmadığı ve hiç değilse kısmen onların sözleşmenin kurulmasından sonraki gelişmeler (öncü, şekil şartı gerçekleşmemiş sözleşmenin mutlaka ifa edileceği yolunda güven uyandıran) davranışlarına dayandığı vakit, durum nasıl açıklanacaktır? Bizce, bu örnekte, sonraki davranışlara dayalı olarak harekete geçen MK. m. 2/II. geçmişe etkili olmak uygulanacak ve sözleşmedeki butlanı, sözleşmenin kurulduğu andan başlıyarak bertaraf etmiş sayılacaktır. Bu, MK. m. 2/II'nin, şekil eksikliği sebebiyle hifli.iimsüzlüğü düzenleyen BK. m. I 1/U'yu sınırlandırmasının doğal ve kaçınılmaz bir sonucudur.

2. MK. m. 2/II hükmünün sadece mağdur (haksızlığa uğramış) taraf yararına uygulanabilmesi

Kasten şekil eksikliğine yol açan taraf, diğer tarafın ifadan kaçınması halinde, MK. m. 2/II'ye dayanarak (yani olayda..şclciLeksikli.ğ.ine-dayanmanın bir halçkın kö'tü ie trunin.ilması gı Y!}acc!ğın b..eJirt...). _s özle şmenin liillcüm doğruduğumu ileri sürebilecek...midir? Bu sorunun cevabı olumsuzdur. MK. m. 2/II'nin uygulanmasına yol açan bütün ihtimallerde, bu hükme dayanarak sözleşmenin geçerlilik kazanması sadece mağdur (haksızlığa uğramış) taraf yararına söz konusu olabilecektir. Şu halde, o, dilerse sözleşmenin ifasını isteyebilir. ek. dilerse hükümsüzlüğe dayanıp ifadan kaçınabilecektir. Davranışları ile MK. m. 2/II'nin uygulanmasına yol açan fin, MK. m. 2/II'yi kendi yararına kullanarak, şekil eksikliğine sözleşmenin geçerli sayılması gerektiğini ileri sürmesine herhalde izin verilmeyecektir³².

Alman Hukukunda, hakim düşünceden ayrılan bazı yazarlar şu görüşü öne sürüyorlar: Taraflardan biri, şeklin gerekli olmadığı hususunda karşı tarafı aldatarak şekil eksikliğine yol açmışsa, hakkın bu şekilde kötüye kullanılması (hakim fikirden farklı olarak) sözleşmenin geçerli sayılması sonucunu doğurmaz. Sözleşme yine geçersiz kalır. Ancak, aldatan taraf, karşı tarafta yarattığı güvenden ötürü aynen ifa yoluyla yerine getirilecek bir sorumluluk altına girer. Görülüyor ki bu görüşe göre, batıl sözleşmenin yanında, şekil noksanına sebep olan taraf (öngörülen sorumluluk dolayısıyla) geçerlilik kazanamayan borcun aynen ifasına yönelik bir taraflı, kaynağını taraf iradelerinde değil, kanunda bulan ("ex voluntatis" değil, "ex lege") ayn bir borç altına girmektedir³³.

Bu görüş fikrimizce, meseleyi kökünden çözmekten çok, yeni problemler yaratmaya elverişlidir. Bunlardan bir kaç tanesine aşağıda kısaca işaret ediyoruz:

31) Dikkate değer ki, Yargıtay 13. HD. nin 2.12.1991 tarih ve E. 1991/7217, K. 1991/10901 sayılı kararında (YKD, 1992/2, s. 238, 239), yukarıdaki açıklamalara uygun düşer biçimde, şekil eksikliğini ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması sayılacağı durumlarda "butlanın etkisiz kalabileceğinden" söz açılmaktadır.

32) Larcnz, SR, I, s. 147; Medicus, AT, N. 631.

33) Canaris, not 16'da age., s. 277 vd.; Flume, § 15, UJ, 4, cc, s. 282.

- Bir taşınmazın devri amacı ile yapılmış, satış, bağışlama, ölünceye kadar bakma vs. sözleşmeleri şekil eksildiği sebebiyle kesin hükümsüz ise, tapu kütüğüne yapılacak tescilin hükmü sebebiyle, bu görüşe göre, satış, bağışlama vs. değil, yaratılan güvenden doğan sorumluluğa dayalı ve bizde ancak MK. m. 111 yoluyla bir kanun boşluğunun varlığı kabul edilerek söz konusu edilebilecek kendine özgü bir borç ilişkisi oluşturacaktır ki, tarafların iradesi herhalde bu değildir.

- Bir sözleşme ile karşı tarafa bir malın mülkiyetini ecirmeyi vaat eden taraf, çok de a soz esme e a .11 _ e r e ongörü müs çeşitli mJer çerçeve- sinde üstlenir. İncelediğimiz görüşte, hakkını kötüye kullanana yüklenen ifa borcu, bü- 7ünbun leri: i.cemiiY-or. onlardan -tamam-en so)!.ltlanmls-birmitelik taşıyorsa bu, saciece sözleşmede r a a o...hükümle v e.sinde borç tına.gianeyi kabul eden sözleşmeyi Tenrîrâ eleri ile bağdaştınlama aak bir sonuç olur. Ters kabul edilir ve aynen ifa talebinde bulunan fîrarın, geçersiz kalmaya devam eden sözleşmedeki diğer hükümlerin de uygulanmasını isteyebileceği sonucuna varılırsa, böylesine çelişkili bir çözümü açıklamak herhalde kolay olmaz³⁴.

- Bu görüşün en zayıf taraflarından birisi, ilci tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, bir yandan sözleşmeyi geçersiz kabul ederken, diğer yandan sadece bir tarafı sorumlu tutarak aynen ifa borcu altına girmiş saymasıdır. Gerçi, herhangi bir sorumluluk ve borç alına girmeyen diğer tarafın, aynen ifa talebinde bulunduğu vakit, bunu ancak kendi edimini yerine getirerek yapabileceği ileri sürülmektedir. Bu çözüm hakkaniyete uygundur, ancak çeşitli soru işaretlerini de gündeme getirmektedir. Daha da önemlisi, sorumlu tutulan ve bir taraflı olarak borç altına giren taraf gönül rızasıyla bu borcunu ifa ettikten sonra, sözleşme geçersiz sayıldığına göre, kendisine karşı herhangi bir borç alınma girmemiş karşı taraftan edimini yerine getirmesini nasıl isteyebilecektir?

V. Şekil Eksikliğine Yol Açan Tarafın Tazminat Yükümlülüğü

24 Buraya kadar yaptığımız açıklamalardan anlaşılabileceği gibi, MK. m. 211'nin şekil eksikliğinin sonuçlarını ortadan kaldırdığı tüm ihtimallerde, aslında kesin hükümsüz (batıl) olması gereken işlem geçerlilik kazanıyor ve bunun sonucu olarak da MK. m. 211 hükmüne dayanan taraf aynen ifa talebinde bulunabiliyor. O, ayrıca, aynen ifa borçlunun kusuru dolayısıyla mümkün değil ise, ifa yerine geçmek üzere tazminat talep etmeye de hak kazanıyor (BK. m. 96).

Bütün bu açıklamalar gösteriyor ki, vardığımız sonuç çerçevesinde, öğretide zaman zaman yapıldığı gibi³⁵, hakkın kötüye kullanılmasının (aynen ifaya imkan tanıyan) olumlu etkisiyle, aynen ifa söz konusu olmaksızın davacıyı sadece bir olumsuz tazminat talebiyle baş başa bırakan olumsuz etkisi arasında bir aynın yapmaya yer kalmamıştır. Şekil eksikliğine MK. m. 211'nin müdahale etmesine izin verilen tüm durumlarda sözleşme geçerli sayıldığına göre, artık "olumsuz etki" kavramı içine sokulan hallerin tümü MK. m. 211'nin uygulama alanı dışındadır. Örneğin, *her iki tarafça da*

34) Bkz. **Larenz**, SR., I, s. 147.

35) Örnek olarak bkz. **Tandoğan**, J/1, s. 242.- **KJİçoğlu**, (7. bası, s. 97-98) yerinde olarak bu aynmı reddetmekte, ancak sözleşmenin her iki tarafça da hiç ifa edilmemiş olduğu durumlarda hiçbir istisna tanınamamak suretiyle burada savunulan görüşten aynı.maktadır.

hiç ifa edilmemiş bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, her istediğini kabul ettirebilecek üstün bir konumdan yararlanmamakla birlikte, karşı tarafta (hile kastı bulunmaksızın) sözleşmenin mutlaka ifa edileceği yolunda haklı bir güven uyandıran satıcının isteği üzerine şimdilik adı yazılı biçimde yapılmışsa, yukarıdaki açıklamalarımızın ışığında³⁶, MK. m. 2/II hükmünün devreye girmesi ve bir aynen ifa talebi sağlaması mümkün değildir. Bu gibi, bazı şartların gerçekleşmemesi sonucu MK. m. 2/II hükmünün uygulama alan bulamadığı, bu sebeple de şekil eksikliği bulunan sözleşmenin geçerli sayılamadığı durumlarda, şekil eksikliğine kusuruyla yol açan veya k.1U"Şı tarafta uyandırdığı güvenin gereğini yerine getirmeyen taraf, aralarında dürüstlük kuralı gereğince CM15...}!!· 2 /!) oluşmu ..ven ilişkisine aykırı⁷ davranmış olması ❖d❖n❖ir cu!Qa in .c.QJJlaibendo (sözleşme müzakere- İeniiæ kÜsur) sorumluluğuna muhatap 9lur ye sebe i et verdiği (jlke olar- ❖rak) olumsuz zarar!❖ tazmini b ❖rcu <!ltına gir❖r³⁷. Görüldüğü gibi, açıla-..1-c,❖5;-_;;,Ll.y

cak o umsu azminat davasının hukuki dayanağı *hakları kötüye kullanılması* (MK. m. 2ff) değil, kaynağını MK. m. 2/1 hükmünde (dürüstlük kuralında) bulan *culpa in contrahendo* ilkesidir.

5""e.lıl
e❖s-,d,❖.-e_
y.:, 1 c.:ec-..
-kL ""
Y

Talep edilen tazminatta h❖..BK. m. 44 g❖❖in❖❖ arar görenin kusuru dikkate❖alar:ak indirim yapabilir³⁸. Şekil eksikliğini bi erek sözleşmeyi ;ianmak, davacı açısından, bu anlamda bir indirim sebebi oluşturabil. ⁹.

Hata haliyle ilgili olarak BK.26/II'de, yetkisiz temsil ile ilgili olarak BK. 39/II'de yer alan ve '1ıak.kaniyet" gerektirdiği takdirde, hak.ime olumsuz zarar miktarım aşarak daha fazla tazminata hükmetme imkanını tanıyan hükümler burada da kıyas yolu ile

26

36) Bkz.yukandaN. 16, 17.

37)Bkz. **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 557, 583; **Koller**, I, 2.A., § 12, N. 107; **Schwenzer**, Basler Kom.m., Art. 11, N. 18, 22. -Eskiden, bu gibi durumlarda talep edilebilecek tazminatı ahlaka aykırı bir fiil ile kasten başkasına zarar verilmesini öngören BK. m. 41/II hükmüne dayandırmak eğilimi vardı. Tazminat talebini kasıtlı davranışlarda kabul eden, sadece ihmalin bulunduğu durumlarda böyle bir talebe imkan tanımayan bu görüş yerinde değildir (Aynı doğrultuda: **Hatemi**, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul 1976, s_ 10, not 2). Günümüzde, söz konusu tazminat talebi her türlü kusuru dikkate alan "culpa in contrahendo" esasına dayandırılmakla, BK. m. 41ff'nin cenderesinden kurtarılmıştır.

38)BGE 106. II. 42.

39)Şekil noksanını bilerek sözleşmeyi yapan tarafın bütün rizikoları üzerine almış sayılacağı, bu sebeple de onun herhangi bir tazminat talebine yer kalmadığı yolundaki katı görüşü (bkz: **Schmidlin**, Art. 11, N. 185 ve **Schmid**, not 4'de age, s. 250, not 370'de anılan yazarlar) benimseyemiyoruz. Bizce, hiç ifa edilmemiş bir sözleşmede, her iki taraf da şekil eksikliğini bilerek sözleşmeyi yapmış olsa bile, bunun mutlaka ifa edileceği hususunda karşı tarafa taahhütte bulunan veya davranışları ile haklı bir beklenti ve güven uyandıran taraf, sonradan ilk davranışı ile çelişkiye düşerek ifayı reddederse, "culpa in contrahendo" ilkesine göre sorumlu tutulur. (Buradaki gibi: **Schmid**, not 4'de age., N. 841). Karşı tarafı.n, şekil eksi.kliğini bile bile sözleşmeyi yapmış ve diğer sözleşene güvenip borcun ifa edilmemesi rizikosunu üzerine almış olması ise, BK. m. 44 (zarar görenin kusuru) çerçevesinde değerlendirilir.

uygulanabilir. **Böylece**, olumlu zara.na olumsuz zarardan yüksek olduğu durumlarda, **yerine göre** olumlu zarar miktarına **ulaşabilen** bir tazminat elde **etmek imkanı** doğabilir⁴⁽¹⁾.

§ 31. Tarafların Anlaşması İle Kabul Edilen (Rızai) Şekil

I. Genel Olarak

- 1 Taraflar anlaşarak kan e r eği ş ekleJıağ.lı..Ol rOay aı:ı bir hukuki işlemi (öze e sözleşmeyi belirli bir şekle bağla}!abjJirl r., Bu konuda yapılacak "şekil sözleşmesi" Eerh ngi bir ekle ba-II olma}!Q, yerin göre örtülü -(zımnı) irade b aJ!lan ile dahi kurulabilir . BK. m. 16, işte bu ihtimalden bahsetmektedir.
- 2 Bizim de katıldığımız görüşe göre, BK. m. 16'nın uygulama alanı bulabilmesi için, taraflar arasında şekil mecburiyetine ilişkin bir *sözleşme* yapılmış olmalıdır. İcapçı, bir taraflı olarak, ancak belirli bir şekilde gönderilmiş kabul beyanına itibar edeceğini belirtmişse, bu, BK. m. 16'nın uygulama alanı dışında kalır. Bu ihtimalde, icapçının öngördüğü şekle uymadan gönderilen kabul beyanı bükükten bir d-e er ta ımaz ve sö eşm-ekurulmuş olrnazl;şü var J kıl iz kabul beyanı yeni bir icap olarak görülebilir ve icapçı ı ese, bunu kabul ederek sözleşmeyi kurabilir .
- 3 BK. m. 16, esasen kanun tarafından şekle bağlı tutulmuş bir işlemin, daha ağır bir şekle bağlanması için yapılmış anlaşmalara da uygulanabilir. Örneğin, kanunun adi yazılı şekle tabi tuttuğu bir sözleşmenin, (metin baştan aşağı borçlunun el yazısı ile olmak üzere) nitelikli bir yazılı şekle veya resmi şekle bağlanmasında bu durum vardır-5.
- 4 Şekle ilişkin anla manın en e sözleşmenin kurul- pılıruş olması . Bundan sonra yapılacak bir şekil anlaşması, kural olarak, meydana gelmiş bulunan sözleşmenin ispatını kolaylaştıracak bir belge düzenlenmesine yönelik sayılır. Bununla beraber, bazen hal ve şartlardan, tarafların kurulmuş sözleşmeyi ortadan kaldırmak veya değiştirmek suretiyle yeru bir sözleşme yapmak istedikleri sonucuna da varılabilir ki, bu halde, kurulacak sözleşme bakımından yine BK. m. 16 uygulama alanı bulacaktır⁶.

40) Schmid, not 4'de age, N. 852; Koller, not 7'de age, N. 372 vd. Ayrıca bkz. § 2, N. 10.

1) Schmidlin, Art. 16, N. 15; Gauch/Schluep/Schmid, N. 600; **Schwenzer**, Basler Komm., Art. 16 N. 3, 5, 6.

2) Schmidlin, Art. 16, N. 9, 10; Merz, Vertrag, N. 403.

3) Gauch/Schluep/Schmid, N. 610.

4) Gauch/Schluep/Schmid, N. 449.

5) Gauch/Schluep/Schmid, N. 603; Merz, Vertrag, N. 410.

6) Merz, Vertrag, N. 401.-Öğretide, sonradan yapılan şekil anlaşmasının, tarafların daha önce bağlanmak istemediklerini gösteren bir emare (belirti) olarak değerlendirilebileceği gibi (Gauch/Schluep/Schmid, N. 601), kurulmuş olan sözleşmeyi şekil gerçekleşinceye

il. BK. m. 16'da Öngörülen Karineler

BK. m. 16, nzai şekil ile ilgili olarak iki karine öngörmektedir:

1. Birinci karine (BK. m. 16/1): Taraflar, kararlaştırdıkları şekli sırf bir ispat belgesi sağlamak üzere düşümmüş ola5ilecefleri gibi, bu şekil şartı gerçekleşmeden hiçbir şekilde yitköl'ılılıll<altııa giımemeyi de istemiş --oiabıtır?1--BK. m. r6/T'de öngörülenKarineyegcfre, tersi an aşılmadıkça, taralfarca kararlaştınlan şekil bir is at ekli de-il eçerlilik şekli sayılır ve bu sekle uyulmadığısürece tarafları borç altına sokan bir ilişkiden söz edilemez.

BK. m. 16/T'de karine olarak kabul edilen geçerlilik şekline uyulmadığı takdirde bunun yaptırımının ne olacağı tartışmalıdır. Biz, şekil gerçekleşmedikçe, sözleşmenin kurulmuş sayılamayacağı (yokluk) görüşünü⁷ yerinde görmüyoruz. Fikrimizce, kanun tarafından öngörölmüş şekillere uymamanın yaptırımı ne ise, burada uygulanacak yaptırım yine o olmalıdır⁸. Esasen, modern hukuk düzenlerinde, şekil ilke olarak hukuld işlemin varlık sebebi değildir. İşlem, şekle uyulmasa da mevcuttur. Şekil, sadece esasen var olan işlemin hükümlerini doğurması için aranan ek bir unsurdan ibarettir. Daha önce belirtmiş olduğumuz bu düşünceler⁹ kanundan doğan şekiller için ne derece geçerliyse, burada da aynı ölçüde geçerlidir¹⁰. Şu halde, tarafların anlaşması ile öngörülen şekle uyulmadığı zaman olduğu gibi kesin bükümsüz sayılmalıdır. Şu noktayı hiç gözden kaçırmamak gerekir ki, ortada kanun tarafından emredilmiş bir şekil bulunmadığından, taraflar her zaman yeni bir anlaşma yaparak öndördükleri şekli değiştirebilir veya şekil şartından tamamen vazgeçebilirler. Özellikle, her iki tarafın hiçbir çekince 4-9-ını"iılı=ıro""e"sinne sizin ekils iz sözle sme yi karşılıklı ifa e..tmeleri, gene... e onların şrtülü bi ç irtd.e (zı.111!len) s Lsaftıru bertaraf ettikleri alılarnını taşrr .

İsviçre Federal Mahkemesinin 20 Ekim 1986 tarihli kararına göre, özellikle milletlerarası ilişkilerde, sonradan yazılı bir sözleşme düzenlenmesi öngörölse dahi, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun teleks mesajları ile şimdiden bağlanmak istediklerini kabul etmek bu alandaki adetlere uygun düşer. Böylece, bu gibi durumlarda, BK. m. 16/T'deki karinenin uygulanması önlenmekte ve sonradan düzenlenecek sözleşme metnine sadece bir ispat belgesi niteliği tanınmış olmaktadır. Federal Mahkemeye nazaran, teleks me-

kadar askıya almaya yönelik bir değişiklik anlaşması da olabileceği (Oğuzman/Öz, 4. bası, s. 131) ileri sürülmüştür.

7) Bu düşüncede: **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 597-598.

8) **Schwenzer**, Basler Konun., Art. 16, N. 9.

9) Bkz. yukarıda § 29, N.3.

10) Buradaki gibi: **Schmid**, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, Freiburg 1988, N. 875 vd., özellikle 877.

11) **Schwenzer**, Basler Komm., Art. 16, N. 9, 10. Ayrıca bkz. aşağıda N. 9.

sajlan ile sözleşmenin lairulmasına rağmen ayrıca bir sözleşme metni kaleme almanın, söz konusu teleks mesajlarının gerçekliğine ilişkin olarak sonradan çıkması muhtemel çekişmeleri önlemek ve bu mesajlarda yer almayan ikinci derecede noktalan açığa kavuşturmak gibi yararları vardır • /, f3.xc.Lıfc... seki: ?l ,rf/(le,n? ? if?b

2. İ'ki'ncı' karı'ne (BK. m. 16/11). r-RJ¹,₁ ?i<)>,- ?\o-- U- ",;)-/1-1-J⁰⁰⁰

- 8 Taraflar, sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasını kararlaştırmış olmakla birliJ...-te, bunun nasıl gerçekleşeceği .husı.s.unu belirtmemi le se, Borçlar Kanununun düzenlediği kanundan doğan adi yazılı iekle ilişkin hükümler (BK. m. 13-15) burada da uygulama alanı bulacaktır¹ .

Bu karine, tarafların tersine anlaşmaları ile bertaraf edilebilir. Örneğin, tarafların BK. m. 13/I'deki ilkeden ayrılarak, borç altına giren veya girmeyen bütün tarafların imzalarının şart olduğunu veya sadece imzanın değil, metnin de taraflardan birinin el yazısı ile kaleme alınması gerektiğini kararlaştırmalarına bir engel yoktur.

- 9 BK. m. 16/II'de öngörülen karinenin kapsamına, şekle bağlı sözleşmenin yine şekle uyulmak kaydı ile değiş tirilmesine-izin veren BK. m. 12 hukmu gınnez. Taraflar aptıktan şekil anlaşmasını, hiçbir şekle uymadan (çok efa iradeyi gösteren davranış ara, yani örtü ü ıçimde) değiştirebilir-kr. Bu, onların irade özerkli-• norma • sonucudur. Şu halde, örneğin, kararlaş an a ı yazılı şekle uyulmadığı halde (borçlu imzasını el yazısı ile atacak yerde, daktilo makinesi ile adını yazmakla yetiniyor), her iki taraf (herhangi bir çekince yahut itiraz söz konusu olmaksızın) sözleşmeyi ifa ederlerse, bu, şekle ilişkin anlaşmanın sonradan karşılıklı rıza ile değiştirildiği anlamını taşır¹⁴.

12) BGE 112. IT. 326. Ayrıca bkz. **Giovanoli**, Telecommunications et forme écrite dans les contrats internationaux, Melanges Piotet, Beme 1990, s. 427 vd.; Merz, Vertrag, s. 136, not 130. - **Merz'in** (Vertrag, N. 408) Federal Mahkeme'nin çözümünü teleks dışındaki diğer modem iletişim araçlarına da teşmil etmek ve daha geniş bir uygulama alanına kavuşturmak yolundaki eğiliminin eleştirisi için bkz. **Giovanoli**, s. 428-429.

13) Bize çok kötü çevrilen BK.. 16m, İsviçre'deki aslına uygun biçimde, bu şekilde anlaşılmalıdır.

14) Schmidlin, Art. 16, N. 43 vd.; Schwenzer, BaslerKomm., Art. 16, N. 10; **Bucher**, AT, s. 174; v. **Tubr/Peter**, § 30, VIII, 2. s. 245.

DÖRDÜNCÜ ALT BÖLÜM

SÖZLEŞMELERİN YORUMU VE TAMAMLANMASI

§ 32. Sözleşmelerin Yorumlanması -

I. Genci Olarak

Bir hukukçunun belirli bir ol nluk düze n en l önemli kriter, onun, anun arı ve sözleşmeleri isabetli bir biçimde yorumlayabilecek kıvama enşmiş olmasıdır. Bu da, uzun yıllar boyugca, t crübe i e öğreni ir. nun i indir ki, Jıp.lçijg!nunlaon y_QOlnu..., gibi sözleşmelerin iorumu da kit plarda edinilen...bilgilerden..ziy.ade...meslek bay.atının içinde pişerek elde edilen bir yetenektjr. Bu noktayı dikkate alarak, konuyu ana hatlanile vekuş bakışı gözden geçirmekle yetineceğiz.

Bir sözleşme dolayısı ile, taraflar arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklardan iki tanesini dikkatle birbirinden ayırmak gerekir:

- Bu uyuşmazlıklardan birincisi, sözleşmenin kurulmuş olup olmadığına ilişkin olarak çıkan uyuşmazlıktır.

- İkinci uyuşmazlık ti i, kuruldu. özellikle tarafların bu konuda görüş bir iği içinde olmaları sebebiyk) sab t olan sözk sme.nin (ister tümü, ister sadece bir veya bir kaç hükmü söz konusu olsun) içeriğinin ne olduğu ve nasıl arılaşılmaz gerektiği konusunda taraflar arasında görüş ayrılığı çılmiası ile ilgilidir. Bu durumda, bir "yorum uyuşmazlığı (ihtila)" vardır ve hakimin, yorum yoluyla, sözleşmenin kararlaştırılmış içeriğini ortaya çıkarması gerekrnektedir¹.

Bazı hallerde, bu ilci uyuşmazlık bir arada bulunabilir². Bu gibi durumlarda, hiç kuşkusuz, önce sözleşmenin kurulup kurulmadığına ilişkin uyuşmazlığı bir sonuca bağlamak gerekir.

"Akitlerin tefsiri (yorumu)" kenar başlığını taşıyan BK. m. 18, gerçekte

2

1) Bütün bu açıklamalar için bkz. **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1196 vd.; **Jiggi/Gauch**, Art. 18, N. 324 vd.; **Eren**, s. 422 vd.; **Kaplan**, Hakimin sözleşmeye müdahalesi, Ankara 1987, s. 15 vd., 22 vd.

2) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1199; **Kaplan**, not !'de age, s. 23-24; **Eren**, s. 424.

sözleşmelerin yorumuna ilişkin genel kuralı ifade eden bir hüküm değildir. Madde, tarafların kullandıkları deyimler: e. haklınak-ı m, onlar-ın-gerçek ve Ortak maksatlarını esas almak gerektiğini ifade ederken iki Y..1=! ihtimali birbirinden yinnaktadır:

- Birinci ihtimal, tarafların "hakiki maksatlarını gizlemek için", gerçek iradelerine uymayan itaelerlfullaınnii- oıma an ır. 13utakdirde, bir muvazaa ""{<Janış .!_ iş e[!l söz onusudur ki bEflu dahc!_ş onra }:>?_şincC alt q ölümdeInceleyeceğiz.

- İkinci ihtimal, tarafların "sehyen" (yanlışlıkla) gerçek iradelerine uymayan beyanların yapılmış olması halidir ki, bu durumda "yanlış belirtme" *J.c!.* *vermez*-(*falsaeuonstratio non nocet*) kuralı u lanır ve sözleşmenin içeriği her ikisi de yanlış olarak beyan a bulunmu tarafların birbirine uygun gerçek iradeleri ne göre belji edilir. Üfl.1WJ1, piyasada adı "x" olan hır malın adının "y" olduğunu sanan taraflar, "y"nin satıldığına ilişkin bir sözleşme yapmışlar, onların her ikisinin de gerçekte "x"i kastettikleri anlaşılırsa, sözleşme "x"ın satışına ilişkin sözleşme olarak görülür. Bunun gibi, taraflar 3 no.lu dairenin kiralanması hususunda mutabık kaldıkları halde, farkına vanaadıkları bir daktilo hatası sonucu, imzaladıkları kira sözleşmesine 5 no.lu dairenin kiralandığı yazılır ise, sözleşme yine 3 no.lu daireye ilişkin olarak meydana gelmiş sayılır³.

3 Burada şu noktaya işaret edelim ki, sözleşmelerin yorumunda sözü geçen "iç irade" sadece ilgililerin iç dünyasında kalan ve hiçbir şekilde dış dünyaya yansımayan bir iç irade olamaz. Yorum yolu ile araştırılan iç irade, açıkça veya örtülü biçimde olsun, yahut eksik veya yanlış olarak açığa vurulsun, daina şu veya bu biçimde dış alemde kendisine dayanak bulan bir iradedir⁴.

4 BK. m. 18/I hükmü, düzenleme konusu yaptığı "yanlış belirtme zarar vermez" kuralı açısından ele alındığı vakit, şu bakımdan gerçek bir yorum hükmü sayılamaz ki, yorumun amacı tarafların *bilinmeyen* gerçek iradelerinin araştırılıp bulunmasıdır. Oysa, BK. m. 18/I, söz konusu gerçek iradelerin ne olduğunun *bilindiği* faraziyesinden hareket etmekte ve bilinmeyen iradelerin ne şekilde araştırılacağına ilişkin herhangi bir kural içermemektedir⁵. Bununla beraber, BK. m. 18/I'nin yorum açısından tamamen işe yaramaz bir hüküm olduğunu sanmak da yanlış olur. Zira, bu hüküm ile, kamın koyucunun sadece söze (lafza) dayalı bir yorumu kabul etmediği açıkça belirtilmiş bulunmaktadır⁶.

3) Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 62 vd.

4) Kramer, Art. 18, N. 16; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 25.

5) Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 9.

6) Meier-Hayoz, Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss, Aarau, 1948, s. 129; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 9; Wiegand, Basler Komm., Art. 18, N. 35.

BK. m. 18/1'in. kenar başlığının aldatıcı ifadesine rağmen, yonım ile ilgili genel bir hüküm oluşturmadığını bu şekilde açıkladıktan sonra, sözleşmelerin yonımında en büyük dayanağın MK. m. 2/1'de yazılı dürüstlük k.'Uralında aranması gerektiğini hatırlatmakta yarar vardır. Nitekim, yapılan inceleme sonunda, tarafların gerçekten ve fiilen neyi istedikleri anlaşılamiyorsa; onların MK. m 2/1'in ışığında ve olayın bütün hal ve şartları dikkate alınarak, dürüst ve makul sözleşenler sıfatı ile o sözleşme çerçevesinde n?'i istemiş sayılabilecekleri araştırılacak ve buna göre bi: sonuca varılacaktır .

II. Belli Başlı Yorum Araçları

1. Hareket noktası hi ku kusuz, tarafların kullandıkları sözcükler, bunların sözlük anlamları ve dilbilgisi kurallarıdır. Kullanılan deyim ere bir anlam verilirken, bunların genel konuşma dilindeki anlamı esas alınacaktır. Ne var ki, taraflardan *her ikisi de* belirli bir meslek veya iş çevresine mensup olup da bu çevrede söz konusu deyimlere verilen özel bir anlam var ise, bu anlama üstünlük tanınabilecektir. Taraflardan sadece birinin bahis konusu çevreye dahil olması halinde ise, beyan sahibinin sözcüğün özel anlamına işaret etmiş olması ihtimali bir yana, yine genel konuşma dilindeki anlam yorumuna temel teşkil edecektir⁸.

hiç gözden kaçırmamak gerekir ki, sözleşmede yer alan le limeterve-tm:fitann soztük7:uılamları yorum trenı için sadece bir hareket istasyonundan (il.K ı s asyon an 1 arettir. Yorum sonucuna aşmak için bu trenin daha pel<: çok istasyona uğraması zorunludur.

Öğretide kabul edildiği üzere, bütün diğer yorum araçlarına başvurulduğu halde başka bir sonuca varılmadığı takdirde, son aşamada, yine ister istemez sözleşmenin sözüne dönmek ve yorumu buna göre yapmak zorunluluğu ortaya çıkacaktır⁹.

2. Gerek İsviçre gerek Türk uygulamalarında zaman zaman rastlanan bir düşünceye göre, "açık" bir sözleşme hükmünün yorumlanmasına yer yoktur (*"In claris non fit interpretatio"*). Bu düşünce, İsviçre öğretisi tarafından yerinde olarak reddedilmektedir¹⁰. Bir hüküm, ilk bakışta ne kadar açık görülürse görülsün, yorum metotları uygulandığı vakit onun sanıldığı kadar "açık" olmadığı ve başka türlü anlaşılmaya elverişli olduğu ortaya çıkabilir. Kaldı ki, aynı hükmün, belirli bir problem açısından açık gözük-tüğü halde, bir başka meselede o kadar a ık aması ibtimali-Ğördır¹¹, ihayet, *açık bir eyana ragmen, bunun başka bir anlama gelebileceği*

7) Bkz. Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 306,332; Kramer, Art. 18, N. 15.

8) Gauch/Schluep/Schmid, N. 1206 vd.; Kaplan, not l'de age, s. 31 vd., 55; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 405-406.

9) Gauch/Schluep/Schmid, N. 1220; Jaggi/Gauch, Art. 18, N.369.

10) Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 368; Kramer, Art. 18, N. 47; Wiegand, Basler Komm., Art. 18, N. 25; Schwenger, N. 33.04.

11) Bkz. not 10'da anılan Jaggi/Gauch

bizzat BK. m. 18/I tarafından kabul edildiğine göre, "açık hüküm yorumlanmaz" ilkesi, BK. m. 18/I hükmü ile de bağdaşmamaktadır¹².

Daha önce her iki yönde de kararlar bulunan İsviçre Federal Mahkemesi de, yeni kararlarında açık seçik bu görüşü benimsemiştir¹³. Yüksek Mahkeme'ye göre, açık bir metin karşısında daha baştan diğer yorum illcelelerine başvurmanın reddedilmesi gerektiği bir ilke olarak kabul edilemez. BK. m. 18/I hükmü gösteriyor ki, bir metnin açık anlamı bile sonucu mutlak olarak belirleyici bir güce sahip değildir ve sırf söze (lafza) dayalı bir yorum yasaklanmıştır. Bir sözleşme hükmü ilk bakışta açık bir nitelik taşısa bile, sözleşmenin diğer hükümlerinden, taraflarca ulaşılmak istenen amaçtan veya diğer bal ve şartlardan, bu hükmün sözünün (lafzının) iki tarafça varılmış uyuşmanın gerçek anlamını tam ve doğru olarak yansıtmadığı sonucuna varılabilir.

- 8 3. Çok dikkat edilmesi gereken bir başka nokta ise şudur: Yorumlanan sözleşme hü!anu, çeşitli rn.afüieler.içcreü bir sl3zleşm?nin bİ! parçasından ffiarettir. Onu, diğer maddelerden soyutlayarak yorumlamaya çalışmak büyük bir Yrui?!fil-olur.Şu nalae: Oİ-rsözleşmehükmünün, Önun sözleşmenin tüm.. ükümüleri ile?glanusı.gozonunde..tutularak değerlendirilmesi şarttır¹⁴.

Yargıtay bir kararında, bu ilkeyi şöyle ifade etmiştir: "Yorumda genel kural, tarafların gerçek ve ortak amaçlarının tespit olunca, bu takdirde lafzi yoruma itibar edilemeyeceği kendiliğinden meydana çıkar. Bu bakımdan, sözleşmenin her bölümü, sözleşmenin tümü göz önüne alınarak yorumJarunalıdır"¹⁵.

- 9 4...:Doğrudan doğruya irade beyanı olgusuna dahil bulunmayan ve öğretilde bir çok hallerde "taınımtayıcı yorum araç a : fuışlığı alfifüfa toplanan aiger yorum araçları, oazan a ye artlar", bazen "sözleşme dışı olrJllar" o ar?ade edilir ki⁶, bunlar arasında (örnek olarak) şunlar anııabilir :

- Sözleşmenin kurulmasına eşlik eden, "sözleşmenin kurulma anı" ve "kurulma yeri" gibi olgular;

12) Bkz. not 10'da anılan **Kramer**

13) Sem. Jud. 2002, s. 149; **Kramer/Probst**, Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 2003, s. 90 vd.; BGE 127.III.444, JdT 2002.1.213; BGE 130.11.417; JdT 2005.1.617.

14) Özellikle bkz. **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1210; **Meier-Hayoz**, not 6'da age, s. 136; **Kramer**, Art. 18, N. 26. -Yargıtay bir kararında bu ilkeyi şöyle ifade etmiştir: "Bir sözleşmenin ... tefsiri (yorumu) gerektiren münferit hükümleri üzerinde uyuşmazlık çıkması halinde, bu hükümlerin o sözleşmenin bütünü içinde ve amacına göre manalandırılması (anlamlandırılması) gerekir" (Yarg. 4. HD., 27.4.1967, E. 1039, K. 3660, **Uygur**, cilt 1, s. 750). Kararda parantez içinde yer alan sözcükleri biz eklemiş bulunuyoruz.

15) Yarg. 4. H.D. 26.10.1978, E.13113, K. 12134 (**Karabasan**, TBH, OH, cilt 3 (2004), s. 262).

16) Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 354.

17) Bkz. **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1212 vd.; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 355 vd.; **Kaplan**, not 1'de age, s. 34 vd.

- özleşmenin kurulmasından önce gerçekleşen olgular, özellikle sözleşme görüşmeleri ve bu görüşmeler sırasında gerçekleşen davranışlar, düzenlenenen belgeler;

- Tarafların sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleşen ve onların sözleşme kuruluktan önce mülkiyetinin 11. maddesinde belirtilen ve aynen avrasya, özellikle sözlü, yazılı, elektronik, dijital, diğer tarafların itirafı-mülkiyet ilişkisi ne tarzda ifa edildiği ¹⁸.

5. Yorumun amaçlarından biri, belki de en başta geleni, tarafların sözleşme ile takip ettikleri ortak amacın (*ratio contractus*) bulunmasıdır. Ne var l-i, k.--anunun amacına (*ratio legis*) paralel bir rol oynayan bu ortak amaç, yorum yolu ile bir defa tespit edildi mi, bu defa, bir "yorum aracı" olarak sözleşme içeriğinin gerçek anlamının bulunmasına yardımcı olur¹⁹.

m. Bazı Yorum İlkeleri

1. Sözleşme, kurulduğu andaki duruma göre (ex tunc) yorumlanmalı,
vanıtaraf arın o an • iradelerinin ne olduğu araştırılmalıdır. Sözleşmeden
sonraki davranışlar, ancak, e mi te sözleşme meydana gelirken taraf ira-
ennin ne o Ufi-!??ş usunda ??y_dwl_atıcı rol oynadıkları ölçüde değer
 tti..Sır .

2. Sözleşme, dürüstlük kuralının (MK. m. 21!) ışığında yorumlanmalıdır. MK. m. 2/1'in hır uzantısı oran güven ilkesi, doğrudan clogı-uya uygulamalarını *münferit irade beyanlarının* yorumlanmasında bulur. Bununla beraber, yorum uyumsuzluğu taraflardan birinin irade beyanına verilecek anlama ilişkin bulunduğu zaman, güven ilkesinden sözleşmenin yorumlanmasında doğrudan doğruya yararlanmak imkan dahiline girer²¹.

3. *Kanuna uygun yorum* ilkesi, İsviçre öğretisine göre, şu üç anlamı ifade eder²²:

- Kanunun tamamlayıcı hükümlerinden ayrılan anlaşmalar dar yorum-
lanmalıdır.²³

- Tereddüt halinde, kanunun tamamlayıcı hükümlerine uyan xorum tarzı üstün tutulmalıdır;.. Zira, tamamlayıcı hükümlerden farklı bir düzenle-

I&)" ... tarafların sözleşmeyi uzun süre uygulama biçimi sözleşmeye verdikleri anlamın tayininde önemli bir unsur oluşturur" (HGK., 18.11.1983, E. 981/6-420, K. 1173, **Karaba-san**, TBH, GH, cilt 3, 2004, s. 253).

19) **Jiggi/Gauch**, Art. 18, N. 384; **Kaplan**, not l'de age, s. 40 vd.; **Kramcr**, Art. 18, N. 35.

20) Gauch/Schlupe/Schmid, N. 1223; Kaplan, not l'de age, s. 58-59.

2l) Gauch/Scbluep/Schmid, N. 1224, 1226.

22) Gtueb/Schluep/Schmid, N. 1230.

23) Bkz. **Kaplan**, not l'de age, s. 70; **Eren**, s. 430; **JaggUGauch**, Art. 18, N. 447.

me getirilmek istendiği va.kit, bunun eterince açık biçimde ifade edilmesi gere ir- .

- Taraflar bir kanun hükmünü alıp onu.sözleşmejeriği haline getirmişler, yanı sözleşmelerinde bir kanun hükmünü tekrarlamışlarsa, bu hükmü bir sözleşine hükmü olarak değir,-kanunda.ki anlamına g_öre yorumlamalıdır.

14 4. Sözleşmeyi veya bir sözleşme hükmünü geçerli olarak ayakta tutacak (*favor negotii*) ve ona makul bir anlam verecek yorum tarzına üstünlük tanınmalıdır²⁵.

15 5. Sözleşmede yer alan bir haktan vazge ilmes uie jliş_k_in bulunan_ be-yanlar yorumlaJ?Illanır2ti.

16 ..6. ü he ve tereddüt halinde, bor lunun yararına olan anlama üstünlük tanınmalıdır (*"in dubio mitius "*, *"favor debitoris "*⁷. Bizce, bu konuda, İtalyan MK. m. 1371'in öngördüğü çözüm çok yerindedir. Buna göre, bu ilke sadece "karşılıksız" (ivazsız) olarak girişilen taahhütlerde uygulama alanı bulur. Buna karşı, karşılıklı sözleşmelerde, taraflar arasında adil bir denkleştirmeyi en iyi gerçekleştiren çözüme üstünlük tanınır⁸.

Jiggi/Gauch'a göre, taraflar arasında adil bir denge kurabilen iki yorum tarzı var ise, yine, bunlardan borçlu yaranna olanı tercih edilmek gerekecektir⁹.

17 7. Anlarm açık olmayan..hüküniler..Jere.ddüt balia<le.-onlan..kaleme-alan aley_hine yoanmalıdır (*"In dubio contra stipulatorem "*). Ne var ki, en büyük uygulama alanını genel işlem şartlarının yorumlanmasında bulan bu ilke, ancak diğer bütün yorum araçlarına başvurulduğu halde sonuç alınamayan hallerde uygulanmalıdır³⁰.

18 "Borçlu yararına yorum" ilkesi ile, "sözleşmenin onu kaleme alan taraf aleyhine yorumlanması" ilkesi çatıştığı vakit nasıl hareket edileceği sorulabilir. Örneğin, sadece bir tarafı borç altına sokan bir sözleşme borçlu tarafından kaleme alınmış ise, anılan ilkelere birincisine göre borçlu lehine, ikincisine göre ise, borçlu aleyhine olan yorum tarzına üstünlük tanımak gerekecektir. *Jiggi/Gauch'un* görüşüne göre, ilke olarak, bu gibi durumlarda anılan ilkelere ikincisine üstünlük tanınır, yani sözleşmeyi kaleme alan aleyhine olan yorum tercih edilir. Buna karşı, borçlu lehine olan anlam sözleşmenin sözüne dayanıyor; alacaklı ise, diğer yorum araçlarına dayanarak hükmün sözünü aşan bir anlamı benimsiyorsa, durum değişir ve borçlu yararına yorum ilkesi yeniden üstünlük kazanır³¹.

24) Aynı düşüncede: **Kramer**, Art. 18, N. 48 ve İsviçre Federal Mahkemesinin 11.2.1987 ve 17.7.1989 tarihli kararları (BGE 113. II. 51; 115. il. 268).

25) **Jiggi/Gauch**, Art. 18, N. 441.

26) **Kramer**, Art. 18, N. 39.

27) Aksi görüşte: **Kramer**, Art. 18, N. 48

28) **Jiggi/Gauch**, Art. 18, N. 450.

29) Bkz. not 28.

30) **Jiggi/Gauch**, Art. 18, N. 451-452.

31) **Jiggi/Gauch**, Art. 18, N. 460-461. Aynı düşüncede: **Kaplan**, s. 74-75. - Bu çözümün, ilk bölümü kolaylıkla benimsenebileceği halde, ikinci bölümünün isabet derecesi tartışıl-

IV. Taraflarca Kararlaştırılmış Yorum İlkeleri (Yorum Anlaşmaları)³²

19

Tarafların özellikle uzun, karışık, çeşitli belgelerden oluşan bir bütün scsfinde karşımıza çıkan sözleşmelerde, anlaşarak bazı yorum kuralları laibul etmelerine bir ç_ın❖1 yoktur.❖Hiç kuşktJs.Ü.1. :iOOlm.kütaOarı iietiren anlaşmanı❖i❖zat k_endisi_ğ_e..Y..m:um tftbi.rumak.lau..kurt;ulamaz.

lcd,

Bu gibi yorum anlaşmaları, çok defa aşağıdaki iki nokta ile ilgili olur:

- Bazen, (bizde de zaman zaman rastlandığı gibi) sözleşmeye konulacak bir hüküm ile, *sözleşme metninde kullanılan sözcük ve deyimlerin ne aulama geldiği* belirtilir ve bu yoldan ilerde çıkm❖sı muhtemel ihtilaflar önlenmek istenir.

- İkinci olarak, sözleşmenin çeşitli hükümleri arasında eli ki ortaya cıl'tığı v it, birbiri i e ag❖C! \$! !J!Y.fPLh.ükümler: den hangisine., diğerine nazaran oucelik tanınacağı bu sekild..e...kararlaştırılabilir.❖Bu du:um, büyük çaplı ı, sözleşmeler:i.nd❖k-0laylıkla-ge❖elcleşebi-lir. Bu giJ::>i sözleşme ilişkileri, çeşitli zamanlarda kalei9❖ alınrrılş belg elerden. oluş.a nJii rbütün manzarası ❖-❖ge-r❖(Geiuel şartname, özel şartname, teknik şartname, asıl sözleşme metni vs. gibi). Tarafların üzerinde anlaştığı bir yorum kuralı ile, çelişki halinde, bu belgelerden hangisinin diğerlerine üstün tutulacağı belli edilir, yani uygulama önceliği açısından aralarında bir sıralama yapılır.

f // Yorum anlaşması ile, yorum uyumsuzluğuna konu teşkil eden s sözleşme hükümünün anlamını belirleme❖_y_ey❖_s.eJşkil❖hi!lfii:nl❖r❖en a.ugisine önce- -ıttırl:ainıracagını Oelli etmek ha❖ ş❖fi❖ç_e jqı:µflar:dı;ıl l bir.ııJ.e.JJjiakılmışsa, ı. , -b'öyle 6ır anlaşma kişifik hakl<!_rını_lçQı:yy❖n MK. m. 23/II il❖ bağdaşmadığı ici❖❖❖ g-11 s ayılamaz.

V. Şekle Bağlı İşlemlerin Yorumlanması

20

Tartışmalı olma.sına rağmen, son zamanlarda hakim olan görüşe göre, "yorum" problemi ile "şekil" problemi birbirinden ayrı olarak ele alınmalı- dır. Buna nazaran, geçer iJlğil?_ır ş ekle bc !ğlanmı ı lem[erın orum anması, ayiiensekle bağlı olmayan i l❖le.rd❖❖.O.l.d yğu gi gj pir:.-B❖ bakımdan, lç <kğilşe ilkaşamada;arada bir fark yoktur.

Ne var ki, şekle bağlı işlemlerde, yorum yolu ile sözleşmenin içeriğinin belli edilmesiyle her şey bitmeyecek ve bu defa, ikinci bir aşamada, bu

Jabilir. Bu konuda yazarları destekleyebilecek düşünce şu olabilir: Yukarıda gördük ki (Bkz. N. 6), diğer yorum araçları ile kesin bir sonuca varılamadığı takdirde, sözleşmenin sözüne üstünlük tanımaktan başka çare kalmamaktadır. Burada da, iki yorum tarzı arasında kesin bir tercih yapılamadığına göre, sözleşmenin metni tarafından desteklenen "borçlu yaranna yorum ilkesi"nin ön plana geçtiği söylenebilir.

32) Bu konudaki açıklamalar için bkz. Gauch/Schlucp/Schmid, N. 1236 vd.

yoldan bulunan anlamın şekil hükümlerinin kapsamına girip girmediği, yani yorum sonucu ortaya çıkan içeriğin ne ölçüde şekle bağlanmış sayılabileceği, bağlanmamışsa bunun hukukî sonucunun ne olacağı tespit edilmek gerekecektir³³.

VI. Yorum ve Sözleşmenin Nitelenmesi

- 21 Taraflar, genellikle, yaptıkları sözleşmeyi hukuken nitelemeyi, örneğin onu hır "satış", "kira", "ısfısa - e?tel' vey?:Y.ŞKaet"sözleşn:iesı olarak adlanclffinayı ihmafetmeiler.-Ne var ki, bir sözleşmenin gerçekten bir "satış,, veya •"istisna"sözfe- esuay.ıla6ılmes' için,-1:a1:aflacooou bu şekilde adlandırıp nitelendirmiş olması kesinlikle yeterli değildir. Sözleşmenin liüktiken~nitelenmesi, yorumdan farklı olarak, tamamen taraf iradelerinin --dfşinaa1!!an qfhusustur?Önüü?g?en SO?le S menin (taraflar onu ne şekilde mtelendinniş olurlarsa olsunlar) gerçekte hukuken hangi kategoriye sokulması gerektiğini, sözleşmenin içeriği le--??? suretiYfe, hakim re'sen 3!?'??p oelli eder?Zira, içenginde yer alan hükümlerden "satış" olduğu anlaşılan bir sözleşme, taraflar onu "kira" olarak adlandırdılar diye "kira" olmaz³⁴.

§ 33. Sözleşmenin Tamamlanması (Tamamlayıcı Yorum)

I. Ana Kural

- 1 Bazen sözleşmenin içeriğiyle ilgili olup, emredici bir kanunun hükmünün konusunu oluşturmayan bir noktada, tarafların o noktayı füç veya tam olarak düzenlemedikleri ortaya çıkabilir. Bir başka deyimle, sözleşmeae "boşluk" vardır. Ne var , ir boşluktan söz edebilmek için, tarafların o Konuda susmuş olmaları, (örtülü biçimde de olsa) olumsuz çözümü benimsemiş oldukları anlamım taşımamalı, yani nitelikli bir susmadan söz edilebilmelidir. Bu da, sözleşmede bir boşluktan bahsedebilmek için önce onu yorumlamak gerektiğini gösterir¹.

Hakim, sözleşmedeki boşluğu, sırf o olay ve o sözleşme için koyacağı bir hukuk normu ile tamamlayacak; bunu yaparken de, sözleşmede yapılmış düzenlemeden hareket etmek ve (işlemin niteliği de dahil) olayın tilin özelliklerini dikkate almak suretiyle,?araflar sözleşmenin kurulması sırasında bu boşluğun farkına varmış olsalardı, dürüst ve makul düşünen kişiler OTafalcMK. in. 2/f-çerçevesinde-bangıçözünün üzerinde mutabık kalırlardı,

33) Schmid, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, Freiburg, 1988, N. 915; Gauch/Schlupe/Schmid, N. 1243 vd., 1247; Kramer, Art. 18, N. 59. Krş. Kaplan, not I'de age, s. 80-81.

34) v. Tuhr/Pctcr, § 34, II, s. 290-291; Jiggi/Gauch, Art. 18, N. 225-226.

I) Özellikle bkz. Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 486 vd.; Gauch/Schlupe/Schmid, N. 1248.

bunu araştıracaktır². Su var ki, bu şekilde varılan sonucun tarafların anlaşması sonucu söz eşme içerisine mm a 1 u ede çalışmamosL gcre-
ktttr³. Goruluyor k1. '6ürada, farazi (varsayımsal) iradeler arasındaki, (İster istemez yine farazi diye nitelenmek gereken) bir uyuşma araştırma konusu olmaktadır.

Çok tartışmalı olan mesele şudur: Sözleşmedeki boşluğun hakm tarafından doldurulması söz konusu olduğu zaman, önce, yukanda belirtildiği üzere fatazr iadeterin-tespitin-e- mi-ça-trşı acınır, yo sa kanunu n k gnuya ilişlcın amariuayıcı hükümleri mi uygulanacaktır? Bizim üstün tuttuğumuz uşunce tarzına göre bu sorunun cevabı şöyle olmalıdır⁴:

hke olarak, ilk planda, kanunun tamamlayıcı hükümlerine başvurmak yerinde olur. Bunlar, kanun koyucunun, taraflar arasında adil bir menfaat dengesi k'UITilak üzere sevk ettiği hükümlerdir ve ilk sırada bunlar uygulanmadığı takdirde, kanunun tamamlayıcı hükümlerinin tipik durumları aynı şekilde düzenleyip hukuk güvenliğini artırma fonksiyonlarını geniş ölçüde yerine getirememesi tehlikesi vardır⁵. Öğretide, hakim kanuna bağlılığını düzenleyen ve onu ilk planda kanun hükmünü uygulamakla yükümlü kılan MK. m. 1/I hükmü de bu görüşün gerekçesi olarak zikredilmektedir. Kaldı ki, bu görüş kabul edilmediği takdirde tarafların, başka türlü hareket edilmesini önlemek üzere, tamamlayıcı hükümlerin bu sözleşme açısından yürürlüklerini koruduklarını belirhnek üzere ayrıca anlaşp sözleşmeye hüküm koyma mecburiyetinde kalmaları gibi garip bir sonuç ortaya çıkabilecektir⁶.

II. İstisnalar

Yukarıda belirtilen temel ilkenin *istisnaları* vardır. Aşağıda, öğretide üzerinde durulanlar arasından seçerek belirttiğimiz istisnalardan biri mevcut ise, a1 trlc tainantlavıl-Tkaimnuri-1ıti:krri:inetasvurmaksızln Mdoğrudan doğruya tarafların..MK m 211.-çerçe.v.esinde de gedndirlik cek farazi ira delerine göre sözleşmedeki boşluğu doldurabilecektir:

Birinci istisna: Sözle menin incelenmesinden, taraflarına ıkça veya örtülü biçimde, tamamlayıcı kanun hükümlerinin uygu anmasını isteme leo.. 6ınu...beitaraf.:effikleFHiftlaştılyôrsa;

İkinci istisna: Kanunda mevcut ve-Jip "durumlar.için öngörülen tamamlacı liiikum ola daki sözl e::atil).ik:old.Yğu,,_aniJ>J.Uip sözleşle -

2) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1257; **Kaplan**, Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 1987, s. 86 vd.

3) **Larenz/Volf**, 9.A., § 33, N. 10.

4) Buradaki açıklamalar için bkz. **Larenz**, AT, s. 546 vd.; **Kramcr**, Art. 18, N. 230 vd.; **Jaggi/Gauch**, Art. 18, N. 501 vd.; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1254 vd.; **Kaplan**, not 2'de agc, s. 88 vd.

5) **Larenz**, AT, s. 547.

6) Bkz. **Kramer**, Art. 18, N. 232.

melerde genellikle rastlanmayan ek unsurlar ve özellikler içerdiği içip, bu Oztesmeye uymuyor v JLS bep uy.gulanmayJLJtly risli olmaktan çıkı- yorsa, nalam :yin 9 Qğı} ıqş.11 doğruyA.tl! raflann farazı iradelerine başvurmak imkanını kazaoacaktJT Bu istisnanın uygulama alam bulacağı ihtimaller- elen bir tanesi de, kanun hükmünün eskimiş ve çağdaş sözleşmelerdeki boş- lukları bunların özellikleri ile uyum içinde dolduramaz hale düşmüş olma- sıdır⁸.

İli.inci istisna açısından yukarıda yapılan açıklamalar, "alelade" (sıra- *dan) diye niteleyebileceğimiz tamamlayıcı hükümler için geçerlidir.* Oysa, kamında alelade tamamlayıcı hükümlerden "daha güçlü" veya "daha zayıf" tamamlayıcı hükümlere de rastlanır. Bunların durumunu ayn ayn ele almak yerinde olur:

- "Daha güçlü" diy e adlandı.r.dığımız tamamlayıcı hükümJer, ancak :yazılı" veya "açık" (sacib).bir:anJasına ile-bertaraLe.dilebilen. b.ükürri..ıerdır - ömek: BK. m. 195, 211/III). Tarafı 1 1 !L! şarak daha zayıf bertaraf edebil- diği bu gibi hükümler, diğer tamaml ay! C.Lhükiim) ere nazaran daha yüksek jerecefe hır yürürl! Llge kalına güc.üne sahiptir. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, bu gibi hükümleri, taraflar arasında bınılann ıcy.gulanrnasım engelleyen "yazılı" veya "açımc" bir anla ma bulunmadığı takdirde, sırf o a aki somut ö zle m.ey uy.gun düşmedikleri (yani o sözleşme açısından "uygulanabilir" bulunmadıkları) gerekçesi ile bir köşeye bırakmak mümkün değildir⁹.

- "Daha zayıf" ("en yüksek derecede ikincil") tamamlayıcı hükümler ise, ifade tarzlarına göre *en son sırada* uygulanmak üzere kaleme alınmış hükümlerdir. İçerikleri açısından, adil bir düzenleme getirme amacı taşımayıp, tamamen teknik bir nitelik taşıyan bu gibi hükümler söz konusu olduğu zaman, hakim önce bunları uygulayacak yerde, (farazi taraf iradelerinin de dikkate alınabileceği) olayın ve hukuki ilişkinin özelliklerine göre sözleşmedeki boşluğu doldurabilir¹⁰. Örneğin, BK. m. 74'e göre, "*Ecel meşrut olmadığı veya işin mahiyetinden (İsv. BK. mm Almanca metnine göre "hukuk[ilişkinin niteliğinden") anlaşılmadığı takdirde borcun hemen ifa ve derhal icrası talep olunabilir*". "İşin mahiyetine" yapılan bu yollama gösteriyor ki, somut olayın özellikleri (bu arada tarafların farazi iradelerine göre bulunacak bir çözüm) her açıdan ilk sıralarda göz önünde tutulacak ve BK. m. 74 ancak diğer yollardan bir sonuç alınmadığı vakit devreye girebilecektir.

4 Öğretide rastlanan bir görüşe göre, sözleşmedeki boşluğun doldurulması gerçekte kanundaki bir boşluğun doldurulması anlamını taşır ve doğrudan doğruya MK. m. 1'e

7) Bkz. **Jiiggi/Gauch**, Art. 18, N. 518.

8) **Kramer**, Art. 18, N. 233.

9) **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 1255; **Jiiggi/Gauch**, Art. 18, N. 519.

10) **Medicus**, AT, N. 341; **Kramer**, Art. 18, N. 233.

daynır. Bu düşünce açısından, sözleşmede boşluk olması demek, kınından o konuya ilişkin tmünlayıcı bir hükmün yer alınması demektir. Şu halde, sözleşmeyi tamamlamak için. htkını önce MK. m. 1/1, c. 2 uyarınca kanundaki boşluğu kendisi tarafından konulacak genl ve soyut nitelikte tammlayıcı bir kural ile dolduracak, dnlı sonra bu k-urnh sözleşmeye uygulayacaktır (Sözleşmenin dolaylı biçimde tammlrımnsı). Genellikle kabul ediliyor ki. bu hareket tarzı, ancak hfikimin sözleşmeyi tamamlamak üzere koyacağı nıralın genelleştımeyle elverişli olması, yani benzer nitelikteki sayısız olaylara uygulanabilir bir nitelik taşıması halinde düşünülebilir. Şu halde, olaydaki sözleşmenin atipik. bireysel. kendine özgü karakterlerinin ağıtr bastığı ölçüde bu görüşe katılmak iml-ftm kalmayacaktır. Zira, artık, "bu tip" bir sözleşmenin değil, olaydaki "somut sözleşmenin" ("bu sözleşmenin") tamamlanması söz konusudur¹¹.

III. İlginç Bir Örnek

Sözleşmelerin tamamlanması ile ilgili ilginç bir örneğe Alman Federal Mahkemesi'nin 18.12.1954 tarihli kararında¹² rastlanıyor. Olayda, farklı şehirlerde mesleklerini icra eden iki hekim, 1951 yılı şubat ayı başında muayenehanelerini değış tokuş etmeğe karar veriyor ve 1 Temmuz 1952 tarihinde sözleşmeye uygun biçimde bunu gerçekleştiriyor, her biri diğlerinin evine ve muayenehanesine yerleşiyorlar. Ne var ki, kısa bir süre sonra aralarında uyuşmazlık çıkıyor ve içlerinden biri terk ettiğı şehre dönme ve eski muayenehanesinin yanı başında tekrar mesleğini icra etme niyetini diğlerine bildiriyor. Bunun üzerine, diğeri, bunun engellenmesi için bir önleme (kaçınma, içtinap) davası açıyor. Yüksek Mahkeme, taraflar arasındaki sözleşmenin kanuna veya ahlaka aykırı sayılamayacağını tespit ettikten sonra¹³ şu sonuca varıyor: Sözleşme !l ede, bu ihtimal hiç düşünülmediğı için, konuya ilişkin herhangi bir üküm mevcut cleğldij. Şu halde, mevcut boşluğu doldurmak üzere, tarafların dürüstlük kuralı ve iş hayatındaki adetleij dikkate lmak ve sözleşmenin tüm amacını gözönünde tutmaksuretiyle, bu konuda beyanda bulunsalardı liallgi düzenlemeyi'g_e_ ş olacaklarını-ıraşfınp bulmak gerekir. Sözleşen araffarôan birisin.iii, kısa bir süre sonra, tekrar eski muayenehanesinin yanı başında çalışmaya başlaması sözleşmenin amacını geniş ölçüde tehlikeye atacağından, 2-3 yıl gibi bir süre için bir geriye dönme yasağının kabul edilmiş farz edilmesi uygun olacaktır. Yüksek Mahkeme'ye göre, böyle bir çözüm, sözleşmenin çerçevesinin dışına taşmak suretiyle ve caiz alınan biçimde yeni ve ek bir yükümlölük tanınması anlamını taşımayacak ve sadece değış tokuş sözleşmesinin amacı ile yakın ilişki içinde bulunan ve sözleşmenin kararlaştırılmış çerçevesi içinde yer alan bir yan yükümlölüğün somutlaştırılmasından ibaret kalacaktır. Bizce, karar yerinde olmakla birlikte, öngörülen 2-3 yıllık yasak süresinin sözleşmenin amacını k:urtanna bakımından yeterli olup olmadığı tartışma götürür.

5

11) **Jiggi/Gauch**, Art. 18, N. 533 vd.; **Kaplan**, not 2'de age, s. 100 vd.

12) **Larenz** (AT, s. 540) tarafından anılan bu kararın tam metni için bkz. BGHZ 16, 71 vd.

13) Muayenehane devirlerinin esas itibarıyla ahlaka aykırı olmadığı ve geçerli sayılması gerektiğı yolundaki İsviçre içtihatları ve bu görüşün sınırları hakkında bkz. **Bucher**, Art. 27ZGB, N.191.

,reek. h-.w III ?l-- ? kh
h,L
:l_n'-' (it,-?.\?)



BEŞİNCİ ALT BÖLÜM

İRADE BOZUKLUKLARI VE GABİN

§ 34. İrade Bozuklukları Kavramı, Zihni Kayıt ve Ciddi Olmayan Beyanlar

I. İrade Bozuklukları Kavramı

1 İrade bozuklukları kategorisine sokulan haller iki biçimde karşımıza çıkabilir:

- *Birinci hal:* Oluşumundaki bir aksaklık yüzünden, doğrudan doğruya *iradede* bir bozukluk vardır (saik hatası, hile ve ikrah buraya girer).

- *İkinci hal:* İrade düzgün bir biçimde olduğu halde, onu dış dünya-ya yansıtıp yürürlüğe koymak üzere yapılan *beyan*, (iç) iradeye uymamaktadır (zihni kayıt, ciddi olmayan beyanlar, muvazaa ve beyan hatasında olduğu gibi).

Derhal fark edileceği üzere, "irade bozukluğu" deyimini, gerçekte, bu hallerden sadece birincisi için doğrudur. İkinci halde, bozukluk, iradede değil beyandadır¹.

Yukarıdaki açık.lamalar, "geniş anlamda" irade bozuklukları için geçerlidir. Bu deyim bazen "dar anlamda" ve sadece "hata", "hile" ve "ikrah" (korkutma) hallerini ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Nitekim, Borçlar Kanunumuzun, hata, hile ve ikrahı düzenleyen 23-31 maddelerinin kenar başlığı "Rızadaki Fesat" tarzındadır.

2 Gabin, tartışmalı olmasına rağmen, kanunumuzun düzenleme tarzına göre bir irade bozukluğu değildir. Ancak, aradaki benzerlikleri ve bir çok halde, aynı olayda hem dar anlamda bir irade bozukluğunun hem gabinin bir arada bulunabileceğini göz önünde tutarak, onu da bu alt bölümde incelemeyi uygun buluyoruz.

1) Bkz. **Meier-Hayoz**, Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss, Aarau 1948, s. 147; **Schwarz**, s. 291.

il. Zihni Kayıt (Reservatio mentalis)

Bir kimse, bilerek ve isteyerek gç k irndesine-uymayan-bir beyanda bulunur am .. H ır"diedüsündüğü halde, kar ı t :afi_y.anıltmak üzere bile bile "•evet" derse, zihni kayıt söz konusu olur². Uygulamada hemen hemenliTçrast anmayan u durumun-:Jsonticu, ilke olarak, beyanda bulunanın beyanı ile bağlı tutulmasıdır!.. Ancak, karşı taraf, her nasılsa "ilini" kaydın farkına varır veya farkına varması, hal ve şartlara göre ondan beklenebilir-se;-beyın;ıyine gP.çerlrıtılacak mıdır? Bu konu çok tartışmalıdır.

- Bir görüşe göre, zihni kayıt altında beyanda bulunan, yani bile bile gerçek iradesine uymayan bir beyanda bulunan kişi, karşı taraf durumu anlasa dahi bu beyanı ile bağlı tutulmalıdır⁴.

- İkinci bir görüşe nazaran, irade beyanlarının yorumunda uygulanan genel ilkeler burada da esas alınmalı ve karşı taraf zihni kaydın farkına vardığı yahut güven ilkesine göre farkına varması gerektiği zaman, beyan hükümsüz addedilmelidir⁵.

-Nihayet üçüncü görüş açısından bir aynm yapılmalıdır:

= Karşı taraf zihni kaydı fiilen anlamış ise, beyan hükümsüzdür.

= Buna karşı, zihni kaydın fiilen farkına varmayan karşı tarafın, güven ilkesine göre gerekli özeni gösterseydi bunu anlayabilecek durumda olması dikkate alınmayacak ve zihni kayıt altında beyanda bulunan taraf (bir hata söz konusu olmadığına göre hata sebebiyle İrtal hakkı da söz konusu olma.ksızın)⁶ beyanı ile hukuken bağlı olacaktır⁷. BGB § 116/II'de yer alan

2) Hakim görüşten ayrılan farklı bir açıklama için bkz. **Keller/Schöbi**, s. 178 vd.; **Eren**, s. 314. Bu görüşün değerlendirilmesi için: **Gauch/Schluemp/Schmid**, N. 837.

3) **Lareoz**, AT, s. 364.

4) Alman hukukunda, *de lege ferenda*, bu düşüncede olanlara örnek olarak bkz: **Larenz**, AT, s. 364. İsviçre Hukukunda, yeni öğretide, bu düşünce çok yaygındır: **Kramer**, Art. 1, N. 54; Art. 18, N. 107; **Gauch/Schluemp/Schmid**, N. 835; **Jaggi/Gauch**, Art. 18, N. 93; **Klausberger**, Die Willensmangel im schweizerischen Vertragsrecht, Zürich 1989, s. 95. Bu düşüncede olan yazarların tanıdığı tek *istisna*, beyan sahibinin karşı tarafın ikrahı dolayısıyla, yani karşı tarafça tehdit edilmesi sonucu bile bile gerçek iradesine uymayan bir beyanda bulunmuş olmasıdır.

5) **Eren**, s. 314; **Esener**, s. 86.

6) **Cuenod**, Delimitation du domaine de l'erreur dans les contrats en droit suisse des obligations, Vevey 1941, s. 23; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 79.

7) **Larenz/Wolf**, 9.A., § 35, N. 6, 9; **Palandt/Heinrichs**, 64.A., § 116, N. 4. Görebildiğimiz kadan ile, BGB § 116'nın benimsediği bu çözümü en açık biçimde ifade eden yazar Pntry (Le principe de la confiance et la fonnation du contrat en droit suisse, Geneve 1953, s. 231-232 ve not 8) olmuştur. Aynı düşüncüyü paylaştığı söylenebilecek yazarlara örnek olarak bkz. **Engel**, s. 223; **v. Tuhr/Petr**, § 35, I, s. 292; **Feyzioğlu**, s. 185; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/AJtop**, s. 424-425. - Alman Hukukunda, 8GB § 116'nın öngördüğü çözüme yöneltilen eleştiriler ve zihni kayıtlı yapılan beyanı mutlak olarak ge-

açık hük'üm bu çözümü Alman Hukuku için kabul etmiştir. Buna göre, zihni kayıt altında yapılan beyan sadece karşı tarafın fiilen zihni kaydın farkına varmış olması halinde hüküm doğurmayacak, bunun yanında onun bunu bilmesi gerektiği yolundaki bir iddia dinlenmeyecektir.

Karşı taraf zihni kaydın fiilen farkına vardığı, bu sebeple de korunmaya muhtaç olmaktan çıktığı halde, beyan sahibini beyanı ile bağlı tutmak isteyen birinci görüş onu zihni kayıt altında beyanda bulunduğu için "cezalandırmak" isteyen bir görüştür. Böyle bir düşüncenin Borçlar Hukukunda yeri yoktur. Diğer taraftan, bilerek ve isteyerek iradesine uymayan bir beyanda bulunan ve karşı tarafı yanıltmak isteyen beyan sahibine karşı, karşı tarafın (hata ihtimalinde olduğu gibi) gerçek durumu ortaya çıkarmak üzere bir özen gösterme yükümünden de söz ayılamaz. Şu halde, üçüncü görüş ¹⁰ iğferlerinden üstün tutulmalıdır.

III. Ciddi olmayan beyanlar

- 4 Öğretide, hazan "latife beya 'deyimi ile de ifade edilen bu kavram ile kastedilen !Jdur: Bırlömse, gerçe e herhangi bir hukuki sonucun doğmasını istemediği halde, sırf şaka olsun aie,yanüt öğünrnekiçin veya aşın nezaket gbsterisi biçiminde vs. bir irade beyanında bulunmakta ancak bu şelalde davranırken bu durumun (yani ortada ciddi bir beyanın bulunmadığı olgusunun) nasıl olsa karşı tarafça fark edileceği kanaati ile hareket etmektedir. Görüldüğü gibi, zihni kayıta olduğu gibi, karşı tarafı yanıltma isteği mevcut değildir ve karşı tarafın gerçeği fark edemeyip beyanı ciddiye alması ve "şaka"nın "kötü bir şaka"ya dönüşmesi halinde, beyan sahibi hata sonucu iradesine uymayan bir beyanda bulunmuş kişi durumundadır.

Ciddi olmayan beyanların hukuki sonuç doğurup doğurmayacağı problemi, irade beyanlarının yorumunda esas olan genel ilkelere göre çözüme bağlanır. Karşı taraf, beyanın ciddi olmadığını fiilen anlamış ise, yahut güven ilkesinin ışığında anlaması gerekiyor idiyse, beyan hükümsüzdür. Aksi halde, beyan, beyan sahibini bağlayacak, ancak onun bu şekilde meydana gelen işlemi hata hükümlerine göre (BK. m. 26 uyarınca bunun sonuçlarına katlanarak) iptal hakkı saklı kalacaktır⁸.

- 5 Olaydaki beyan, apaçık hiçbir şekilde hukuken bağlayıcı bir beyan sayılmasına imkan bırakmayacak hal ve şartlar altında yapılmışsa (örneğin, tiyatro sahnesinde oyuncularından biri, rolü gereği, diğerine kendisini hukuken sorumlu duruma düşürecek bir taahhütte bulunuyor), artık "ciddi olmayan beyanlar" kavramına ve güven ilkesine b<işvurniak dahi gerekmeksizin, ortada bir irade beyanının bulunmadığı sonucuna varılır.

çerli kılma eğilimi **Flume** (§ 20, 1, s. 403) tarafından, yerinde olarak, anlamsız görül-
mekte ve reddedilmektedir.

8) **Kramer**, Art. 1, N. 55; **v. Tuhr/Peter**, § 35, II, s. 293 ve not 9a.

9) **Larenz.**, AT, s. 365.

§ 35. Muvazaa veya Danışıklı İşlem (İnançlı işlem ile Karşılaştırmalı Olarak)

I. Muvazaa Kavramı ve Çeşitleri

1. Kavram

Üçüncü kişileri aldatmak, onlara karşı gerçeğe uymayan bir görünüm yaratmak üzere, taraflar irade beyanlarının hiçbir hukuki sonuç doğurmaya-
cağı hususunda anlaşır, yani *bilerek ve isteyerek* gerçek iradelerine uyma-
yan beyanlarda bulunurlarsa, ortada bir muvazaa vardır¹. Bir Yargıtay kara-
nıda muvazaa şöyle tarif edilmektedir:

*"Gerçekten, sade ve yalın anlatımıyla muvazaa, tarafların üçüncü kişi-
leri aldatmak amacı la, er ek iradg l erine ~~ixmayan~~ ve bundan dolayı da
aralarında hu ..m doğunayan bir gi}!ÜrJjj ş yaratmak kol l ys:..1-111cfq aJlaşma-
7-22.*

İsviçre-Türk Hukuklarından farklı olarak Alman Hukukunda bak.im olan fikir, üçün-
cü kişileri aldatma kastını muvazaanın zorunJu bir unsuru saymıyor³. Bizim hukukumuz
açısından, üçüncü kişileri aldatma maksadının muvazaa olgusuna dahil sayılması, BK.
m. 18/1'de yer alan "akitteki hakiki maksatlarını gizlemek için" (İsviçre BK. m. 18/1'in
Almanca metnine göre "um die walre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen =
sözleşmenin gerçek niteliğini gizlemek için) ibaresinden çıkarılmak isteniyor. Bu dü-
şünceye göre, anılan hükümdeki gizleme kastı, ancak üçüncü kişilerin aldatılması sure-
tiyle gerçekleşebilir⁴.

2. Çeşitleri

İki ihtimali şimdiden ayırmak uygun olur:

a. Basit (saf) muvazaa

Taraflarca sırf görünüşte gerçekleştirilen hukuki işlemip arkas !11da giz-
lenenbaşka bir işlem yoksa, basit veya saf muvazaa'dan bahsedilir (reine
Simu/ation, simulation simp/e). Öğretide, bu durumu ifade etmek üzere sık
sık başvurulanan *mutlak muvazaa* deyiminin⁶ o kadar başarılı olmadığı itiraf

1) "Muvazaa" karşılığı kullanılan "Danışık" veya "Danışıklılık" (bu son deyim için bkz.
Özmen/Özkaya, Muvazaa Davaları, Ankara 1993, s. 3) deyimlerine, aşağıdaki açıklama-
larda yer vermeyeceğiz. Buna karşı, "muvazaalı işlem" anlamına gelmek üzere, "danışıklı
işlem" denilmesinde bir sakınca gönnüyoruz.

2) Yarg. 1. HD. 25.9.1992, E. 8043, K. 10713 (Uygur, cilt 1, s. 787).

3) **Larenz**, AT, s. 366.

4) **Kramer**, Art. 18, N.110.

5) Bkz. **Jaggi/Gauch**, Art. 18, N. 95; **Tercier/Ducrcst**, La Simulation, Fiches Ju:idiqes
Suissees, No. 606, s. 3 - **Aday** da (Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa, İstanbul
1992, s. 4 vd.), "adi muvazaa" deyimine üstünlük tanıyor.

6) Örnek olarak bkz. **Esener**, Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, İstanbul
1956 s. 41 - "Mutlak muvazaa" deyiminin eleştirilmesi için bkz.: **Aday**, not 5'de agc,
s.4.

edilmelidir. Basit (saf) muvazaaya örnek: Durumu sarsılan A, zeng iş adamı arkadaşı B'den kendisine ardımcı olmasını isti or. B.unun üzerine B. A'ya, en ısını ona karşı 100 milyon lira borçlu gös. teren muvazaalı bir "fiatır senedi"-veriyor ve bu-yolcfan A'nın piyasada ve bankalar nezdinde iti ar kazaru İasıôı sağlıyor.

b. Nitelikli (vasıflı) muvazaa

İkinci ihtimal, tarafların, sırf görünüşte gerçekleştirdikleri işlemin, bu-
mın arkasında yer alan ve onlarca gerçekten istenen bir başka işlemi gizle-
mek üzere yapılmış olmasıdır (*Gizleme, Dissimulation*). Bunu, bir çok ya-
zarın yaptığı gibi nisbî değil, fakat nitelikli vasıflı m? v? u? m? va? a? *simu atio, l qua z zee* _ o ara adlandırmak daha yerinde olur . Nitelikli muvazaaya bir örnek: A, gizlice metres hayatı yaşadığı sekreteri B'ye bir daire bağ?lamak isiriyor. Dedikodudan ve ara anna [gizl-iffişkinin_ortaya cılanasından çekinen taraflar, gerçek-iradelerip !! uyan bağışlamayı gizle-
mek için, tapuda hiçbir elalde sonuç .9QğlJmiasını istemedikleri muvazaalı brrsafış sözleşmesCdüzenliyorlar. Görüldüğü gibi, bu ihtimalde (basit veya saf muvazaadan farklı olarak) taraflar arasında tek değil, *iki ayrı işlem* ya-
pılmaktadır (Kısmi muvazaa halinde karşımıza çıkacak özel duruma ilişkin aşağıda yapacağımız açıklamalar saklıdır):

= Bu işlemlerden birincisi, onların gerçek iradelerini yansıtmayan, sırf üçüncü kişileri yanıltıcı bir görünüm yaratmak üzere yapılan "görünüşteki işlem"dir. Bu işlem muvazaalıdır. Verilen örnekte satış sözleşmesinin du-
rumu budur.

= İkinci işlem, tarafların gerçek iradesini yansıtan ve hukuki sonuç do-
ğurmak üzere yapılan "gerçek işlem"dir. Bunu "gizli işlem" olarak da ad-
landırabiliriz. Verilen örnekte, bu rolü taraflar arasındaki bağışlama söz-
leşmesi oynamaktadır.

3. Muvazaa anlaşması ve muvazaanın uygulama alanı

- 4 Yukarıda sözünü ettiğimiz her iki muvazaa tipinde de, sırf görünüşteki işlemi yapan taraflar, aynı zamanda bu işlemin gerçek iradelerine uymadığı, bu sebeple de hiçbir hukuki hüküm d-o rma aca. hu usunda anlaşmakta-
ır ar. u an aşma ve onun gerektirdiği "iki taraflılık" muvazaayı niteliği ge°reği her zaman "bir taraflı" olan zihni kayıttan kesin biçimde ayırmakta-
dır. İster basit, ister nitelikli muvazaa söz konusu olsun, görünüşteki işle-
min hiçbir hukuki sonuç meydana getirmemesini ve sırf "görünüşte" kal-
masını sağlayan anlaşmaya *muvazaa anlaşması* denir. Her muvazaalı işlem

7) Tercicr/Ducrest, not S'de age, s. 3.

8) Aynı düşüncede: Aday, not S'de agc, s. 4, 12.

bir muvazaa anlaşmasına dayalı olarak yapılır. Muvazaa anlaşması, geçerli-
7fgi dışındmı bir şekle bağlı -de- 'tdir9:- e var kı? İftianlaşmanın görünüşte-
ki iş cm en oncc veya en geç onunla ırlıkte yapılması-şartır:-AJ<sı halde,
yapılan işlem "gbrunuşte egi grçe ırTiem olur ve hukukı sonuçla-
tını dogurur. Sonradan fikir aetitreitirafuir bu i lemin hüküm dıvurma-
Srnt istemiyorlarsa ır muvazaa anlaşması yapılması ararsızdır, zira bunun
için ok oe kalınnu fir. Yapılacak şey.-önceki gerçek işlemi hü ümcfen
üşüren veya değıştiren yeni bir gerçek işlem düzenlemekten ibarettir¹⁰.

Uygulamada sık sık rastlanacak bir iltirnal olmamakla birlikte, belirtmek gerekir ki, muvazaa anlaşmasının kendisi de muvazaalı olabilir ("muvazaalı muvazaa anlaşması"). Bunun anlamı şudur: Taraflar, aslında gerçek iradelerini yansıtan ve hiçbir şekilde muvazaalı olmayan bir işleme, muvazaalı bir muvazaa anlaşması yaparak, muvazaab bir işlem görünümü kazandırmak istemektedirler. Bu davranışın sebebi, işlemin hukuka aykırılığı sebebiyle devlet organlarının müdahalesine maruz kalmaktan korkmak olabileceği gibi; üçüncü kişilerin çıkarlarını çiğneyen bir işlem söz konusu ise, onların harekete geçmelerini önlemek de olabilir. Böylece, taraflar müdahale halinde, "yaptığımız işlem gerçek bir işlem değil, muvazaa anlaşmasının gösterdiği gibi muvazaalı, şu halde hiçbir hukuki sonuç doğurmayan bir işlemdir, endişe etmenize gerek yok" demek imkanını kazanmak istemektedirler¹¹.

Öğretide, bazen gerçek bir işlemi • lemek i in muvazaalı bir sözle me
yapı ac yer e. görüi.n.ıj.sie. • ş, :LLIW.LJ/.{IZaalı oJduğul lu.göz.d.....s ak/anuuk
üzere gerçek bir işlem yapılabileceğine de işaret ediliyor. Bunun için veri-
leirömek:lerden fünsi şöyledir:-B nin afta sonunda bisikletini kendisine
ariyet olarak vermesini istemesinden hoşlanmayan A, bu talebi etkisiz bı-
rarak: için, C ile muvazaalı bir kira sözleşmesi yapıyor ve B'ye, paraya
ihtiyacı olduğu için bisikletini cumartesi ve pazar günleri için C'ye kirala-
dığını, bu yüzden kendisine veremeyeceğini söylüyor. A, bununla yetinmi-
yor ve muvazaalı kira sözleşmesinin B açısından daha kandırıcı olması,
daha gerçek gibi gözükmesini sağlamak üzere, yaptığı gerçek, geçerli fakat
ivazsız (ücretsiz) bir vedia (saklama) sözleşmesi ile (BK. m. 463) bisikleti
C'ye teslim ediyor¹². Dikkat edilecek nokta şuradadır: A-C arasındaki ger-
çek vedia sözleşmesi ile gizlenmek istenen, yine aynı taraflar arasındaki
kira sözleşmesi değildir. Tam tersine varlığı B'ye açıkça bildirilen bu söz-
leşmenin gerçekte "muvazaalı" olduğu, yani sırf görünüşte kalan bir söz-

9) BGE 112.II.343; **Tercier/Ducrest**, not 5'de age, s. 2; **Jiiggi/Gauch**, Art. 18, N. 103.
- Bununla beraber, ispat açısından, muvazaa anlaşması HUMK.. m. 288 vd. daki genel kurallara tabidir. Bu yönden, tarafların muvazaa anlaşmasını (görünüşteki sözleşme resmi veya adi yazılı şekilde yapılmışsa, hiç kuşkusuz bu belge dışında) ayrıca yazıya bağlamaları kendileri bakımından çok yerinde olur. Buna karşı, üçüncü kişiler, HUMK. m. 290 hükmünün uygulama alanı dışında kaldıklarından, bir senede dayanmak zorunda olmaksızın her türlü delille muvaazayı ispat edebilirler.

10) **Jiiggi/Gauch**, Art. 18, N. 102; **Eren**, s. 317.

11) **Jiiggi/Gauch**, Art. 18, N. 165.

12) **Kallimopoulos**, Die Simulation im bürgerlichen Recht, Karlsruhe 1966, s. 140 vd.; **Jaggi/Gauch**, Art. 18, N. 164; **Tercier/Ducrest**, not 5'de age, s. 4.

!eşmeden ibaret bulunduğu, bisil<let cwnartesi ve pazar günleri tarafların gerçek iradelerine uyan vedia (saklama) sözleşmesine dayalı olarak C'ye bırakılmak suretiyle gizlenmektedir.

- 7 Muvazaa, sadece sözleşmelerde değil, *bir taraflı hulaıkf işlemlerde* de söz konusu olabilir. Ne var *ki*, bunun için hukuki işlemin belirli bir kimseye yöneltilen, varması gerekli bir irade beyanına dayalı olarak kurulması şarttır. Çünkü, ancak bu ihtimaldedir *ki*, beyan sahibi karşı taraf ile bir muvazaa anlaşması yaparak, bir taraflı irade beyanı ile gerçekleşecek işlemin aslında hiçbir hüküm doğurmayan göstermelik bir işlem den ibaret bulunduğunu kararlaştırabilir. Örneğin, *iki* işçisinden sadece birisini işten çıkannak isteyen işveren, onu darıltmamak için diğeri ile anlaşp, ona da muvazaalı bir fesih bildiriminde bulunursa durum böyledir. Buna karşı, vasiyetname, vakıf kurma gibi bir taraflı işlemler varması gerekli bir irade beyanı ile gerçekleşmediği; ilan yolu ile yapılan vaatler ise, bir muvazaa anlaşmasına imkan verecek tarzda "belirli" bir muhataba karşı yapılmadığı, kaldı *ki* bu gibi ilanların geçerli olması için mutlaka ilgililere fiilen ulaşması şart olmadığı içiri, muvazaalı olamaz¹³. Resmi makam ve mercilere karşı yapılan bir tarafu işlemlerde de, örneğin, MK. m. 609 uyarınca mirasbırakanın son yerleşim yeri (ikametgahı) sulh bakım.ine karşı yapılması gereken mirasın reddi beyanında muvazaa iddiası dinlenmez. Çünkü, resmi makam ve mercilerin bir muvazaa anlaşması yaparak, muvazaaya alet olabilecekleri kabul edilemez¹⁴.
- 8 Buna karşı, bir resmi memur (örneğin noter veya tapu sicil müdürü) önünde resmi biçimde yapılan sözleşme (evlenme, evlat edinme gibi muvazaa iddiası dinlenmeyen bazı Aile Hukuku işlemleri bir yana)¹⁵ muvazaalı olabilir. Şu halde, noter önünde düzenlenen taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin, yahut tapu sicil müdürü önünde düzenlenen bir taşınmaz satışı veya bağışlamanın muvazaalı olmasına bir engel yoktur¹⁶.

4. Nitelikli (vasıflı) muvazaanın Değişik Görünüm Biçimleri

- 9 Daha önce sözünü ettiğimiz *nitelikli* (vasıflı, uisbf) muvazaa üç şekilde karşımıza çıkabilir:

a. Sözleşmenin niteliğinde muvazaa **b'J'** 

- 10 Bu halde, taraflar muvazaalı sözleşmeyi aralarındaki gizli işlemin gerçek niteliğini gizlemek üzere kullanırlar. Örneğin, bir satış sözleşmesinin görünüşteki bir bağışlama sözleşmesinin arkasında gizlenmesi veya tam tersine, bağışlamanın satış gibi gösterilmesi bu gruba girer.

J3) Bkz. v. Tuhr/Peter, § 35, M, s. 295; Kramer, Art. 18, N. 149.

14) Staudinger/Dilchcr, Komrnentar zum BGB, I, Allg. Teil, 12.A., Bertin 1980, § 117, N. 7. -K.rş. v. Tuhr/Peter, § 35, not 24.

15) Kramer, An. 18, N. 154; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 145.

16) v. Tuhr/Peter, § 35, JIL, s. 295.

TnrmOnr. bilerek ve isteyerek <Inlii olsa, içeri❖ini gerçekten arzu ellikleri sözleşmeyi hukukun ynnlış udlun<lırıp nitlendinniş, ömeğin içeriğinden bağışlama olduğu anlaşılın bir sözleşmeye kasten satış demişlerse, muvazaa yoktur. Zirn, yukarıda görüldüğü gibi¹⁷, tarnllunn nitelemesiyle bağlı olmaksızın, içerdiği tüm hükümleri değercldnnck suretiyle hangi tip bir sözleşmenin söz konusu olduğunu bulmak (şu halde, "ııatış" denmiş dahi olsa, içeriğine göre bunun gerçekte bir "bağışlama" olarak nitelenmesi gerektiğini ortaya koymak) tnmamen hakime ait bir iştir. Bu açıdan, tarafların "yanılarak" yanlış bir niteleme yapmaları ile "kasten" bu yola gitmeleri arasında, varılacak sonuç açısından bir fark görül/mz ".
 \$"ı)Ü',n❖ j/ıic.,., llı:rlj--ı.,• Y❖CL ıe_c¹x-\ I)-(ııN

b. Kısmi muvazaa

Bazen, "sözleşmenin şartlann<laıe x,a❖k.onusunda" muvazaa diye ifade edilen bu ılıllırna de, taraflar arasındaki sözleşme, muvazaalı olan bölüm dışında-onların gerçekiradderiii-euymakta-ve gerçekten istenmektedir. "Beaeloe-muvazaa" bunun sık sıkkanılan- ve en başta gelen örneğini ofuşturur. Bir taşınmaz, A tarafından B'ye yüz bin lira karşılığı satılmış gözüküğü, ancak gerçek satış bedeli bundan çok daha yüksek olduğu zaman durum böyledir. Çeşitli hükümler içeren bu satış, bir tek hükmü dışında, satıcı ve alıcının gerçek iradelerine uygun ciddi bir satıştır. Muvazaalı olan büküm, sadece satış bedeline ilişkin bulunan hükümdür. Zira, gerçek satış bedeli örneğin beş yüz bin lira olduğu halde, resmi satış senedinde bu miktar (tapu harçlarından kurtulmak isteyen tarafların sık sık yaptıkları gibi) muvazaalı biçimde yüz bin olarak gösterilmiştir.

Duruunu hukukun açıklamak üzere iki görüş öne sürülmüştür:

- Biraz eskimiş sayılabilecek birinci görüşe göre, ortada iki ayrı sözleşme vardır ve venlen-omekte yüz onlııa üzerinden yapılan muvazaalı satış sözleşmesi, beş yüz bin lira üz.erinden. gerçekleşmiş gerçek satış sözleşme❖❖! gı❖lemektedir¹⁹.

- İsviçre-Türk öğretilerinde halen hakim olan görüş açısından, burada iki sözleşmeden değil tek bir sözleşmeden söz açmak gerekir. Zira, verilen omeıcte, sozleşmeniii mlı_yaiaali bedef hükmü dışında kalan diğer bütün hüflümleri-taraflarca gerçekten istenmektedir. Muvazaalı o/an, sade_ce sözleşmenin satış bedeline ilişkin hükmünden ibarettir. O halde durum şöyle açıklanacaktır: Bedel hükmü dışın-9❖J?Qtün_4._ükümleri ❖i_qçli ajan ve taraflarcagerçelctenıstenen s❖❖ı❖şm(?y_e, g❖rç ❖k bedele ili şlcı.nhükümü de ekleyince- muvazaa sadece_bu noktadadı:), tarafların gerçek iradesine uyan sözleşme elde edilmiş olmaktadır²⁰. Bu da gösteriyor ki, ortada sadece bir tek hükmü muvazaalı olan tek bir sözleşme vardır.

17)Bkz. yukarıda§ 32. N. 21.

18)Kramer, Art. 18, N. 117; Flume, § 20, 2, a, s. 406.

19)Örnek olarak bkz. Saymen/Elbir, 1, s. 252; Oser/Schönenberger, Art. 216, N. 6, Keller/Schöbi, s. J 94.

20) Bu konuda bkz. ve krş. KeUerhals, Simulation im Grundstückkauf, Bcmer Diss., 1952, s. 100 vd., 128; Gauch/Schluep/Schmid, N. 1036; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 115 vd., 152.

12

Şurasını belirtelim ki, kısmi muvazaada, bazen, muvazaalı bölüm çıJ...'lıktan sonra, onun yerine (yukanda "bedelde muvazaa" halinde olduğu gibi) bir başka hükmün geçmesi söz konusu olmayabilir. Örneğin, ciddi bir hizmet sözleşmesine muvazaalı bir rekabet yasağı hükmü (BK. m. 348) eklenmişse, gizli işlem, rekabet yasağı çıktıktan sonra hizmet sözleşmesinin geri kalan tilin hükümJerinden oluşur. Oysa, yukarıda incelediğimiz ..bedelde muvazaa" örneğinde, yüz bin lira üzerinden yaptlan muvazaalı, bu sebeple (aşağıda görüleceği gibi) hüküm doğurmayan bedel anlaşmasının yerini beş yüz bin liralık gerçek bedel anlaşması alıyor ve gizli işlem, görünürdeki sözleşmenin bedel anlaşması dtındaki hükümlerine beş yüz bin liralık bedel anlaşmasının "eklenmesinden". yani görünürdeki işlem + (muvazaalı bedelin yerini alan) gerçek bedel anlaşmasından oluşuyordu²¹.

13

İsviçre Hukukunda, yeni bir eğilim, muvazaa'yı, genel olarak, tam *muvazaa* (*Voll-Simulation*) ve *kısmi muvazaa* (*Teil-Simulation*) başlı.klan altında iki çeşit olarak ele almak ve buna bağlı biçimde, yukarıda "sözleşmenin niteliğinde muvazaa" olarak nitelediJimiz örnekleri dahi "kısmi muvazaa"nın bir çeşidi olarak görmek istiyor².

Bu düşünceye gör? bağışlama satış olarak gösterildi@?t. orta<! a y
ne tek bir işlem vardır ve sadece görünüşteki satış sözleşmesinin "satış
- bedeline" ilişkin hükmü mUYazaalırur. l:fedelhükmünü çıkarınca, sözleşme
gen an hükümleri ile bir bağışlama oluşturur. Bunun gibi, satış bağışla-
ma gibi gösterilmişse, sadece görünüşteki "ivazsızlık = bedelsizlik" anlaş-
ması muvazaalıdır ve bunun yerini gizli bedel anlaşması alır.

Bu açık.lama tarzını yerinde bulmuyoruz. Yanılgı şuradan başlıyor ki, bir "satış" sözleşmesi "bedelli" bir bağışlama sözleşmesi olmadığı gibi; bir "bağışlama" sözleşmesi de "bedelsiz" (karşılıksız) bir satıştan ibaret sayılamaz. Satış ve bağışlama sözleşmeleri arasında *nitelik farkı* vardır. Kaldı ki, bu sözleşmelerle yapılan kazandırmaların hukukı sebebi de farklıdır (birinde *causa credendi* veya *acquirendi*, diğesinde *causa donandi*). Şu halde, bağışlama satış gibi gösterildiği zaman, satıştaki bedel kaydını kaldırıp satışı bağışlama saymak (bir malını satan kimse "bedelli bir bağışlama" yapmamıştır ki, "bedel" kaydını muvazaa sebebiyle hükümsüz sayıp geri kalan bölümü bağışlama olarak muhafaza etmek mümkün olabilsin!); yahut, tam tersine, satış bağışlama gibi gösterilmişse, "ivazsız olma" hükmünün yerine gizli satış bedelini geçirip, bağışlamayı satış olarak görmek hukuken kabul edilebilir bir çözüm değildir²³. Bu gibi durumlarda, "kısmi" değil, "tam" muvazaa vardır ve hukukı nitelikçe birbirinden farklı (biri diğesinin içinde kısmen mevcut sayılamayacak) iki sözleşmeden biri, diğesini gizlemek için kullanılmaktadır.

21)Jiggi/Gauch,Art.18, N.116-117.

22) Bu görüş için bkz. Jiggi/Gauch, Art. 18, N. 112 vd., özellikle N. 116, 117; Tercier/Ducrest, not 5'de age, s. 4. Reddettiğimiz bu sistemde, "tam muvazaa" olarak karşımıza, illice olarak, gizli bir işlemin bulunmadığı basit veya saf diye adlandırılan muvazaa halleri çıkıyor. Ayrıca bkz. aşağıda not 24.

23) Bu konuda krş. BGE. 117.IT.385.

"Bedelde mu o.znn" ve "reknbet yosnlı" örneklerinde durumun farklı olduğu herhalde gözden koc.;mnynenktır. Bir sntış sözleşmesinde, resmi senette gö tenlen bedel ile gerçek bedelin fnrkı olması; yahut bir hizmet sözleşmesine muv7.anlı bir rekabet y a-
 ◆1 nlnşmısı eklenmesi hallerinde. kısmi muvuznndun söz açıldığı vnkt, satış yine satı, olamlı., hi7.mel sözleşmesi de yine hizmet sözleşmesi olnmk knlmnkıı ve muvııııılı bö-lümün hükümsüz snyılmısı ile bunlınn hukuki niteliğinde bir dcğişiklik olmomnkt.a-
 dır¹⁴.

c. Tanıfta muvazaa²◆

Burada A-B arasında er ekle en muvazaalı sözl A-C arasındaki 14
gerçe, soz eşme 1 u halde A'nın kar a tara o arak 8
g u le te ır. Gerçekte ise, le bir söz◆şme yapmıştır.

Aşağıdaki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı gibi, *tarafıta muvazaa ha-linde daima birisi görünüşte, diğeri gizli iki sözleşme vardu*⁶. Taraflardan biri her iki sözleşmede de aynı kaldığı halde, karşı taraf açısından, taraf olan **kişi** değişmektedir.

Tarafıta muvazaa, *üç biçimde* karşımıza çıkabilir:

- **Birinci hal:** Sözleşmenin gerçek tarafı olan C, B'nin temsilcisi ol- 15
duğunu beyan ederek orta a ıkı or ve onun bu sı a a emsı o unan) B
a ına A ile yaptığı muvazaalı sözleşme, kendis.LI.le A arasmla yapılmış
 = gerçek sözleşmeyi gizJiyor²⁷.

Durumu şöyle de gösterebiliriz:

= *Görünüşteki ilişkinin tarafları:* A ile (C tarafından temsil olunan) B

= *Gerçek ilişkinin tarafları:* A ile (B'nin temsilcisi olduğunu ileri süre-

24) Yukarıda, satışın bağışlama veya bağışlamanın satış olarak gösterilmesi halleri ile ilgili olarak görüşlerini reddettiğimiz **Jaggi/Gauch** (Art. 18, N. 113), kendi sistemleri açısından nitelikli muvazaanın hazan "tam muvazaa" olarak da karşımıza çıkabileceğini ileri sürüyor ve şu örneği veriyorlar: Bir pul koleksiyocusu gerçekte uyuşturucu ticareti ile uğraşmakta ve bunu gizlemek için, uyuşturucu alıp sattığı kişilerle pul alım ve satımına ilişkin muvazaalı işlemler yapmaktadır. Yazarların düşüncesine göre, burada kısmi değil, tam muvazaa vardır; çünkü gizli sözleşmeler, dış görünüşleri, hatta içerikleri itibarıyla görünüşteki işlemlerden bağımsız ve farklı bir nitelik taşımaktadır. Bizce, metinde açıkladığımız gibi, bu düşünce "satış" ve "bağışlama" işlemleri arasındaki ilişki açısından da geçerlidir.

25) Buradaki açıklamalar için bkz. **Jaggi/Gauch**, Art. 18, N. 160 vd.; **Kramer**, Art. 18, N. 112 vd.

26) **Jaggi/Gauch** ve **Kramer** gibi hukukçuların (bkz. not 23), tarafıta muvazaayı "kısmi muvazaa"nın bir çeşidi olarak görmeleri yerinde olmadığı gibi, **Özmen/Özkaya'run** (not l'de age, s. 1 I), ortada *tek bir sözleşme* bulunduğu, (yukarıda verdiğimiz örnek çerçevesinde) C'nin bu sözleşmenin gerçek tarafı, B'nin ise muvazaalı tarafı olduğu yolundaki düşünceleri de isabetli olmaktan uzaktır. Gerçekten aşağıda N. 17 altında yaptığımız açıklamalardan anlaşılacağı gibi, A-B arasındaki görünüşteki sözleşmenin içeriğiyle A-C arasındaki gerçek sözleşmenin içeriğinin tamamen aynı olması gerekmediğinden aralarında bazı noktalarda fark bulunabilir.

27) Ayrıca bkz. **Staudinger/Dilcher**, not 14'de age, § 117, N. 24.

rek B adına muvazaalı sözleşmeyi yapmış gözükten, gerçekte ise kendi adına hareket eden) C.

Acaba, B'nin temsilcisi sıfatı ile hareket eden C'nin gerçekten bir temsilcisi olup olmadığına karar verilecek midir? Bizce, C, B'nin gerçekten yetkili temsilcisi olabileceği gibi, böyle bir temsil yetkisinin bulunmamasına rağmen kendisini B'nin temsilcisi olarak gösteren yetkisiz bir temsilci de olabilir. Her iki durumda da, A ile B arasında kurulmuş gözükten muvazaalı borç ilişkisi, gerçekte A ile C arasında kurulmuş bulunan ciddi sözleşme ilişkisini gizleme fonksiyonunun yerine getirir. Şu farkla ki, görünüşteki A-B ilişkisi, C'nin temsil yetkisi varsa sadece muvazaa sebebiyle hüküm doğurmadığı halde; C, yetkisiz temsilci olarak hareket ettiği zaman bu hükümsüzlük hem muvazaa'ya, hem de yetkisiz temsile ilişkin BK. m. 38'e dayanacaktır.

- 16 - **İkinci hal:** C'nin doğrudan doğruya temsilcisi olan B, A ile sözleşmeyi görünüşte kendi adına, gerçekte işe temsil olunan C adına yapıyor. Böylece, temsilci olan A ile kendi adına yaptığı muvazaalı sözleşme, aslında B tarafından C adına yapılmış gerçek sözleşmeyi gizlemiş oluyor.

Durum şöyle de gösterilebilir:

= *Görünüşteki ilişkinin tarafları:* A ile (kendi adına hareket eden) B.

= *Gerçek ilişkinin tarafları:* A ile (B tarafından temsil olunan) C.

- 17 - **Üçüncü hal:** Herhangi bir temsil ilişkisi söz konusu olmaksızın, A ile B arasında yapılmış gözükten sözleşmenin, gerçekte A ile C arasında yapılan sözleşmeyi gizlemek üzere yapılmış muvazaalı bir sözleşme olacağı hususunda ilgililerin tümü görüş birliği içinde bulunuyor.

Derhal belirtelim ki, Türk Hukukunda, "tarafı muvazaa" kavramı sadece bu üçüncü hal açısından ele alınıp tartışılmış, yukarıda belirttiğimiz ilk iki hal üzerinde ise durulmamıştır²⁸. Aşağıdaki hususları dikkate almak kaydı ile, tarafı muvazaanın "üçüncü hal" başlığı altında ele aldığımız bu yoldan da gerçekleşmesine bir engel görülemez²⁹:

28) K.rş. **Hatemi**, "Niim-ı Müstear" kavramı ve vekalet ile ilişkisi, Temsil ve Vekaletle İlişkin Sorunlar, İstanbul 1977, s. 137.

29) Bu anlamda bir "tarafı muvazaa"nın mümkün olduğu (az çok farklı biçimde açıklansa bile) **Jaggi/Gauch** (Art. 18, N. 160), **Eren** (s. 320), **Esener**, (Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, İstanbul 1956, s. 43, 181), **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop** (s. 411), **Özmeo/Özkaya** (not 1'de age, s. 11), **Özkaya** (inançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, 3. Baskı, Ankara 2004, s. 178); **Tercier/Ducrest**, (not 5'de age, s. 6), **Kramer**, (Art. 18, N. 112), **Wiegand** (Basler Komm., Art. 18, N. 52); **Özsunay** (Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta inançlı Muameleler, İstanbul 1968, s. 231-232), **Postacioğlu** (Gayrimenkullerin Ferağına Müteallik Akitlerde Şekle Riayet Mecburiyeti, İstanbul 1945, s. 114, no. 77), **İnan** (s. 181), **Sungurbey** [İğreti ad (Nam-ı Müstear) Sorunu, Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 158 vd. veya Medeni Hukuk Sorun-

= Bir defa, bu ihtimalde, "muvazaa anlaşması"nın A, B ve C (yani üç kişi) arasında gerçekleştiğini sanmak hatalı olur. Muvazaa anlaşması her zaman muvazaalı (sırf görünüşteki) sözleşmeyi yapan taraflar arasında gerçekleşir³⁰. Şu halde, görünüşteki sözleşme A ile B, gizli sözleşme ise A ile C' arasında yapıldığına göre, muvazaa anlaşmasının tarafları bu ihtimalde sadece A ile B'dir. Ne var ki, A ile B söz konusu muvazaa anlaşmasını C'nin de bu kombinezona rıza göstermesini sağlayarak gerçekleştirirler. C'nin, A-B arasındaki sözleşmenin, gerçekte kendisi ile A arasında yapılan sözleşmeyi gizlemek üzere ve sırf göstermelik olarak yapılmasına razı olması, diğer bir anlatımla bu yola başvurulmasını onaylaması, hiçbir şekilde onu da muvazaa anlaşmasının tarafı yapmaz. Bir sözleşmenin tarafı olmakla, o sözleşmenin başkalarının belirli bir maksatla yapılmasına onay vermek, birbiri ile karıştırılmaması gereken farklı kavramlardır.

= Muvazaa anlaşmasının gizli sözleşme ile "aynı anda" yapılması mecburiyeti de yoktur. Örneğin A, B'ye antika bir halıyı elden bağışladıktan bir gün sonra, taraflar (bir gün önce bunu hiç düşünmemiş dahi olsalar) bağışlamayı gizlemeyi kararlaştırıp, bu maksatla muvazaalı bir satış yapabilir ve bunu senetleyebilirler. "Tarafta muvazaa" durumunda da, A-B arasındaki muvazaalı sözleşmenin düzenlendiği tarihte, A-C arasındaki gerçek sözleşme yapılmış olabileceği gibi, daha sonra yapılacak bir sözleşme de olabilir. Almanya'da, Karlsruhe Üst Eyalet Mahkemesinin 28.10.1970 tarihli kararına konu olan olayda, sigorta şirketi A'nın sigorta temsilcisi olarak faaliyet gösterecek C, Alınan mevzuatına göre adli sicilde sabıka kaydının bulunmadığını gösteren bir iyi hal kağıdı ibraz edemediğinden, görünüşteki sözleşme A ile, C'nin oğlu B arasında yapılmış ve böylece A-B arasındaki işlem, A-C arasındaki gizli sözleşmeyi saklayan bir muvazaa oluşturmuştur³¹. Kararda, bu konuda herhangi bir bilgi verilmemesine rağmen, hiç kuşku yok ki, A ile C, sabahleyin gerçek sözleşmenin bütün hükümleri üzerinde mutabık kalıp onu kurabilir; C'nin oğlu B ise, öğleden sonra, A ile göstermelik (muvazaalı) sözleşmeyi düzenleyebilirdi.

lan, IV, İstanbul 1980, s. 502 vd.], **Tunçomağ** (s. 300) ◆ibi yazarlar ile (NJW 1971, s. 619; NJW 1982, s. 569), ... (SJ, 1988, s. 117 vd.), ve (13. HD., 10.12.1981, E. 6331, K. 8105, **Karabasan**, TBH, GH, cilt 3, 2004, s. 353) tarafından kabul edilmektedir. - Aksi görüşte: **Aday**, not 5'de_ age, s. 15 vd.; **Yavuz**, Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, İstanbul) 983, s. 105 vd.; özellikle s. 114 vd.; **Oğuzman**, MHAD, 1958, 11/2, s. 118; **Oğuzman/üz**, 4. bası, s. 109.

30) **Jaggi/Gauch**, Art. 18, N. 97.

31) NJW 1971, s. 619. Üst Mahkeme, olayda, oğul B ile yapılan muvazaalı işlemin batıl, baba C ile yapılan gizli ticari mümessillik sözleşmesinin ise BGB § 117/II uyarınca geçerli olduğu sonucuna varmış ve böylece bu gibi durumlarda, biri görünüşte diğeri gizli iki ayrı sözleşmenin bulunduğunu kabul etmiştir.

Bu açıklamalar gösteriyor ki, tarafları aynı olan "sözleşmenin niteliğinde muvazaa" durumu ile, "taraflardan birinin değiştiği nitelikli muvazaa" halleri arasında büyük bir paralellik vardır³².

= A-B arasındaki muvazaalı sözleşme ile, A-C arasındaki gizli ve gerçek sözleşmenin içerik bakımından da birbirine tamamen uyması zorunlu değildir. Örneğin, görünüşteki hizmet sözleşmesi düşük bir ücret üzerinden yapıldığı halde, gizli hizmet sözleşmesinde bunun çok üstünde bir ücret kararlaştırılmış olabilir.

Daha çok *Aile* Hukukunu ilgilendiren, evlenme, evlat edinme gibi işlemlerde muvazaa iddiası dinlenmez. Buna karşı, nişanlanmada muvazaa mümkündür.

II. Muvazaa'nın Yairımı

1. Taraflar Arasında

18 Muvazaalı olarak gerçekleştirilen ve sırf görünüşte kalan işlem geçerli olmaz ve herhangi bir hüküm doğurmaz. Bu hükümsüzlüğün niteliğinin ne olduğu tartışmalıdır:

- Ötedenberi benimsenen hakim görüşe göre, muvazaalı işlem kesin hükümsüzdür (batıldır)³³.

19 - Bizce daha isabetli olan ve İsviçre'deki yeni eserlerde çok yaygın

32) Bu sebeple, bu tip bir "tarafı muvazaa" halinde, olsa olsa adi (basit) bir muvazaadan söz edilebileceği yolundaki görüşe (Aday, not 5'de age, s. 16; Oğuzman/Öz, 4. bası, s. 109) katılmıyoruz. Şu noktaya dikkat etmek gerekir ki, gizli sözleşme hiçbir şekilde muvazaa kavramına dahil değildir ve muvazaa açısından ayırt edici bir nitelik oluşturmaz (Bkz. Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 94). Muvazaa'dan söz açabilmek için, tarafların, (üçüncü kişileri yanıltmak üzere) irade beyanlarının hiçbir hüküm doğurmaması üzerinde anlaşmış olmaları yeterlidir ("muvazaalı işlem" ile karıştırılmaması gereken "muvazaa anlaşması"). Bu anlaşma, (daha önce yapılan, aynı anda kurulan yahut daha sonra kurulacak) bir başka işlemi gizlemek "maksadı ile" yapılmışsa, nitelikli muvazaa'dan söz edilir. Fakat, bizzat gizli işlemin sonuçlarının da muvazaa anlaşması çerçevesinde istenip düzenlenmesi, kısaca, söz konusu işlemin muvazaa anlaşmasının içeriğine dahil bir unsur oluşturması söz konusu değildir. Oysa, Fransız Hukukundaki durum farklıdır. Bu hukuk çevresinde, "contre-lettre" deyiimi, hem muvazaa anlaşmasını, hem de gizli sözleşmeyi içine alan bir nitelik taşımaktadır. Zira "contre-lettre" deyiimi ile gerçek durumun görünüşteki sözleşmeden başka türlü olduğunu ifade eden, bir başka deyimle görünüşteki sözleşmeyi "nakzeden" (bozan) gizli anlaşma kastedilmektedir. Buna rağmen, Fransız mahkeme kararları, görünüşteki sözleşme ile gizli sözleşmenin aynı anda yapılması zorunluluğu bulunmadığını kabul etmişlerdir. Yeter ki, daha baştan, muvazaa konusunda taraflar anlaşmış bulunsun (Bkz. Terré/Simler/Lequette, Droit civil, les Obligations, 5. ed., Paris 1993, s. 392, no. 516; Carbonnier, Droit civil, tome 4, Les Obligations, Paris 1992, s. 171, 174; PlanioVRipert/Boulanger, Traite elementaire de droit civil, 4. ed., tome II, Paris 1952, s. 209, 210-211).

33) Örnek olarak bkz. v. Tübr/Peter, § 35, III, s. 294; Lorenz, AT, s. 366; Wiegand, Basler Komm., Art. 18, N. 126; Oğuzman/Öz, 4. bası, s. 109-110; Giger, Bemer Kommentar, VJ/2, 1, 3, Bem 1997, Art. 216, N. 397.

bulunan ikinci bir görüşe nazaran, muvaaznli işlem hiç meydana gelmemiştir, bunda bir „yokluk" söz konusudur³⁴. Gerçekten, sırf "görünüşte kalan" ve her iki tarafça bilerek ve isteyerek hiçbir şekilde hukuki sonuç doğurmamak üzere açığa vurulmuş irade beyanları ile "gerçek" bir işlemin oluşu söylenemez³⁵.

Biz, aşağıda, muvazaalı işlem.in hükümsüz oldu dan veya hüküm do nna gın an soz açma a yetineceğiz. Bu terminin OJının avantaJı, er ı goruşe gore e urumu açt ama imkanına sahip olmasıdır. Zira, kurulmamış işlemler de tıpkı kesin hükümsüz olarak kurulmuş işlemler gibi, daha baştan hiçbir hukuki hüküm ve sonuç doğurmaz.

Her iki görüşe göre de, işlemin muvazaa sebebiyle hükümsüzlüğünü ta- 20
raflar gibi üçüncü kişiler de ileri sürebilir. Hakim, önündeki dava malzeme-
sın en anlaşılan muvaazayı re'sen göz önünde tutabilir.

İsviçre'de, yeni bir akım, muvaazadaki hükümsüzlüğün bakım tarafından re'sen göz 21
önünde tutulabilmesi il.kesine (bizim katılmadığımız) bazı sınırlamalar getirmek istiyor:

- Bir görüşe göre, muvazaa'nın hakim tarafından re'sen gözönünde tutulabilmesi, ancak bunun taraflardan birinin iddiasını desteklemesi halinde mümkün olabilmelidir. Örneğin, davacı veya davalı sözleşmenin (kanuni bir yasağa veya ahlaka aykırılık sebebiyle) kesin hükümsüz olduğunu veya hata sebebiyle iptalini yahut bir satışta alıcı ayıp sebebiyle feshi ileri sürüyorsa, hakim, taraflarca dayanılmamış muvazaayı kendiliğinden göz önünde tutabilmelidir. Böyle bir durum yoksa, muvazaa, hakim tarafından re'sen dik.kate alınamamalıdır³⁶.

- İkinci bir anlayışa nazaran, sırf görünüşte yapılmış bir işlemi davalının sonradan ciddi bir işlem olarak görmesine ve muvazaa iddiasında bulunmaktan vazgeçmesine bir engel olmadığından, hakim hiçbir zaman muvazaayı re'sen gözönünde tutarnamalıdır³⁷.

Bizce, tarafların daha sonra dilerlerse muvazaa konusu işlemi yeniden ve ciddi olarak inşa etmelerine bir engel bulunmamak.la birlikte, sırf davalının görünüşteki işleme dayalı olarak açılmış bir davaya karşı muvazaaya dayanmaması, bakimi b.iç meydana gelmemiş veya kesin hükümsüz sayılan bu işlemdeki sakatlığı re'sen gözönünde tutmaktan alıkoyamaz³⁸.

Nitelikli bir muvazaa'nın söz konusu olduğu durumlarda, görünüşteki 22
işlemin muvazaa sebebiyle hükümsüz olması, gizli işlemi de etkilemez.

34) Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 87, 121, 135; Gauch/Schlupe/Schmid, N. 1019, 1013; Tercier/Ducrest, not 5'de age, s. 7-8, 9; Hürlimann, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, Freiburg Schweiz 1984, s. 49; Keller/Schöbi, s. 194; Bucher, AT, s. 146-147; Kramer, Art. 18, N. 157.

35) Muvazaa halinde taraflarda "hukuki sonuç iradesi" bulunmadığı gibi, olmayan böyle bir iradenin dış dünyaya yansıtılıp yürürlüğe korunası anlamında "beyan iradesi" de mevcut değildir (Gauch/Schlupe/Schmid, N. 1013).

36) Bucher, AT, s. 146, not 109. Yazarın, şekil eksikliği nedeniyle butlan halinde de bu yönde bir görüş ileri sürdüğüne yukarıda (§ 29, N. 7) değinmiştik.

37) Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 129. Ayrıca bkz. Kramer, Art. 18, N. 162.

38) Oğuzman/Öz, 4. bası, s. 110, bu yeni eğilimi eleştirerek, böyle yeni bir hükümsüzlük çeşidi yaratmak için yasal bir dayanak bulunmadığı gibi, pratik bir ihtiyacın da mevcut olmadığını ileri sürüyorlar.

Gizli işlem, taraflarca gerçekten istenen, bu sebeple de ilke olarak geçerli olan bir işlemdir. Ne var ki, *doğrudan doğruya gizli işlemin de geçersiz olması sonucunu doğuracak bir durum varsa* (örneğin gizli işlem ahlaka aykırıdır veya karşı tarafın hilesi sonucu gerçekleşmiştir yahut gizli işlemde kanunun aradığı şekil şartlarına uyulmamıştır), gizli işlem, muvazaa değil, fakat kendisinde mevcut bu gibi geçersizlik sebeplerinden ötürü hüküm doğurmayacaktır.

- 23 Bu konuda, karşımıza çıkan en önemli mesele şudur: Bir taşınmaz satışı bağışlama olarak veya bir taşınmaz bağışlaması satış gibi gösterildiği vakit, görünürdeki işlem.in muvazaa sebebiyle herhangi bir hüküm doğurmayaacağı kuşkusuzdur. Acaba, tapu sicil müdürü önünde resmi şekle bağlanmamış bulunan gizli işlem geçerli sayılabilecek midir?

- Fransız Hukukundan esinlenen bir görüşe göre, taraflar resmi şeklin bahsettiği himayeye görünüşteki sözleşmede bu şekle uyulmuş olması ile kavuşmuş olduklarından, gizli sözleşmeyi şekil eksikliğine dayanarak hükümsüz saymak imkanı kalmamıştır³⁹.

- Tıpkı Alman ve İsviçre Hukuklarında olduğu gibi, Türk Hukukunda da bugün hakim olan görüş şöyledir: Görünüşteki sözleşme muvazaa sebebiyle hüküm doğurmamaktadır. Fakat gizli satış veya bağışlama sözleşmeleri de tapu sicil müdürü önünde resmi şekilde yapılmamış oldukları için hükümsüz sayılacaklardır⁴⁰. Yargıtay da, 7.10.1953 tarih ve 7/8 sayılı İltibadi Birleştirme Kararı ile kabul ettiği bu görüşü defalarca doğrulamıştır o_

- 24 *Kısmi muvazaa* halinde durum nedir? Bunun en önemli örneği, taşınmaz satışlarında tarafların anlaşması ile bedelin düşük gösterilmesidir (Örneğin satış gerçekte 800.000 lira üzerinden yapıldığı halde, resmi senette 200.000 lira üzerinden yapılmış gibi gözükmektedir). Yukarıda belirttiğimiz gibi, bu halde sözleşme tümüyle değil, sadece satış bedeline ilişkin hükmüyle muvazaalıdır. O zaman, ister istemez karşımıza şu soru çıkmaktadır: Bu gibi durumlarda da sözleşmenin tümüyle muvazaalı olması hali için öngörülen (yukarıda açıkladığımız) çözüm aynen uygulanacak mıdır? Bu konuda iki görüş vardır:

39) Bu görüş çeşitli eser ve yazılannda Postacıoğlu tarafından savunulmuştur (Örnek olarak bkz. **Postacıoğlu**, Namı müstear ve muvazaa meseleleri hakkında yeni görüşler, Ord. Prof. Samim Gönensay'a Annağan'dan ayn bası, İstanbul 1955, s. 22. Aynı düşüncede: **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak**, Eşya Hukuku, Cilt 1, 5. bası, İstanbul 1989, s. 439; **Ertaş**, Eşya Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2002, s. 263; **Karayalçın**, Mirasbırakanın muvazaası mı? Tasarruf Özgürlüğü ve Saklı Payın Korunması mı? Ankara 2000, s. 14-15, 56 vd.). Fransız Hukuku için bkz: **Terre/Simler/Lequette**, not 32'de age, s. 395, no. 523.

40) **Kramer**, Art. 18, N. 185; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 111-112.

40a) Örnek olarak bkz. Yarg. HGK., 22.12.1982, E. 979/13-1905, K. 966 (**Karabasan**, TBH, GH, cilt 3, 2004, s. 282 vd.).

- *Borçlar 1-lukuku ilkelerini e o.,- alau hiriuci görüşe göre*, vcrdığımız ömcl.t görünüşteki 200.000 liralık bedel anlđması muvazaa cbcbiyle hüldim doğunnınakta. tarafların gerçek iradesine uyan 800.000 lırlık gizli be-del anla mnsı ise resmi şekle bağlanmamış bulunmaktadır. Şu halde, görünüşteki atış sözleşmesinin bedel dışındaki hükümleriyle 800.000 liralık bedel anlaşmasının birleşmesinden oluşan ve sadece bedele ilişkin hük-mü re mi şekle bağlanmamış bulunan gerçek sözleşme ister istemez şekil ek iklimi sebebiyle hükümsüz sayılmak gerckecektir^{41.42}. Ne var ki, gizli özleşmedek.i şekil eksikliğinin, şartları varsa hakkın kötüye kullanılmac;ı yasağını getiren MK. m. 2/II 'nin yardımı ile düzelmesine bir engel yoktur. Özellikle, her iki tarafın da durumu bilerek ve kendi istekleriyle borçlarını tam olarak veya bununla bir tutulabilecek biçimde ifa etmiş bulundukları ihtimallerde, artık gizli sözleşmenin şekil eksikliğinden ötürü butlanını ileri sürmek imkanı kalmayacaktır⁴³. Taşınmazlarla ilgili olarak tapu sicil mü-dürlüğünde yapılan işlemlerde durumun hemen hemen her zaman böyle

41) Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, bedelde muvazaa kısmi bir muvazaa oluşturduğuna göre, sözleşmenin tamamının geçersiz sayılması bu muvaza türünün niteliğine aykırı düşer {Özkaya, not 29'da age, s. 177}. Bu düşünce yerinde değildir. Görünüşteki bedelin muvazaa, gizli bedel anlaşmasının şekil eksikliği sebebiyle hükümsüzlüğü sözleşmeyi objektif yönden esaslı bir noktasından yoksun bırakır ki, bunun yaptırım sözleşmenin tümüyle hükümsüz kalmasıdır (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/AJtop, s. 412. Ne var ki, bu yazarlar, bedelde muvazaa halinde vergi mevzuatına dayanarak buna bir istisna tanıyorlar. Bkz. aynı eser, s. 412, not 24 ve Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, Eşya Hukuku, cilt I, 5. bası, İstanbul 1989, s. 669-670). Diğer bir görüşe göre (özellikle bkz. **Karabasan**, TBH, ÖBİ, cilt 1, 2002, s. 290-291 ve orada anılanlar), tarafların yapılan sözleşmenin geçerli olacağı konusunda iradeleri tam ve kesin biçimde birleşmiş olduğuna göre, burada bir muva-zaadan ve hükümsüzlükten söz edilemez. Bu düşünceye de katılmıyoruz. Bir defa, bir sözleşmenin geçerli olup olmayacağı konusunda son sözü taraf iradeleri değil kanun hükümleri veya daha genel bir ifadeyle Borçlar Hukuku ilkeleri söyler. Kaldı ki, buradaki geçersizliğin asıl ve doğrudan doğruya sebebi muvazaa değil. muvazaa sonucu ortaya çıkan şekil eksikliğidir. Tarafların, metinde verdiğimiz örnekte. taşınmazın 800.000 lira üzerinden satışı konusunda tam bir mutabakat içinde bulunduklarında hiç kuşku yoktur. Ne var ki, onların varlığı kesin olan bu uyuşması resmi şekle bağlanmamıştır ve bunun sonucu olarak göstermelik 200.000 liralık bedel anlaşması muvaza sebebiyle hükümsüz sayılınca, sözleşmenin en esaslı unsurlarından biri olan bedel unsurunu şek.le uygun bir anlaşma ile tamamlamak mümkün olamamaktadır.

42) Aynı sonuç {tartışmalı olmasına rağmen} Borçlar Hukuku çözümüne üstünlük tanıyan yazarların çoğunluğunca, görünüşteki sözleşmede şahş bedelinin (örneğin bir önalım = şuf a hakkı sahibinin bu hakkını kullanmasına engel olmak amacıyla) gerçek bedelden daha yüksek gösterilmiş olması hali için de kabul edilmektedir (Özellikle bkz. **Jaggi/Gauch**, Art. 18, N. 155; **Tandoğan**, 1/1, s. 238). -Şurasını ekleyelim ki, taşınır bir mala ilişkin olarak yapılrş bir elden bağışlama (BK. m. 237/1), muvazaalı bir şahş sözleşmesi arkasında gizlenmişse, elden bağışlama sözleşmesi kamın tarafından bir şekle bağlanmamış olduğu için, bunu şekil eksikliği sebebiyle geçersiz saymak mümkün olmayacaktır.

43) Bkz. **Tandoğan**, Ul, s. 237; **Karabasan**, TBH, ÖBİ, cilt 1, 2002, s. 291; **Özkayn**, not 29'da age, s. 177; **Eren**, 9. bası, s. 320. Aşağıdaki açıklamalardan anlaşılacağı gibi. bu yazarlardan bazıları her iki görüşe göre de aynı sonuca varılabileceğine işaret ediyor.

olacağı.ve karşılıklı ifa sonucu MK. m. 2/II'nin yardımı ile işlemin geçerlilik kazanacağı. kuşkusuzdur.

İsviçre Federal Mahkemesi, vaktiyle, satış bedelinin bir bölümü daha önce satıcıya fiilen ödenmiş ise, resmi senede sadece geri kalan miktarın yazılmış olmasını yeterli görüyordu. Yüksek Mahkeme daha sonra bu içtihadını terk etmiştir. Resmi senette (fiilen ödenmiş bulunsun veya bulunmasın) satış bedeli tam olarak gösterilmelidir⁴⁴.

- 25 bb - *Vergi mevzuatına dayalı olarak ileri sürülen iki.nci görüşe göre*, tarafları bu şekilde davranmaya iten en önemli husus daha düşük düzeyde tapu harcı ödeme amacıdır⁴⁵. Gerçekten, Harçlar Kanunu'na ekli 4 sayılı ...°Tarife'nin 20/a bendi uyarınca, taşınmazların ivaz karşılığı devirlerinde, *taşınmazın beyan edilen devir bedelinden daha düşük olmamak üzere, emlak vergisi değeri esas alınmak suretiyle gerek devreden gerekse devralan ayrı ayrı binde on beş tapu harcı* ödemek yükümlülüğü altındadır. Bunun gibi, Harçlar K. m. 63 de açık biçimde "*Tapu ve Kadastro harcı, vergi değeri ile* (bununla emlak vergisi değeri kastolunuyor) *mükellef tarafından beyan edilmiş olan değerlerden yüksek olanı üzerinden hesaplanır*" demektedir. Demek oluyor ki, tarafların üzerinde anlaştıktan gerçek satış bedeliyle, taşınmazın emlak vergisi değerinden hangisi daha yüksekse, vergi bu değer üzerinden hesaplanacaktır. Bu ilkelere uyulmadığı ve esas alınması gereken değerden daha düşük bir beyanda bulunulduğu takdirde, aradaki farkı karşılayan harç Vergi Usul Kanununa göre hesaplanan vergi ziyai (kayıbı) cezası %25 oranında uygulanmak suretiyle tamamlanılır, ayrıca gecikme faizi de hesaplanıp tahsil edilir⁴⁶.

44) Bkz. BGE 50.11.145; 87.11.30; 90.11.295. Ayrıca bkz. **Guhl/Koller**, § 15, N. 22.

45) Yerine göre, bu yoldan elde edilecek paranın bir bölümünün mirasçılardan veya alacaklılardan gizlenmesi amacı da ön plana çıkmış olabilir (**Aday**, not 5'de age, s. 54).

46) Maliye Bakanlığının 13.9.2005 tarih ve 25935 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 48 Seri no.lu Harçlar Kanunu Genel Tebliği de açıklanıp eleştirilmek suretiyle, Vergi Hukuku yönünden günümüzdeki durumun açıklanması için bkz. **E. Sağlam**, Gayrimenkul Satışlarında Gerçek Alış-Satış Bedelinin Tapu Harcına Etkisi Yok mudur? 48 No.lu Harçlar Kanunu Tebliği Nasıl Yorumlanmalıdır? Yaklaşım, 2005, sayı 156, s. 105 vd. Anılan yazarın yerinde olarak belirttiği gibi (s. 107), "*Kanunda beyan edilen devir bedeli*" ifadesi yer almaktadır. Bu değer gerçek devir bedelini ifade ettiği kuşkusuzdur. Yoksa kanun koyucunun mükelleflere gerçek devir bedelinden başka bir değeri, yani gerçek alım-satım bedeli dışında bir değeri beyan etme yükümlülüğü getirdiği düşünülemez. Böyle bir anlayış beyan esası ile bağdaşmaz. Bugüne kadar olan tapu harcı uygulamasında da beyan edilmesi gereken değer, gerçek alış-satış bedelini ifade ettiği kabul edilmiştir." -Bu konunun tarihçesi için bkz: **Tandoğan**, 1/1, s. 235 vd.; **Aday**, not 5'de age, s. 56. -Şu noktayı ekleyelim ki, **Özkaya**'nın (not 29'da age, s. 176) ayrıca Tapu Kanununun 29. maddesine de yollama yapmasına katılmak şu bakımdan mümkün gözüküyor ki, bu hüküm 5887 sayılı Harçlar Kanunu ile yürürlükten kaldırılmış bulunuyor (Bkz. **Tunçomağ**, Türk Borçlar Hukuku, cilt II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977, s. 257; **Tandoğan**, 1/1, s. 235).

Bu hükümlerden hareket eden göüii e öre, ver i mevzuatı emlak ver-gisi egennı aşan gerçe e e satış sözleşmesine geçirilmediği ve beyan @ılmediği fakdırde, hır e ersız ı yap ınıru öngörmemek sadece aradaki farkın gecikme faizi de hesaplanma suretiyle cezal olarak tahsi-Tıye yetınme ete ır. u a e, vergi mevzuatının bngorÖüğü u sistem çer-"çevesinde, bedelde muvazaa halinde satışı hükümsüz saymak mümkün değildir. S7. Biz bu göüiişü paylaşamıyoruz. Vergi mevzuatı tapu harçlarını düzenlerken ister istemez geçerli sözleşmeleri model olarak alır, zira geçersiz. bu sebeple de mülkiyet hakkının karşı tarafa geçmesine elverişsiz sözleşmelerden vergi alınması söz konusu olamaz. Sözleşmenin geçerli olduğu varsayımını esas alan ve başka türlü hareket etmek düşünölemeyeceği için zorunlu olarak bu model üzerine kurulan bir sistemi, Borçlar Hukukuna göre geçersiz sayılan sözleşmelere geçerlilik tanımak üzere öngörölmüş bir sistemden dikkatle ayırmak gerekir. Bu ikisi çok farklı şeylerdir. *Vergi Hukuku, bir sözleşmenin geçerli olup olmamasına karar veremez, sadece geçerli sözleşmeleri esas alan bir model üzerinden nasıl ve ne kadar vergi alınacağını, öngörölen kurallara uyulmadığı takdirde yine Vergi Hukukuna i/iş/.in ne gibi yaptırımların (aradaki farkın cezalı olarak ödenmesi, gecikme faizi) söz konusu olacağını düzenlemekle yetinir.* Özel Hukuk sözleşmelerinin ne vakit geçerli, ne vakit geçersiz olacağını belirleyen Hukuk dalı Borçlar Hukukudur⁴⁸. Kaldı ki, vergi mevzuatında öngörölen yaptırımlar "düşük bedelli gerçek (muvazaalı olmayan) satışlarda" da uygulanacağından, bunları muvazaalı işlemlerin hükümsüz sayılmasını önlemeye yönelik hükümler olarak görmek, bu bakımdan da doğru değildir⁴⁹. Bütün bu açıklamaların ışığında, biz, Yargıtay'ın bu görüşü benimseyen yazarlara yollama yapmak suretiyle, bedelde muvazaa halinde (MK. m. 2/11 hükmüne başvurmaksızın) geçersizlik yaptırımını kesin biçimde reddeden kararlarına katılmak imkanını göremiyoruz⁵⁰. Şu halde, Borçlar Hukuku çözümünü esas alan birinci görüş çerçevesinde, tapuda resmi şekle bağlanan karşılıklı

47) Örnek olarak bkz. **Tunçomağ**, not 46'da age, s. 257 (yazar aynı zamanda vergi kanunlarının Borçlar Kanunundan sonra çıkarılmış olmalarına dayanıyor ki, bu gerekçe metindeki açıkJamalanD1J2 karşısında hiçbir değer taşımıyor); **Eren**, 9. bası, s. 320 (yazar aynı zamanda MK. m. 2/II hükmüne de dayanıyor); **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altöp**, Eşya Hukuku, 5. bası, İstanbul 1989, s. 669; **Özkaya**, not 29'da age, s. 176.

48) Ayrıca bkz. Tandoğan, I/1, s. 236.

49) **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, 1 I. bası, İstanbul 2006, s. 304.

50) Örnek olarak bkz. Yarg. 2. HD., 13.10.1988, E. 133, K. 152 (**Uygur**, cilt 1, s. 814). Karara göre "Diğer taraftan doktrinde "kısmı muvazaa" olarak tanımlanan, sözleşmenin konusunda ya da şartlarında (örneğin, bedelin düşük gösterilmesinde) muvazaa yapılabileceği kuşkusuzdur. Ancak sözleşmenin şartlarında (örneğin satış bedelinde) muvazaa sözleşmenin tümünü geçersiz kılmaz ve bu nedenle satışa dayalı tapu kaydının iptalini gerektirmez".

ifa edilmiş sözleşmelerde f\,fl(. m. 2/11 gereği şekil eksikliğine dayalı butlan iddiasına yer kalmadığını kabul etmek çok daha yerinde olacaktır.

Öğretide, ülkemizde çok yaygın olan resmi senette eksik bedel gösterme uygulamasına son vermek üzere, "de lege ferenda" gerçek satış bedeliyle mukayese yapılmaksızın, bir başka anlatımla gerçek satış bedeli tamamen bir tarafa bırakılmak suretiyle, harç hesabının sadece taşınmazın emlak vergi değeri üzerinden hesaplanması sistemi önerilmiştir. Bir kanun değişikliğiyle gerçekleştirilecek böyle bir reform, tarafları düşük harç ödemek amacıyla gerçek satış bedelini gizlemeyi...len alıkoyabilecektir⁵¹.

2. Üçüncü Kişilere Karşı

26 Bizde, Fransız MK. m. 132 I gibi, muvazaanın üçüncü kişilere karşı öne sürülmesini yasaklayan bir hüküm bulunmadığından⁵² ilke olarak, muvazaanın üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebileceği kabul edilmelidir. Ancak, İstisna olarak, aşağıdaki durumlarda muvazaa üçüncü kişilere karşı öne sürülemeyecektir:

27 aa - MK. m. 2/11 uyarınca: Muvazaa'nın üçüncü kişilere karşı öne sürülmesi, hal ve şartlara göre, MK. m. 2/II anlamında bir hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşıyorsa, bu iddia dinlenmeyecektir. İsviçre Federal Mahkemesi, taşınmazını muvazaalı olarak daha sonra evleneceği bir kimseye devredip tapuda onun adına tescil ettiren kişinin (bu durumda mülkiyet gerçekte devredende kalmıştır), yirmi yıl gibi uzun bir süre sonra eşinin mirası, mirasın reddine ilişkin hükümler çerçevesinde iflas usulüne göre tasfiye edilirken, iflas masasına karşı muvazaaya dayanmasını MK. m. 2ff'i'ye aykırı saymıştır. Gerçekten, bütün bu süre zarfında, üçüncü kişilere taşınmazların gerçek durumu hakkında bilgi vermesi gereken tapu kütüğü, onları aldatmak üzere kullanılmış bulunuyordu⁵³.

1, | bb - MK. m. 988 uyarınca: A'nın B'ye muvazaa ile alacağı taşınmazın bir mal iktisadında, B. Üstelik: iktisad: iktisad-veya diğer-bir aynı-hak tesis ederse, iyiniyetli Ü'nün iktisad: iktisad: li-olur. Bu durumda, mal, A'nın elinden kendi isteği ile çıkışından, Ü'nün-iyiniyetle..aY-İhlak iktisad: iktisad: korunur.

29 cc - MK. m. 1023 uyarınca: A, taşınmazını muvazaalı olarak B'ye devredip tapu kütüğünde B adına tescil ettirmekle, gerçekte o taşınmaz üzerin-

51) Bu görüşte: Sağlam, not 46'da age, s. 109.

52) Bu ilkenin sonucu olarak, Fransız Hukukunda, üçüncü kişiler, dilerlerse, görünüşteki muvazaalı işleme dayanabilecekleri gibi (taraflar bu işlemin muvazaa sebebiyle hükümsüz olduğunu onlara karşı ileri sürmek imkanından yoksundur), dilerlerse, görünüşteki işlemin muvazaalı olduğunu beyan edip gizli işlemin esas alınmasını isteyebilirler (Carbonnier, not 32'de age, s. 171).

53) JdT 1947.II.83. Ayrıca bkz. Postacıoğlu, Mukavelelerin üçüncü şahıslara karşı ispat şekli, İÜHFM cilt XIX, 1953, sayı 1-2'den ayrı bası, s.18; Esener, not 6'da age, s. 119 vd.

deki mülkiyet hakkını kaybetmiş değildir. B adına yapılan tescil, yolsuz bir tescil olmaktan öteye geçmemektedir. Ne var ki, B, bu taşınmaz üzerindeki (kendisine ait gözüken) mülkiyeti Ü'ye devrettiği veya Ü yararına sınırlı bir aynı hak k'Ufduğu vakit (örneğin Ü lehine bir ipotek tesis ediliyor), tapu kütüğündeki kayda iyiniyetle dayanan Ü'nün güveni korunur, kısaca Ü aynı hak sahibi olur.

Görüldüğü gibi, üçüncü kişinin iyiniyetinin konunduğu bütün bu gibi durumlarda, onun aynı bir hak iktisap etmesi söz konusudur. Sadece kişisel bir hak kazanan üçüncü kişiler (aşağıda açıklanan BK. m. 18/11 ile ilgili istisna bir yana) iyiniyetli dahi olsalar korunmamıştır. Şu halde, A'nın B'ye muvazaalı olarak devrettiği bir taşınmaz, B tarafından Ü'ye kiralandığı vakit, Ü'nün iyiniyetinin A'ya karşı korunması söz konusu olamaz. Kişisel hak (buradaki örnekte kira hakkı) tapu kütüğüne şerh edilmiş ise, Ü'nün MK. m. 1023'den yararlanabilip yararlanamayacağı çok tartışmalıdır⁵⁴.

dd - BK. m. 18/II uyarınca: Bu hükme göre, yazılı bir borç ikrana dayanarak alacaklı sıfatını kazanan iyiniyetli üçüncü kişilere karşı, (bununla sadece bir kişisel hak elde ettikleri halde) borçlu muvazaa iddiasında bulunamaz. Her ne kadar kanunumuz "iyiniyet" şartını açıkça belirtmiyorsa da, hükümdeki "istinat ile" ("dayanarak") sözcüğü "güvenerek" anlamına kullanılmış olup iyiniyetin varlığını farz eder.

Durumu bir örnekle gösterelim: Borçlu B, sırf A'ya iş hayatında itibar sağlamak amacıyla bir hatır senedi?uzenlemiş ve ona karşı yüz bin lira borçlu olduğunu Oeyan efmışfir. Taraflar arasmdalö ılı kıde, muvazaa sebebiyle, herbangioir alacağın do adığı ku kusuzdur. Ne var ki, A, bu alacağını Ü ye temfikederse (BK. m. 167 vd.), temli-kanında-iyiniyetli olmak kaydı-ile, 'IJ'nün iyiniyeffkorunui- V8, BK. m. 18/II hükmü- gereği B'ye karşı daha ön evcu t o lmayaP:.. b aja ak-hakkma sahip olur.

Hiç kuşkusuz, Ü'nün, BK. m. 18/II'nin yardımı ile B'ye karşı bir alacak hakkı il..-ti-sap edebilmesi için, bu iktisaba engel olan bir başka sebebin bulunmaması gerekir. Örneğin, muvazaalı alacağı ilişkin sözleşme yapılırken B, temyiz kudretinden (ayırt enne gücünden) yoksun idiye, muvazaa ile ilgili olmayan bu geçersizlik sebebi, BK. m. 18/II çerçevesinde Ü lclune geçerli bir alacak baklanın doğmasını engeller⁵⁵.

54) Bu konuda krş. **Piotet**, Les effets typiques des annotations au registre foncier, ZBGR 50 (1969), s. 57; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, 11. bası, İstanbul 2006, s. 198, not 659; **Kocayusufpaşaoğlu**, Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vadi, İstanbul, 1959, s. 195-196 - İsviçre Federal Mahkemesi 18 mart 1978 tarihli kararında (BGE 104.11.176-177), **Homberger** ve **Piotet** den esinlenerek, kişisel hakkın tapu kütüğüne şerh verilmesiyle, hukuki niteliğinde bir değişiklik olmayan bu hakka yan bir aynı hakkın eklendiği görüşünü kabul etmiştir. **Piotet**, yukarıda anılan yazısında (s. 44 vd.) durumu alacak hakkına fer"i olarak (bir yan hak olarak) bağlanan bir rehin hakkına benzetmektedir (Aynca bkz. **Steinauer**, Les droits reels, tome I, 2. ed., Beme 1990, N. 800). Bu görüş kabul edilirse, yukarıda verilen örnekte, kira hakkını tapu kütüğüne şerh ettiren Ü'nün MK. m. 1023'den yararlanabileceği düşüncesi güç kazanacaktır.

55) **KoUer**, Der gute und der böse Glaube im allgerneinen Schuldrecht, Freiburg Schweiz, 1985, N. 598 vd.

- 33 BK. m. 18/II'de sözü edilen yazılı borç ikrarı sebebe bağlı olabileceği gibi ("size ödünç aldığım 100 bin lirayı borçlu bulunuyorum"), sebepten soyut olarak da düzenlenmiş olabilir ("Size 100 bin lira borçluyum")⁵⁶. Tartışmalı olmasına rağmen, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmeden doğan bir alacak hakkının (örneğin bir satış sözleşmesinde satıcının semen veya bir kira sözleşmesinde kiraya verenin kira alacağı) üçüncü bir kişiye devri halinde de (hiç kuşkusuz, bu örneklerdeki satış veya kira sözleşmelerinin muvazaalı olduğu farz ediliyor), BK. m. 18/II uygulama alanı bulur⁵⁷.
- 34 Araya (muvazaa anJaşmasını yapan ilk alacaklının hukuken halefi olan) kötüniyetli bir kimsenin girmesi, iyiniyetli üçüncü kişinin BK. m. 18/11'den yararlanmasını engellemez. Örneğin, yukarıdaki örnekte muvazaalı alacağı A'dan devralan Ü, temlik sırasında kötüniyetli ise (o, alacağın muvazaalı olduğunu biliyor veya bilmesi gerekiyor), Ü'nün, BK. m. 18/II'ye dayanarak B'ye karşı bir alacak hakkı kazanması mümkün değildir. Ne var ki, Ü, aynı alacağı iyiniyetli S'ye devrederse, S, BK. m. 18/11 uyarınca alacak hakkını kazanır⁵⁸. S'den alacağı devralan T'nin ise iyi veya kötüniyetli olmasına bakılmaz, zira T, S lehine mevcut geçerli bir alacağı devralmaktadır. Yalnız S veya T'nin aynı alacağı tekrar Ü'ye devretmeleri halinde, Ü'nün borçlu B'ye karşı alacaklı sayılmasına MK. m. 2 engel olur⁵⁹.
- 35 Çok tartışmalı olan bir mesele şudur: Acaba, BK. m. 18nI, sadece alacağın üçüncü bir kişiye ivazlı olarak devri halinde nti uygulanabilecektir, yoksa ivazlı veya ivazsız her çeşit devir BK. m. 18ff'i'nin kapsamına girer mi?
- = Bir görüşe göre, BK. m. 18/II'nin temelinde şu düşünce yatmaktadı: Kasten gerçek dışı bir görünüş yaratarak üçüncü kişiyi aldatan borçlu, sanki muvazaa yokmuş gibi ifa yükümlülüğü altına sokularak, Ü'nün bu yüzden uğradığı zarar tazmin ebnelidir. Bir zararın tazmini söz konusu olduğuna göre, zarar bulunmayan hallerde BK. m. 18nI uygulanamaz. Şu halde, BK. m. 18/II'nin harekete geçebilmesi ve iyiniyetli üçüncü kişi yararına bir alacak hakkı doğabilmesi için, alacağın temlikinin "ivazlı" (karşılıklı) olması, hiç değilse boşuna yapılmış giderlerin veya yoksun kalınan bir karın mevcut bulunması şarttır. Borçlunun sorumluluğu, bu durumda, üçüncü kişinin zararı ile (ödenen ivaz, boşuna yapılan giderler tutan yahut yoksun kalınan kar) sınırlı olacaktır⁶⁰.
- = Bizim de katıldığımız ikinci bir görüşe göre, BK. m. 18m, muvazaalı alacağın üçüncü kişiye ivazlı veya ivazsız devri arasında hiçbir ayrım yapmamıştır ve alacağın bağışlama sebebiyle iyiniyetli üçüncü kişiye devredilmesi halinde, kasten yaratılan hu-

56) **Koller**, not 55'de age, N. 604; **Ebrenzeller**, Die Simulation von Verträgen nach schweizerischem Recht, Bemer Diss., 1951, s. 32.

57) **Koller**, not 55'de age, N. 607; **EhrenzelJer**, not 56'da age, s. 32; **Kramer**, Art. 18, N. 171; **Jaggi/Gauch**, Art. 18, N. 241. Aksi görüşte: **Becker**, Art.18, N. 30.

58) **Koller**, not 55'de age, N. 615.

59) **Kramer**, Art. 18, N. 173; **Jaggi/Gauch**, Art. 18, N. 253; **KolJer**, not 55'de age, N. 637.

60) **Jaggi/Gauch**, Art. 18, N. 255 vd.; **Bucher**, AT, s. 147 ve not 113.

k"Uki görünüşe rağmen. onun iyiniyetini korumaktın kaçınan düşünce inandırıcı bir gerekçeden yoksundur⁶¹.

BK. m. 18/11, hiç kuşkusuz bir istisna hükmüdür. Ancak "istisnalar dar yorumlanır" esasından hareket eden ve bunların benzer başka hallere de kıyın yolu ile uygulanabilmesini kesin biçimde reddeden düşünce tarzı, geçerliliğini çoktan kaybetmiş bir düşünce tarzıdır. Meselenin çözümü, her defasında, yapılacak değerlendirmelerin sonucuna bağlıdır⁶². Bugün, BK.. m. 18/11 hükmünün, başka durumlarda da kıyas yolu ile uygulama alanı bulabileceği genellikle kabul ediliyor⁶³. Biz, örnek olarak, aşağıdaki halleri anmakla yetiniyoruz:

- Üçüncü kişi, muvazaalı alacağı devralmıyor, fakat bu alacak hakkım içeren yazılı borç ikrarına dayanarak, iyiniyetle, söz konusu alacak üzerinde *sınırlı bir aynı hak* (rehin hakkı veya intifa hakkı) kazanıyor.

- Borçlu B, yazılı bir borç ikrarı ile alacaklı A lehine gerçek (muvazaalı olmayan) bir borç altına girmiş, ancak A bu alacağı *muvazaalı bir alacağın tem/iki, sözleşmesi* ile C'ye devretmiştir. Bu durumda, C alacaklı sıfahru kazanmamıştır. Ne var ki, C, kendisine ait *gözüken*, gerçekte ise A'ya ait bulunan bu alacağı, *A ile C arasındaki yazılı temlik sözleşmesine güvenen* iyiniyetli Ü'ye devrederse, Ü, BK. m. 18/II'den kıyas yolu ile yararlanarak, B'ye karşı alacaklı duruma geçer.

- B, boş bir senedin altını imzalayıp (*beyaza imza*) A'ya vermiş, A ise, bu senedi (B ile aralanndaki anlaşmaya uymadan) dilediği gibi doldurup, kendisini B 'ye karşı yirmi bin lira alacaklı gibi göstermiştir. A, bu "alacağı" iyiniyetli Ü'ye devrettiği takdirde, Ü'nün iyiniyeti BK. m. 18/II'ye kıyasen korunur⁶⁴.

M. inançlı işlem

1. İnançlı İşlem Kavramı, Çeşitleri, Hukuki Niteliği

a. Kavram

İnançlı işlem (*Fiducia*) denince, bundan, taraflar arasındaki borç ilişkisinde öngöüilen amaca bağlılık saklı kalmak üzere bir hakkı ciddi bi imde ve tam olarak asasına devri anlaşılır. İnançlı işlemin en büyük

61) **Kramer**, Art. 18, N. 175; **Koller**, not 55'de age, N. 614; **Oscr/Schönenberger**, Art. 18, N. 21.

62) **ermann**, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 2. A. Bem 1967, s. 61-62; **Koller**, not 55'de age, N. 639; BGE 88.11.153.

63) Bu konuda, bizim üzerinde dunnadığımız durumları da inceleyen geniş nçıklamalar için özellikle bkz. **Koller**, not 55'de age, N. 640 vd.; **Jaggi/Gauch**, Art. 18, N. 258 vd.

64) Bu sonuç Federal Mahkeme tarafından da benimsenmiştir (BGE 88.11.427).

özelliği, akki devralana, tnraflorca erişil.mek jsteuel l-j'ii.Ji ve ekonomik sonuçların ötesi!Je geçen lll!sJ:lls/bii..jlt.lidarın .sağlanmasıdır⁶⁵. Bir oaşka öeyimle, inanç işlemlerde, izlenen amaçj le bu a!)laca ulaşmak üzere tarafa seçilen vasıta w aiasınca-bmisp tsizlik vardır. Öyle ki, belirli bir amacı elde etmek üzere, bu amacın elde edilmesi için gerekli olan bu'UKi-aiaç yenne, bundan çok daha fazlasını sağlayan bir başka hukuki araca başvurulmaktadır⁶⁶. Örneğin, bir alacağın ödenmesini teminat altına almak üzere, sınırlı bir ayni hak oTan relim hakkına başvurulacak yerde, a acaRTiyrtnmfl--UZerinOelôrnükiyefl1alooaevredildiği- veya b-ir alacağın tansılı içiioirGruseye emsı yet enJ c k Y-erde, alacak oııa devredil-
1 1 , ôğiv tlm-dorum ar.sımıza ç.ıkm.aktadır.

İnançlı işlemin tarafları için "inanan" ve "inanılan" deyimleri kullanılabilir. Biz, kavramJan daha iyi ifade ettiklerini dikkate alarak, "güvenen" ve "güvenilen" deyimlerine üstünlük tanıyoruz. -- -

İnançlı işlemlerde bir nokta büyük önem arz etmektedir: Her ne kadar güvenilene, güvenen tarafından tam hak devrec! 1 mi S ; <Ş rneğin 6ir mal uze- rindeki mülkiyet hakkı geçinlmış ve böylece onun herkese (gerek güvenene gerekse uçuncü7uşilere karşı) ıjialik-Ofriiası sağlanmış ise de, güvenilenin hakları taraflar arasındaki borç ilişkisi ile şu anlamda sınırlanmıştır ki, güvenilen, inançlı olarak elde ettiği hakkı aralarında kararlaştırdıkları sınırlamalara uygun biçimde kullanmayı veza ? ? :: gelince güvenene geri veremeyi taahhüt-etmiş- bulunmaktadır. Görülüyor ki, geçirilen baklan özü sınırlaruruş değildir. Getirilen sınırlama, güvenilenin güvenene karşı üzerine aldığı bazı borçlardan ibaret kalmaktadır.

38

*Men*⁶⁷ ve *Tandoğan*⁶⁸, bütün bu söylenenleri ifade etmek üzere şu tarifi veriyorlar: "İnançlı işlemler, bir kimsenin menfaatinin başkası tarafından korunması veya teminat sağlamak amacıyla ona bazı haklarını ciddi olarak devrettiği, ancak hakları iktisap edenin bunlardan doğacak bazı yetkileri hiç kullanamaması, bazılarını da ancak önceden hak ve halen menfaat sahibi olanın gösterdiği biçimde kullanmak zorunda olması hususunda tarafların anlaştığı işlemlerdir." Yargıtay tarafından benimsenen bir tanım ise

65) **Kramcr**, Art. I8, N. 119; **Fellmann**, Art. 394, N. 62.

66) Bkz. **Regelsberger**, AcP 63, 1880, s. 157 vd. (**Wiegand**, Fiduziarische Sicbenmgs-geschafte, ZBN 116 (1980), s. 539'dan naklen); **Reymond**, Essai sur la nature et !es limites de l'acte fiduciaire, Montreux 1948, s. 22.

67) **Merz**, Legalzession und Aussonderungsrecht gemass Art. 401 OR, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultaten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975, s.451.

68) **Tandoğan**, İnançlı işlemlerde inananın korunması sorunu ve bu sorunun çözümünde BK.. md. 393'ten yararlanma olanağı, Temsil ve Vekalet İlişkin Sorunlar, Sempozyum, İstanbul 1977, s. 73; Tandoğan, II, s. 543-Yukanda **Tandoğan'ın** ifadesi esas alınmıştır. Bu tanım Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından da benimsenmiştir. (HGK., 17.5.2000, E. 2000/2-888, K. 2000/885, **Özkaya**, not 29'da age, s. 60).

şöyledir: "inımçlı sözleşmeler inunanın (itimat edenin) bir hakkını belirli bir süre veyın amnçln inanılunn (mutemedede) gççinncyi, innnılının dn innonnnın emir ve tnlimntJimna göre kullunıp nmnç gerçekleşince veya süre doluncu hakkı tekrar inanana devretmeyi

yüklendiği sözleşmeler olarak tnnımlnnııbilir"⁶⁸¹.

Bu durumda, inançlı işlemlerde şu iki unsuru birbirinden ayınnak gere- 39
kecektir⁶⁹:

Gi?,.ançlı devir işlemi: Burada bir hakkın, inançlı olarak, bir kimseden diğetine geçmesini sağlayan bir tasarruf işlemi söz konusudur.

Omel borç ilişkisi (inanç sözleşmesi, *pactumfiduciae*): Hakkın dev-
nnın hukuki sebebini (*causa*) oluşturan bu sözleşme ile, taraflar karşılıklı
borçlarını, özellikle güvenilenin kendisine devredilen hakkı hangi sınırla-
malara tabi olarak kullanacağını ve ne vakit güvenene iade edeceğini, bir
borç ilişkisi çerçevesinde düzenlerler⁷⁰.

Inançlı işlemleri muvazaadan ayıran en önemli nokta, bunların *ciddi* bir 40
işlem niteliğini taşımasıdır. Bir hak inançlı olarak devredildiği vakit, sırf
görünüşte bir işlem yapılmış değildir. Tam tersine, bu devir her iki tarafça
da (temel borç ilişkisinden doğan sınırlamalar saklı kalmak üzere) gerçek-
ten istenmektedir. Bu yüzden, aşağıda tekrar işaret edileceği üzere, bir iş-
lemin "inançlı" olınası bir geçersizlik sebebi değildir. Ne var ki, inançlı
işlem başka yönlerden (örneğin, şekil eksikliği, ehliyetsizlik, irade bozuk-
luklarının bulunması, kanuna karşı hile vs. gibi) geçersiz olabilir.

İsviçre öğretisinde azınlıkta kalan ve "muvazaa teorisi" diye adlandırılan bir görüşü 41
benimseyen yazarlar, bütün inançlı işlemlerin gerçekte muvazaalı olduğunu iddia edi-
yorlar. Bu düşünce tarzına göre, inançlı işlem olarak nitelenen durumlarda dahi, tarafla-
rın gerçek maksadı, hakkın karşı tarafa devredildiği hususunda bir görünüş yaratmaktan
öteye geçmemektedir, bu sebeple de inanç sözleşmesi gerçekte bir muvazaa sözleşme-
sinden başka bir şey değildir⁷¹. Bu görüş, yerinde olarak eleştirilmiştir⁷². Buna göre, ta-
rafların "inançlı işlem" olarak niteledikleri bir işlemin de, somut olayın özellikleri dik-
kate alınarak gerçekte "muvazaalı" olduğu sonucuna varılabilir. Özellikle bir aynı hak-
kın (örneğin mülkiyet hakkının) inançlı olarak devredildiği ihtimallerde bakılacak olan
husus şudur: Hakkı kazanan kimse, devredilen hakka bağlı esaslı yet.kileri bizzat kendi
değerlendirme ve iradesine göre kullanabilecek durumda mıdır, yoksa hiçbir özerkliğe

68a) Yarg. 1. HD., 30.10.2000, E. 2000/2988, K. 2000/13223 (Özkaya, not 29'da age, s. 96).

69) Bkz. **Kramer**, Art. 18, N. 124.

70) Bazı hukukçuların inançlı devrin arkasında yatan temel borç ilişkisini, "temel işlem" ve "inanç sözleşmesi" diye iki grupta toplamasına (bkz. **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 1024 vd.), bunda bir yarar görmediğimiz için katılamıyoruz (Aynca bkz. not 69'da anı-
lan **Kramer**).

71) Bu görüşte olan yazarlara örnek olarak v. **Bürnen** (s. 174) anılabilir. Muvazaa görüşü hakkında ayrıca bkz. **Tandoğan**, II, s. 546-547.

72) Bu eleştiriler için bkz.: **Jaggi/Gauch**, Art. 18, N. 204 vd.; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 1031; **Kramer**, Art. 18, N. 129 vd.

nltü bütün açıklımnlırdı, meseleleri ağırlıklı olarak *saf luariç/i işlemler* **??** mdon ele alncğımız ve *karma inauçlı işlemleri*u dalın yıkındnn incele :nmc 'ini Rehin Hukukunu terk edeceğimiz için, inanç sözleşmesinin hulla-u\1.i niteliğine de sırf saf inonçlı işlemler perspektifinden bakmaktayız. Bu \.onuda hakim olan ve İsviçre Fc<lcrlnl Mnhkcmcsi tarafından da paylaşılan görüş e göre, inanç sözleşmesi, ilke olarak bir vekii/eı sözleşmesi veya , --kilet bell=erl(kcndınc özgtt) bir sözleşme sıfıylırlak gerçkır kı daha isan **?** ncı an ayışa gorc e, una U' anaca ükümler (bu --dcfü kıyas yolu ile vcırttetü eu **?**n.... uştı ü öl.. c lar Kanununun Ye' et üküntleri olacaktır .⁷⁸.

2.Güvenenin Korunması

İnançlı işlemlerde, en önemli problem, karşı tarafa tam hakkı devreden 44
güvnenenin, verdiğini aynen gen alma hakkını tehlikeye düşüren ihtimaller-
de nasıl korunacağı proo emiôir. u pro em örneğin, güvenilenin kendisi-
ne inançlı olarak olarak devredilmiş malı inanç sözleşmesine aykırı olarak
üçüncü bir kişiye satıp mülkiyetini geçirmesi halinde ortaya çıkabileceği
gibi, güvenilenin iflası halinde de çok ciddi bir görünüm kazanır. Aşağıda❖
inanç sözleşmesine dayanarak, güvenilene devrettiği hakkı eri alma husu-
sun a sa ece orç 1 iş sin en oğan şise nıs 1 ır akka sahi bulunan
güvnenem, ne gibi durumlarda ve ne şekilde ko ru:labilece.ği ana hatları ile
goz en g..❖ me e ır:

❖ s. BK. m. 41/II'ye Dayanan Koruma

Güvenilen, mülkiyeti inancılı olarak kendisine g?cınJen...malı üçüncü bir kişiye satış, bağışlama vs. gibi bir sözleşmeye dayanarak devreder Y-ahut bu --inat::Uzerinde üç.üncü kişileliniunorlililir-a.y.nılak_k:urarsa_üçlincü kişinin malik veya sınırlı aynı 11ak sahib ol?cağı.nda_kuş,l<Q oktur. Üstelik, bu hakkı ona devreden veya onun lehine kuran kişi (güvenilen) tasarrufa yetkili bir maille statüsünde olduğundan, üçüncü kişinin i i ve a kötüniyetli olmasının da bir rol? o?aya?ajettir. Bu c!_uruında gt!_:\:_?ni!!, ilke olarak, üçüncü kişiye karşı bir talep hakkına sahi olmad-ı sonucuna varmak ge-
• s sna o arak, üçüncü kişi, inancılı devirden haberdar olduğu ve gü-

77) **Gaub/Schluep/Schmid**, N. 1025; **Fellmann**, Art. 394, N. 65; **Weber**, Basler Kornm., Art. 394, N. 11; **Jaggi/Gaub**, Art. 18, N. 194; **Tandoğan**, 11, s. 545; **Eren**, 9. bası, s. 331; BGE 99.II.396; 85.II.99.

78) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da (bkz. yukanda not 68) bu konuda "Bu tür işlemler vekalet veya vekalet hükümlerinin uygulanacağı vekalet benzeri, kendisine özgü yapısı olan bir sözleşme olarak nitelendirilebilir" demektedir. Biz, her ikisine de kıyas yoluyla vekalet hükümleri uygulanabileceği için, "vekalet benzeri işlem" ve kıyas yoluyla vekalet hükümlerinin uygulanabildiği "kendine özgü işlem" görüşleri arasında pratik bir fark göremiyor ve andığımız Yargıtay kararını da bu şekilde anlıyoruz (Krş. Eren, 9. bası, s. 331).

venene zarar vermek kastı ile hareket ettiği, bunun sonucu olarak da BK. m. 41111 hükmünün (ahlaka ayku-ı bir eylem ile başkasına zarar verme) şartlarını gerçekleştirdiği vakit, güvenen üçüncü kişiden tazminat isteyebilecektir⁷⁹. Ne var ki, hakimfo BK. m. 43/I'den yararlanarak aynen tazmine (örneğin, üçüncü kişiye mülkiyeti geçirilen malın ondan alınıp güvenene verilmesine) hükmetmesine bir engel yoktur⁸⁰.

b. Vekilet Hükümlerine Dayanan Koruma

- 46 İnanç sözleşmesi bir vekalet sözleşmesi ve y a vekalet benzeri-Sözleşme sayılınca, vekalet vereni (müvekkili) korumak üzere Borçlar Kanununun 393. maddesinde öngörülen hükümler en doğrudan doğruya veya kıyas yolu ile ourada da yararlanmak imkan dahiline girmektedir.

aa - Güvenenin BK. m. 393/J'de Öngörülen Kammf Temlikten Yararlanması

- 47 Anılan hükme göre,

"Müvekkil vekiline karşı olan muhtelif borçlarını ifa edince, ve/..ilin kendi namı ile ve müvekkil..ili hesabına üçüncü şahıstaki alacağı. müvekkil..ilin olur".

Dolaylı temsil yetkisine sahip olan, bu sebeple de üçüncü kişilerle gerçekleştirdiği hukuki işlemleri kendi adına, fakat vekalet veren hesabına yapan vekillerle ilgili bulunan bu hüküm (tıpkı maddenin diğer fıkraları gibi) inançlı işlemlerde de uygulama alan bulur⁸¹. Bu sebeple, güvenen güvenilene karşı inanç ilişkisinden doğan tüm borçlarını yerine getirince, güvenilenin üçüncü kişilere karşı, kendi adına fakat güvenen için (onun hesabına) iktisap ettiği acaFhakkı kğ--; j Ünfb bir teinlik sonucu kendiliğinden güvenene geç-er.-- - - -

- 48 BK. m. 393/1 hükmü emredici değildir. Şu halde taraflar (güvenen ile güvenilen) anlaşarak bu hükmün uygulanmasını, dolayısı ile kanunî temlikî bertaraf edebilirler. Bizce, bu anlaşma açık olabileceği gibi zımni (örtülü) de olabilir. Örneğin bir alacak, belirli bir süre güvenilen tarafından yönetilmek, özellikle faizleri alınıp belirli bir şekilde değerlendirilmek üzere güvenilenin malvarlığında yer alıyorsa, bu süre dolmadan, bunun BK. m. 393/1 gereği kanunî bir temlikle güvenenin malvarlığına geçmesi inanç anlaşmasının amacı ile bağdaşmaz. Bu durumda, güveneni BK. m. 393/I'e göre kendisine geçen alacağı tekrar güvenilene temlik etme mecburiyeti altına sokmak anlamsızdır.

79) Bu takdirde, inanç sözleşmesini çiğneyerek malı üçüncü kişiye devreden güvenilen ile üçüncü kişi, inanana karşı müteselsilen sorumlu olur (**Tandoğan**, 11, s. 551-552).

80) Bkz. **Tandoğan**, 11, s. 551-552. -İnançlı işlemlerle ilgili olmayan bir olayda, Yargıtay'ın, BK. m. 41/II'ye göre talep edilen tazminatta BK. m. 43/I'den yararlanarak aynen tazmini uygun gördüğü bir karar için bkz.: 13. HD., 7.12.1981, E. 7372, K. 7937 (**Karabasan**, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, c. 2, İstanbul 1989, s. 238, not 278).

81) Hofstetter, s. 136-137; Tandoğan, 11, s. 552 vd.; Tercier, Contrats, N. 4711; Weber, Basler Komm., Art. 401, N. 3, 4; BGE 115.11.471.

TnmOnr, BK. m. 393/I'in, innnc ilişkisi devam ettikçe uygulanmasını önleyen böyle (nçık veya örtülü) bir nlnşını yapmış ise, kununi lemlık, oncnk ıınlarındakl inanç ilişkisinin herhangi bir sebeple (sUrcnin dolması, fesih vs.) son bulduğu nndn gerçekleşecek demektir¹¹².

Burada, kamm ere i üven te ge.ç◆ıkarıda belirtildiği gibi, sadece 49 inanı nnm malvarlığında yer alan miıferit alacak hıak/grıdır. Yoksa, söz kömisü-alncaluafa kaynakolan borç ilişkisi veya bundan doğan yenilik doğuran haklar kanuni temlike konu olmaz⁸³. Şu var ki, sözleşmeye dayalı alacağın devrini düzenleyen BK. m. 162 vd. kıyas yolu ile burada da uygulanmak gerektiğinden, borçlu, eski alacaklısına (güvenilene) karşı haiz bulunduğu bütün itiraz ve defileri yeni alacaklıya (güvenene) karşı da öne sürebilir (BK. m. 167)⁸⁴. Örneğin, vekil durumundaki güvenilen, bu vekalet ilişkisi çerçevesinde üçüncü bir kişi (Ü) ile bir satış vaadi sözleşmesi yapmış ve bu sözleşme ile Ü, bir taşınmazını henüz ödenmemiş belirli bir bedel karşılığı vekile satmayı taahhüt etmişse, satışın yapılmasını istemeye yönelik alacak hakkı hiç kuşkusuz güvenilene (vekile) aittir. Şu var ki, BK. m. 393/I'in öngördüğü şart gerçekleşince (güvenen güvenilene karşı aralarındaki inanç ilişkisinden doğan tüm borçlarını yerine getirmiş bulunuyor), bu alacak kanun gereği güvenene geçecektir. Güvenen, Ü'den satışı ve mülkiyetin geçirilmesini talep ettiği vakit, satış bedelinin henüz ödenmemiş bulunması dolayısı ile, Ü, ona karşı ödemezlik (ademi ifa) definde bulunabilir (BK. m. 81).

Hiç kuşku yok ki, güvenen (vekalet veren) BK. m. 393/1 gereği kanuni bir : 4<-endimne-geçtiğini borçluya hıabeı ver-medikçe, temlikten haberi olm◆yanıyjayıetli borçlu, alacaklı olarak bıldığı g:Ovenilene (vekile) yaptığı ödeme ile borcundan kurtulur (HK◆m:-.65). - Görülüyor E-;veldli ff earasındaki inanç ilişkisinin U tarafından bilinmesini istemeyen güvenen, dilerse kamını temlikten Ü'yü haberdar etmemek suretiyle bu gizliliği muhafaza edebilir⁸⁵.

82) Bu açıklamalar için bkz. **Fellmann**, Art. 401, N. 63-65, 67; Art. 394, N. 73; BGE 115.II.472-Farklı: **Engel**, Contrats, s. 487.

83) **Fellmann**, Art. 401, N. 17; **Tandoğan**, II. s. 516-517. -Hakim görüşten ve BK. m. 393/I'ın "alacak"tan bahseden açık sözünden ayrılan **Yavuz'un** (Türk Borçlar Hul'llku, Özel Hükümler, 6. Baskı, İstanbul 2002, s. 630 vd.) sadece alacak hakkının değil, başkası hesabına hareket eden vekilin (güvenilenin) elde ettiği hukuki durumun (yenilik doğuran hakları da içine alarak) tümüyle vekalet verene (güvenene) geçtiği ve bu yoldan üçüncü kişiyle vekalet veren (güvenen) arasında doğrudan bir hukuki ilişki kurulduğu şekJindeki görüşü isabetli olmaktan uzaktır.

84) **Bucher**, BT, s. 234; **Fellmann**, Art. 401, N. 70; **Weber**, Basler Komm., Art. 401, N. 11; BGE 99.II.339.

85) Bu durumda, onun, kanuni temlikin borçluya bildirilmemesi hususunda vekiline talimat vermesi çok yerinde olur. Ayrıca bkz. **Tandoğan**, II, s. 556.

Güvenilen iflas ettiği takdirde, güvenen BK. m. 393/J uyarınca gerçekleşen kanuni temlik iflas masasına karşı da ileri sürebilir (BK. m. 393/II).

- 51 Bu konuda şöyle bir ayırım yapılabilir⁸⁶.
 = İflas açılmadan BK. m. 393/I'nin şartları gerçekleşmişse, alacak, müflis durumundaki vekilin malvarlığında yer almadığından iflas masasına hiç girmeyecektir.
 = Vekilin iflasına karar verildikten sonra, güvenenin kanuni temlik iflas masasına karşı ileri sürebilmesi için, vekile (güvenilene) karşı olan borçlarının (hiç şüphesiz iflastan sonraki dönemde) ona değil, iflas masasına ödenmiş bulunması gerekecektir.
- 52 Aynı hükmün, kıyas yolu ile, inancılı vekilin haciz koydurmuş alacaklılarına karşı da uygulanması mümkündür⁸⁶⁰.

bb - Güveni/enin iflas etmesi halinde, güvenenin, vekilin kendi adına ve güvenen hesabına iktisap ettiği taşınır malları iflas masasından ayırma hakkına sahip olması (BK. m. 393/III)

- 53 Dikkat edileceği gibi, bu hüküm sadece taşınırmlarla (menkullerle) ilgilidir. Taşınmazlar, BK. m. 393/III'ün uygulama alanı dışında bırakılmıştır.

Bunun neden dolayı böyle olduğu hususunda iki görüş vardır:

- Yaygın olan birinci görüşe göre, tapu kütüğünün sağladığı genel güven vekalet verenin menfaatlerine nazaran daha ağır bastığı için, kanun koyucu, vekil adına tescil edilmiş taşınmazları BK. m. 393/III'ün kapsamı dışında bırakmıştır⁸⁷.

- *Fel/mamı* tarafından savunulan ikinci görüşe nazaran, BK. m. 393/III'ün sadece "menkullerden" söz etmesinin nedeni, 1881 tarihli eski İsviçre Borçlar Kanununa ilişkin ilk tasarlarda, BK. m. 393'ü karşılayan hükmün komisyon sözleşmesine ilişkin hükümler arasında yer almasıydı. Komisyon sözleşmesi ise, o tarihte yürürlükte olan İsviçre BK. m. 416'da açık ifadesini bulduğu üzere, sadece "kıymetli evrak" ve "menkul eşya" için söz konusu olabilir. İsviçre'de, daha sonraki tasarlarda, bu hükmün komisyon sözleşmesine ilişkin hükümler arasından çıkarılarak vekalet sözleşmesine ait hükümlere ilave edilmesi sırasında, kanun koyucu taşınmazları da içine alacak bir ifade tarzına başvurmayı unutmuştur. Onun içindir ki, bu görüşe göre *de lege ferenda*, BK. m. 393/III'ün, taşınmazlara da teşmil edilmesi yerinde olacaktır⁸⁸.

- 54 İnançlı vekil, bir borç sözleşmesine dayanarak bir taşınmazın kendisine devrini istemek hususunda bir *alacak hakkına* sahip bulunuyorsa, uygulanacak hüküm BK. m. 393/III hükmü değildir. Örneğin, inancılı vekil üçüncü bir kişi ile (kendi adına fakat inanan hesabımı) yaptığı taşınmaz satış vaadi sözleşmesi uyarınca, ondan satışın yapılmasını ve taşınmazın mülkiyetinin endisine geçirilmesini isteyebilir. Burada, inancılı vekilin, satıcı üçüncü

86) Bkz. **Fellmann**, Art. 401, N. 88, 92 vd., özellikle 94-95.

86a) **Tandoğan**, II, s. 527. İsviçrede aynı çözüm, ihtiyati haciz ve konkordato halleri için de kabul ediliyor (**Fellmann**, Art. 401, N. 133-134; **Weber**, Basler Komm., Art. 401, N. 6).

87) **Gautschi**, Art. 401, N. 6b; **Weber**, Basler Komm., Art. 401, N. 7; **Hoftstetter**, s. 139.

88) **FeUmann**, Art. 401, N. 103-105.

kişiye karşı sadece bir alacak hakla vardır. Bu sebeple, güvenen, yukarıda ??k??tğtmız gibi B??, 1:u. 9.311 ve . çcccçevcsind- Kanun" lt,mliklen yarar-ana i ecek, bu alacağın konusunun bir laşının??z olm?.fil._anılan hükümlerin uygulamalarıifolhiç>ır şel(ıfcfe engel oluşturmayaçakılır.

Hakim olan görüşe göre, BK. m. 393/III'de düzenlenen olguda, üçüncü 55 kişiden (güvenen hesabına olsa bile) vekil adına alındığı için inançlı vekilin mülkiyetinde bulunan, bu yüzden onun iflası sonucu iflas masasına giren bir taşınır mal söz konusudur. İflas Hukuku kurallarına göre, bu durumda, güvenenin inançlı vekile karşı ileri sürebileceği mülkiyetin ker:ıdis inc geçirilmesine ilişkin alacak hakkı bir para alacağına çevrilecek (le. İf. K. m. 198) ve mal iflas usulüne göre tasfiyeye tabi tutulacaktır. Bu sonucu önlemek üzere, BK. m. 393/III hükmü, güvenene, taşınır malı iflas masasından çekip çıkannak suretiyle tasfiyeden kurtaran bir *ayırma hakla* tanımış bulunmaktadır⁸⁹. Ne var ki, kanuna göre, BK. m. 393/I'deki şartı yerine getirmeyen, yani *inançlı vekile karşı olan tüm borçlarını ifa etmemiş bulunan* güvenene karşı, masa'nın (tıpkı bizzat vekil gibi) hapis hakkı saklıdır⁸⁹. Görülüyor ki, BK. m. 393/III'deki hakkın kullanılması da, BK. m. 393/I'deki şartın yerine getirilmiş olmasına bağlıdır⁹⁰.

Güvenilenin (vekilin) üçüncü kişiden elde ettiği *para* onun malvarlığı ile kanşaca- 56 ğından, bu ihtimalde, BK. m. 393/III'e dayalı bir ayırma hakkından söz edilemez. Şu var ki, bu paranın (sadece bu parayı muhafaza etmek üzere açılmış ayn ve özel bir banka hesabına yatırılmış olması örneğinde olduğu gibi) malvarlığı içinde bireyselliğini koruduğu durumlarda BK. m. 393/III uygulanabilir⁹¹.

89) Maddedeki "istihkak" sözcüğü, bakım görüşe göre, ayırma hakkı (*Aussondenungsrecht*) karşılığı kullanılmıştır. Bu hükmün kapsamına giren olguda, güvenenin bir mülkiyet hakkına değil, sadece (mülkiyet hakkına dayanmacılığı için "düzensiz, irregular" olarak adlandırılan) bir ayırma hakkına sahip bulunduğu hakkında bkz. **Fellmann**, Art. 401, N. 97; **Hofstette**?, s. 134, 139; **Weber**, Basler Kom.rn., Art. 401, N. 12 vd.; **Tandoğan**, II, s. 512 vd.). -üncülüğünü Türk Hukuku açısından **Yavuz'un** (not 83'de age, s. 652 vd.) yaptığı (hiçbir şekilde katılmak imkanım göremediğimiz) diğer bir görüş, inançlı vekilin kendi adına fakat güvenen hesabına iktisap ettiği taşınırlar üzerinde, güvenenin sadece bir ayırma hakkım değil, doğrudan doğruya mülkiyet hakkını kazanmış ileri sürmektedir. Bu sonucun gerçekleşmesi için, ayrıca BK. m. 393/I'de öngörülen şanın yerine gelmesinin zorunlu olup olmaçlığı ise, bu görüş taraftarları arasında tartışmalıdır.

89a) Metinde ifadesini bulan ve güvenene sadece bir "ayınna hakkı" tanıyan ha.kim görüş çerçevesinde, BK. m. 393/III, c. 2'de sözü geçen hapis hakkının, bu hakkı kullanan vekil esasen bu mala malik olduğu, oysa bir kimsenin kendi malı üzerinde hapis hakkına sahip bulunamayacağı gerekçesiyle, MK. m. 864 çerçevesinde gerçek anlamda bir hapis hakkı sayılamayacağı hakkında bk.z. **Fellmann**, Art. 401, N. 118-119; **Tandoğan**, II, s. 504, 540.

90) **Fellmann**, Art. 401, N. 121; **Tandoğan**, II, s. 539. -BK. m. 393ffil'de öngörülen ayırma hakkının, kıyas yolu ile, haciz, ihtiyati haciz ve konkordato hallerinde de kullanılabilmesi hakim görüş tarafından kabul ediliyor (**Fellmann**, Art. 401, N. 133-134).

91) **Weber**, Basler Kom., Art. 401, N. 14 vd.; **Tandoğan**, II, s. 536.

- 57 Gerek BK. m. 393/I-II'de düzenlenen kanuni temlik, gerekse BK. m. 393/III'de düzenlenen ayırma hakkı bakımından son derece tartışmalı olan mesele şudur: Kanundaki düzenleme tarzına göre, kanuni temlikin konusu, *gi'frellilelli11 doğn,dan doğruya üçüncii kişiye karşı elde ettiği (güvenen tarafı11da11 kendisine devredilmemiş bulunan) bir alacak hak/ı..ıdır*; ayırma hakkında ise, yine güvenilenin *üçüncii kişiden iktisap ettiği taşınır bir mal* söz konusu olmaktadır⁹². Acaba, kanunda bu yolda bir açıldık olmamasına rağmen. *bizzat güvenendeu (vekalet verenden) elde edilen taşınır mal ve alacaklar hakkında da BK. m. 393'de yer alan hükümler uygulanabilir mi?* Özellikle, inançlı olarak bir malın devri söz konusu ise, bu malın bizzat güvenen tarafından güvenilene devredilen bir mal olması, belki de uygulamada üçüncü kişilerden inançlı olarak elde edilen mallara nazaran çok daha sık karşımıza çıkan bir ihtimal sayılabilir.

İsviçre öğretisindeki çoğunluk ve Federal Mahkeme, bu meselede olumsuz görüşe üstünlük tanıyor ve bu gibi hallerde BK. m. 393'ün uygulanmasına, maddenin bugünkü şeklinin imkan venediğini kabul ediyoi-⁹³. Biz ise, son zamanlarda gittikçe daha fazla taraftar toplayan görüşle birlikte, BK. m. 393'ün, bu gibi durumlarda, hiç değilse kıyas yolu ile uygulanabilmesi düşüncesindeyiz. Gerçekten, güvenilenin (vekilin) malvarlığında bulunan taşınır ve alacaklar arasında, bunların *kökenine*, yani *kimden iktisap edildiklerine* bakarak bir ayırım yapmanın hal<lı ve inandırıcı bir gerekçesi yoktur⁹⁴.

3. İnanç Sözleşmesinin Açık Veya Gizli Olabilmesi

- 58 Eskiden, ayn ve kendine özgü (*sui generis*) bir inanç sözleşmesinin varlığı büyük tereddüt ve tartışmalara yol açıruşken⁹⁵ artık sözleşme serbestisi

92) BK. m. 393/III'de yer alan "vekilin kendi namına ve müvekkili hesabına iktisap eylemiş olduğu menkul eşya" ibaresi, üçüncü kişiden yapılacak bir iktisabın öngörüldüğünü gösterir, zira vekilin vekalet verenden "kendi adına, fakat vekalet veren hesabına" bir mal iktisap etmesi anlamsızdır. Buna karşı, alacak hakları bakımından, BK. m. 393/I'deki "vekilin kendi namına ve müvekkili hesabına üçüncü şahıstaki alacağı" ibaresi, BK. m. 393ml'dea farklı olarak, alacağın "iktisap" edilmesinden söz açmadığı için, vekalet verenin vekile inançlı olarak devrettiği alacakları da kapsamına almaya elverişlidir. Zira, böyle bir alacak dahi, vekilin üçüncü kişiye karşı kendi adına fakat vekalet veren hesabına sahip bulunduğu bir alacak statüsündedir. Derhal belirtelim ki, bu yorum tarzı, BK. m. 393/III'ü karşılayan İsviçre BK. m. 401/I için geçerli değildir. Çünkü orada, vekilin üçüncü kişiye karşı, kendi adına ve vekalet veren hesabına "iktisap ettiği" alacaklardan bahsedilmektedir.

93) İsviçre'de her ilci görüşe taraftar olanların bir listesi için, aşağıda anılan Federal Mahkeme karar yanında, özellikle şu esere bakılabilir: **Fellmann**, Art. 401, N. 35-36, 115-116; BGE 117.IT.431-432.

94) Aynı düşüncede olanlara örnek olarak bkz. **Jaggi/Gauch**, Art. 18, N. 200; **Tandoğan II**, s. 534-536; **Weber**, Basler Komm., Art. 401, N. 5; **Bofstetter**, s. 137-138.

95) **Krş Jaggi/Gauch**, Art. 18, N. 193 vd.

ilk sinden (BK. m. 19) hareket ederek böyle bir sözleşmenin varlığını kabul eden eğilim gittikçe daha nğır basmakta, Yargıtayın da bu eğilime katıldığı görülmel-tedir⁹⁶. Bu duruma göre,

- Taraflar isterlerse, aralarında "inan sözleşmesi" bn - a da bir sözleşme uzan eyp, unu taşınmazlarla ilgili olduğu zaman) tapu sicili müdürlüğüne ibraz edılır. Boy e bir sözleşmeye dayalı olarak mülkiyet de, reditiyo a--:-güveni en adına tescilin yapılması gerekir. Tapu Sicili Tüzüğü 1 l/II'nin tescil talebinden bahsederken, "İstem, tescili bozucu veya hüliimsiz J...-ılıcı kayır l'e şarta bağlanamaz" diyen ifadesi buna engel değildir. Z❖ adına tescilin yapılacağı güvenilenin, belirli olaylar gerçekleşince, taşınmazı geri vermek hususunda sadece mukabil bir borç altına giniş olması, "t❖cili bozucu veya hüliimsiz kılıcı bir kayıt veya şart" sayılamaz⁹⁷.

- Güveni/enin, taşınmazı "venelldeIJ deJJJ: aldığı duuum/arda tarafların 59
nn ç,o e a inarç sözleşmesini _gi?;i, tutmay tercih etmeleri büyü< _ihtimal
öaffi in ec.fir. Bunun gibi, tapu sicil müdürlüğünde işlem yapmaya sı.ra gel-
ffığı vakıf, rınarç sözleşmesi"nin tescile esas olacak.bir-hukuki sebep ola-
ralf yeterince tanınmaması dolayısıyla, onların bazı güçlükleri❖ karşılaş-
mal'tan-çekinmeleri de söz konusu ôlabilir. O zaman, inanç sözleşmesi
yerineôir başka sözleşme (örneğin satış sözleşmesi) düzenlenir ve tescilin
görünüşteki bu sözleşmeye dayanarak yapılması istenir. Bu durumda, görü-
nüşteki sözleşme (verilen örnekte satış sözleşmesi) muvazaa sebebiyle,
gizli inanç sözleşmesi ise (taşınmaz mülkiyetinin devri borcunu doğurduğu
için) resmi şikle uyulmamış olması dolayısı ile hükümsüz olur (MK m.
706/1)⁹⁸.

Öğretideki yeni bir eğilim, hiç değilse tarafların üçüncü kişileri aldatmak maksadı ile hareket etmedikleri durumlarda, sözleşmenin yanlış nitelendirilmesinin söz konusu olacağını (onlar genellikle "inançlı işlem" kavramını bilmedikleri için "satış" deyimini kullanmışlardır), taşınmazlarla ilgili işlemlerde tarafların gerçek iradelerine uyan inanç sözleşmesini, bunu şekil eksikliği sebebiyle batıl saymaksızın, "fa/sa demonstratio 11011 nocet" (yanlış belirtme zarar vermez) kuralını (BK m. 18/1) resmi satış senedine uygulayarak kurtarmanın mümkün olduğunu savunuyor; yeter ki, mülkiyet

96) Bkz. Öztürk, İnançlı İşlemler, Ankara 1 998, s. 38 vd.; Özkaya, not 29'da age, s. 26; Özmen/Özkaya, not 1 de age, s. 444; HGK, 13.5.1982, E. 1992/14-249, K. 1982/323; HGK 23.5.1990, E. 1990/1-202, K. 1990/315 (Özmen/Özkaya, s. 460-461 ve aynı eserde s. 461 vd. da yer alan diğer kararlar). Yargıtay 1. HD.nin 13.4.2004 tarih ve E. 2004/964, K. 2004/4244 sayılı kararına göre de "Mer'i hukuk sistemimizde herhangi bir düzenleme olmamasına karşın, inanç sözleşmelerinin yukarıda değinilen ilkeler çerçevesinde uygulama yeri bulan kendine özgü bir müessese olduğu, öğreti ve uygulamada kabul edilegelen bir olgudur" (YKD 2005/8, s. 1193).

97) Buradaki gibi: Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, not 54'de age, s. 305 vd.

98) Jiggi/Gauch, Art. 18, N. 195-196.

devrinin inançlı işleme dayalı olarak yapılmak istendiği resmi senetten anlaşılabilir. Yargıtay da, eskiden bir alacağa teminat sağlamak amacıyla yapılan taşınmaz satışı sözleşmelerini muvazaalı sayıyordu. Buna göre, görünürdeki satış işlemi muvazaa, gizli (alacağa bir teminat teşkil etmek üzere mülkiyetin inançlı olarak alacaklıya geçirilmesine yönelik) sözleşme ise şekil eksikliği sebebiyle geçersizlikten kurtulamıyordu. Yüksek Mahkeme sonradan bu görüşünü değiştirmiştir. Artık istikrar kazanan ve bundan böyle *sadece teminat sağlama amacına yönelik inançlı işlemlerle sınırlı kalmayan* Yargıtay kararları uyarınca, aşağıda sözünü edeceğimiz 5.2.1947 tarih ve 20/6 sayılı İttihatı Birleştirme Kararı gereği, *yazılı delil ile ispat edilmek kaydı altında*⁹⁹ tüm inançlı işlemler geçerli sayılmaktadır. Önemle belirtelim ki, Yüksek Mahkeme bu kararların bazılarında açık biçimde "yanlış belirtme zarar vermez" kuralını (BK. m. 18/I) esas almakta ve klasik öğretilerde inançlı işlemleri "muvazaa-şekil eksikliği-geçersizlik" görüşünün kıskacından kurtarmak isteyen yeni eğilime katılmaktadır¹⁰¹. Ancak Yüksek Mahkeme, yeni öğretilerden daha ileri giderek, inançlı devir amacının resmi senetten anlaşılması zorunluluğunu aşmakta ve resmi senet dışında yazılı bir delil getirilmesini yeterli bulmaktadır¹⁰². Bizce, bu anlayış

-
- 99) **Kramer**, Art. 18, N. 131-132; **Reymond**, not 66'da age, s. 34-35; **ZeUer**, Basler Komrn., 1. A., Art. 18, N. 18. Ayrıca bkz. **Özsunay**, Türk Hukuk'unda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, İstanbul 1968, s. 100-101. -Resmî şekle bağlı borç sözleşmelerinde "falsa demonstratio non nocet" kuralının uygulanabilmesine ilke olarak karşı: **Schmid**, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, Freiburg Schweiz, 1988, N. 863 vd.
- 100) Özellikle bkz. **Özmen/Özkaya**, not 1'de age, s. 444, 448; **Özkaya**, not 29'da age, s. 42-43. Şurasını ekleyelim ki, sözleşmeye taraf olan kişinin bir hukuki işleme dayanmak suretiyle senede karşı yaptığı savunmaların yine senetle ispat edilmesi zorunluluğu gerçekte HUMK. m. 290 hükmüne dayanır. (Ayrıca bkz. **Kuru**, cilt II, s. 2325, 2365).
- 101) örnek olarak anacağımız Yargıtay 1. HD'nin 24.4.1992 tarih ve E. 1992/2167, K. 1992/5331 sayılı kararında şu satırlara rastlanıyor: "... öğretilerde ve bir kısım yargı kararlarında ..inançlı işlem" olarak nitelendirilen ilişkide tarafların amacı, mülkiyetin teminat için temlikidir. Geçerli olan bu temlik ile bir kimse bir mal üzerindeki mülkiyet hakkını, mülkiyeti devretmiş olmak için değil de, sırf bir teminat göstermek için alacaklıya devretmektedir. İnançlı işlemde, inanılan kimseye mülkiyetin geçirilmesiyle sınırsız bir yetki tanınmakta, fakat inanç anlaşması onun bu yetkisini sınırlamaktadır. Aralarındaki anlaşma gereğince, amaca ulaşıncaya, yani alacağını tahsil edince de alacaklı, mülkiyetini kazanmış olduğu şeyi sahibine geri vermek yükümlülüğü altına girmektedir. Somut olayda, davacı, davalı ile aralarında yukarıda belirtilen anlamda bir akdi ilişkinin mevcudiyetini ileri sürmüş, 8.1.1991 tarihli inanç sözleşmesini de ibraz etmiştir... *Borçlar Yasasının 18. maddesinde öngörüldüğü anlamda akitteki gerçek ve müşterek amaçları satış değil de teminat için temlik olan ve akdin koşullarını inanç sözleşmesi ile belirleyen tarafların, karşılıklı yükümlülük altına girdikleri 8.1.1991 günlü protokol başlıklı belgeden anlaşılabilir...*" (**Özmen/Özkaya**, not 1'de age, s. 463 vd.).
- 102) Yüksek Mahkemenin bazı kararlarında, getirilecek yazılı delilin sözleşmeye taraf olanlarca imzalanmış ve en geç resmi işlem tarihinde düzenlenmiş bir delil olması aranmaktadır (Yarg. 1. HD., 20.5.2003, E. 4205, K. 6017, **Özkaya**, not 29'da age, s. 84; 1. HD.,

(birnz zorlamayla elde edilmiş olsn bile) clnhu gerçekçi, haksızlıkları önle-
me bñkımından daha etkili ve sonuç olurnk (hukuk tekniği yönünden ya-
pılınıısı düşünölebilecek bütün itirazlnra rağmen) uygulamanın ihtiyaclarına
dnlı uygundur.

Ynrgıtny kamrlann:ı göre, yazılı delil ibraz edemeyen ınraf, yozılı delil başlangıt:ı nı-
teliğindeld bir belgeyi şnhit ifadeleriyle ve diğır delillerle tñmñmlayarak da ispat külfı-
nını yerine getirebilir¹⁰³. Bunun gibi, "yemin" vcyn "ikrar" yoluyla da sözleşmenin ger-
çekle bir inanç sözleşmesi olduğı ispat edilebilir¹⁰⁴. Ne var ki, Yargıtıyda belırcn yeni
bir eğilim, yazılı delil kuralını sadece bir ispat şartı değıl, aynı zamanda geçerlilik şartı
olornk anl:ımokta ve buna dayanarak Yarg. 1. HD.nin, 3.6.2003 tarih ve E. 5037, K.
6687 sayılı knrarınd:ı aynen şunlar kaydedilmektedir: "İnanç sözleşmesinin ... niteliğı
gereğı tamf yemininin çekışmeli taşınmazın tcmliki tarihinde olması şart kılınan söz-
leşme yerine hüküm ve sonuç doK,'l.lracacağı ve mülkiyetin naklinin sebebi sayılacağı söy-
lenemez. Aksi halde, tapulu taşınmazların nakli bakımından yasanın öngördüğü zorunlu
şçldl koşulunun yemin delili ile aşılması sonucunu doı,urur. İçtihadı Birleştirme Karar-
lannın konulan ile sınırlı olarak çerçevesi genişletilmeden uygulanmasının yerinde ola-
cağı da düşünölmelidir"¹⁰⁵. Görölüyor ki, bu yeni eğilime göre, yazılı bir Laahbüt ibraz
edilmediğı sürece, "yazılı delil başlangıcı", "ikrar" veya "yemin"e dayanarak sonuç al-
mak mümkün olmayacaktır¹⁰⁶. Bizce, meseleyi şöyle ele almak gerekir: Taraflar arasın-
daki taşınmaz devrine ilişkin sözleşme daha baştan açık biçimde inanç sözleşmesi ola-
rak düzenlenseydi, bu sözleşmede yalnız güvenenin güvenilene malı devir borcu değıl,
şartlan gerçekleşince güvenilenin de taşınmazı güvenene geri venne borcu resmi şekle
uyulmak suretiyle yer alacaktı. Bunun sonucu olarak, güvenilenin malı geri vermek için
tapuda yeni bir resmi senet düzenlettinnesine gerek kalmayacaktı. Sözleşme bir satış
sözleşmesi tarzında düzenlendiğı vakit, sadece güvenenin taşınmazı devir borcu açık
biçimde resmi şekle bağlanmış olmakta, güvenilenin zamanı gelince aldığı malı geri
verme taahhüdü sözleşme metninde gözükmemektedir. Yukanda belirttiğimiz gibi,
"yanlış belirtme zarar vermez" kuralı (BK. m. 18/1) çerçevesinde bu sözleşme bir inanç

13.4.2004, E. 2004/964, K. 2004/4244, YKD. 2005/8, s. 1195). Bizce, yazılı delilin "en
geç resml işlem tarihinde düzenlenmiş" olmasını aramak şu bakımdan soru işaretlerine
yol açıyor ki, aşağıda göreceğimiz gibi, Yargıtay ikrarı da bir delil olarak kabul etmel-
ledir. Bu durumda, resmi işlem tarihinden kısa bir süre (örneğin iki gün) sonra, tarafların
gerçek durumu açıklamak üzere irnzaladtklan bir protokol dikkate alınmayacak, buna
karşı aradan iki yıl geçtikten sonra açılan davada, davalının gerçekte bir inançlı işlemin
söz konusu olduğunu ikrar etmesi ise delil olarak kabul edilebilecektir. -Aynca k:rş.
arg. HGK., 24.2.1999, E.14-63,K.117 (Uygur, cilt 1, s. 925).

103) Örnek olarak bkz. Yarg. HGK., 28.12.2005, E. 2005/14-677, K. 2005/774 (YKD.
2006/3. s. 367 vd.); HGK., 17.10.1990, E. 1990/14-325, K. 1990/492 (Özkaya, not
29'da age, s. 78).

104) Örnek olarak bkz. Yarg. 1. HD., 7.5.2003, E. 4766, K. 5501: "Ancak dava dilekçesin-
den açıkça veya "vs.; ya da sair deliller" denilmek suretiyle yemin deliline de dayanıl-
dığı anlaşıldığı takdirde, bu delillerin (yeminin) kullanılması engellenemez.
5.2.1 947 tarih ve 20/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Karannın nam-ı müstear (iğreti ad)
davalannın yazılı delille ispat edilebileceğini öngörmesi, inançlı sözleşmelere dayalı
davalarda yemin delilinin kullanılamayacağı anlamına gelmez. Yasal delil ve ispat
aracı olarak taraf yemini, yargılamanın her aşamasında kullanılabilen bir nitelik taşı-
• (Özkaya, not 29'da age, s. 86). -İkrar yoluyla inançlı işlemin ispat edilebileceğı hak-
da bkz. Yarg. HGK., 13.5.1992, E. 14-428, K. 323 (Uygur, cilt 1, s. 917).

105) Özkaya, not 29'da age, s. 79.

106) Bu görüşe karşı: Özkaya, not 29'da age, s. 44-45.

sözleşmesi olarak yorumlanabildiği zaman, ister istemez, fiilen gerçek. İçmiş resmi şekil çerçevesinde açığa vurulmuş irade beyanlarının gerçekte hangi noktada uyuşmuş bulunduğu ortaya çıkar, yani "satış" adı altında yapılan fakat inançlı işlem olduğu anlaşılan bu sözleşme, güvenilirinin belirli şartlar gerçek. İçince aldığı malı geri verene taahhüdünü de içeriyor sayılır. O zaman, bu ihtimalde de, malı güvenene geri vermek için re."mi şekilde yeni bir sözleşme düzenlenmesine gerek kalmaz. Ne var ki, açık biçimde geri verme borcunu içermeyen böyle bir sözleşmeye dayanarak işlem yapmayı hiçbir tapu sicil müdürü (kendi açısından çok haklı olarak) kabul edemez. İkinci bir resmi senet düzenlettirmenin getireceği külfetleri göze alamayan taraflar, bu gibi durumlarda anlaşp, güvenilen aleyhine açılacak bir ifa davasını ikrar veya yemin yoluyla sonuca bağlatmayı ve kesinleşmiş mahkeme kararna dayalı olarak tapuda işlem yaptırmayı tercih edebilirler. Bu durumda, kanunun öngördüğü resmi şekil şartının ikrar veya yemin yoluyla aşıldığından söz etmeye şu bakımdan imkan yoktur ki, resmi satış sözleşmesi BK. m. 18/1 çerçevesinde bir inanç sözleşmesi olarak yorumlanıp anlaşılabiliriyorsa, esasen geri verme borcu da bu sözleşme içinde yer alıyor demektir. Hiç kuşkusuz, mahkemenin yaptığı incelemeye dayanarak bu sonuca varmasıyla, böyle bir incelemeye yer bırakmayan "ikrar" ve "yemin" gibi yollardan sonuç alınması tam aynı şey değildir ve yerine göre kötüye kullanmalara imkan hazırlayan bir yöntemdir. Her halde hiç gözden kaçınılması gereken nokta şudur ki, alıcının belirli şartlar gerçekleşince aldığını geri verme borcu, geçerliliği şekle bağlı *ayrı bir taahhütten* değil, doğrudan doğruya ve sadece taraflar arasında resmi şekle uyularak satış şeklinde düzenlenmiş sözleşmeden doğmakta ve bütün mesele bu sözleşmenin gerçekte BK. m. 18/1 çerçevesinde bir inançlı işlem oluşturduğu yolundaki iddianın ispatlanmasında düğümlenmektedir.

4. Araya sokulan kişi aracılığıyla (per interpositam personam) yapılan işlemler (Nam-ı müstear meselesi)

60 Türk Hukuk uygulamasında, Fransızca "*prete-noni*" (*iğreti ad*) karşılığı çok kullanılan ve herhalde, özellikle sanatçıların gerçek adlarını gizlemek için kullandıkları müstear (takma) ad ile kan tınlmaması ereken nam-ı mus ear an ma sat, ve a et verenin adını izle erek, kendi adına fakat b ır aş ası ve a et veren hesabına hareket eden kimsedir¹⁰⁷. Bir başka deyimle, nam-ı müstear, kendi ismi arka sı:ıda, ismini sakladığı kimseyi gizleyen bir perdeden ibarettir¹⁰⁸.

Durumu şöyle bir örnekle açıklayabiliriz: Satıcı S'ye ait bir taşınmaz, alıcı A tarafından alınmak istenmekte, ancak bazı sebeplerden otürl A alıcı o ar o ayı uygun u arnak:tadır. Burada ne ibi sebeler rol oymıyabrtir'?-örrerolm-ak-;-A....nın, u taşınmazın kendisi tarafından satın alındığının duy ulm-?-?-lni-isternemesi ve ıı-?-?-çık a sa.A'nın çok zengin bir iş adamı olması dolayısıyla, S'nin ondan çok yüksek bir fiyat -ıaıep etm-e7e1ılürestnin-blilonması gosteriTenilir. A, bunun üzerine araya gi:ıverrdiği-v-?yi solfuyor ve 'nın sbzu geçen taşınmazı V'ye satması sağlanıyor. A-V arasındaki anlaşma gereği, V, daha sonra tapuda kendi adına tescil ettirdiği-taş-mmazm--mülkiy-?i-?-A):a devredecektir. V, burada, uygu-

107) Postacıoğlu, Namı müstear meselesi: vekalet ve itimat mukaveleleri ile muvazaanın karşılıklı münasebetleri, İÜHFM, XIII, 1947/3, s. 1011.

108) Esener, not 6'da agc, s. 177.

hmu\t.la kullnnı1:m. fnknt hiç de yerindl! olınuyııı deyimle "num-ı mli"-
-1❖ ııctır. Onu, İmun--l's-viçre- Huknklınmıdn olduğu gifü, 'araya ı;okulın
J-.ışi" vcyu "kukln adam" (*Stroluıruı, luuume de pail/e*) olaruk adlandırmak
V'Ok dnha isabetlidir.

Klasik üğretyc göre¹⁰⁹⁾, hukuki durumu açıklamak ü1,cre, üç ihtimali 61
birbirinden nyınnalıdır:

- Birinci ihtimal. *tart{/la ıııııı'azaa* ihtimalidir. Bu ihtimalde, gerçek
ahcı A, satıcı S ile satışın kendi aralarında gerçekleşmesi için anlaşmış ve
satıcı (S) ile vekil V arasında yapılan görünüşteki satış, S ile A arasındaki
gcrç❖k satışı gizlemek üzere kullanılmıştıll'. Bir taşınmaz alımı söz konusu
olduğuna göre. S-V arasındaki işlem muvazaa, S-A arasındaki işlem ise,
şekil şartına uyulmadığı için geçersiz olacaklardır.

- İkinci ihtimalde, bir *inançlı işlem* söz konusudur. Satıcı S ile vekil V
arasında gerçek ve geçerli bir satış yapılmıştır. Ne var ki, gerçek alıcı A ile
V arasındaki inançlı işlem dolayısı ile, V, S'den aldığı bu taşınmazı gerçek-
te *a= çok uzun bir süre* idare ettikten sonra, belirli şartlar gerçekleşince
A'ya devretmek üzere satın almış bulunmaktadır.

Burada dikkatleri aşağıdaki aynına çekmek istiyoruz:

= Yukarıda inançlı işlemleri incelerken üzerinde durulan örneklerde
hep güvenilenin *giivenenden* inançlı olarak iktisap ettiği mallar söz konu-
suydu. Ne var ki, güvenen tarafından belirli amaçları gerçekleştirmek üzere
güvenilene devredilen mal ve haklarla ilgili inançlı işlemler bu kavrama
ilişkin örneklerin sadece bir bölümünü oluşturur.

= İkinci olarak karşımıza çıkan inançlı işlem tipinde, güvenilen inançlı
olarak edindiği mal veya hakkı, güvenenden değil, *üçüncü bir kişiden* elde
eder. "Nam-ı müstear = iğreti ad" diye adlandırılan olaylarda karşılaştığı-
mız inançlı işlem tipi işte bu ikinci tiptir¹¹⁰⁾. Örneğin, iki kardeş (A) ile (V),

109) Özellikle bkz. **Reymond**, not 60'da age, s. 83 vd.; **Esener**, not 6'da age, s. 181 vd.;
Sungurbey, Medeni Hukuk Sorunları, c. 4, İstanbul 1980, s. 500 vd.; **Özsunay**, not
99'da age, s. 229 vd. - Şu noktayı ekleyelim ki, nam-ı müstear'ın hukuki niteliği Türk
hukukunda bir çok yazarın meseleyi az çok farklı biçimde ele aldığı ve değişik görüş-
ler öne sürdüğü en tartışmalı konulardan biridir. Örnek olarak bkz. **Oğuzman/Sciçi/**
Oktay-Özdemir, not 54'de age, s. 308 vd.; **Aday**, not 5'de, age, s. 97 vd.; **Özdenir**,
Türk Hukukunda yetkiye dayanan temsil ve nam-ı müstear uygulaması, Ankara 1994,
s. 75 vd.; **Hatemi**, Nam-ı müstear kavranı ve vekalet ile ilişkisi, Temsil ve Vekalet
İlişleın Sorunlar Sempozyumu, İstanbul 1977, s. 131 vd.

110) İnançlı olarak devredilen mal veya hakkın güvenenden veya üçüncü bir kişiden elde
edilmiş olabileceğine ilişleın bu aynın aşağıda (bkz. not 118) andı❖rımız Yargıtay Hu-
kuk Genel Kurulu kararında da açık seçik benimsenmiştir. Buna karşı, bazı yazarlar,
ancak güvenen tarafından güvenilene devredilen mal ve haklarda inançlı işlem den
bahsedilebileceğini, güvenilenin üçüncü kişiden iktisap ettiği mallar bakımından
inançlı işlem kavramına yer olmadığını ileri sürüyorlar. Onlara göre, inançlı işlem bü-

bedelini yan yarıya ödeyerek (S)'den bir taşınmaz satın almışlar, ancak alacaklılarıyla başı dertte olan (A)'nın şimdilik taşınmazın yan payının tapuda keneli adına tescilini istememesi üzerine, satış sözleşmesi (S) ile (V) arasında yapıp taşınmaz tümüyle (V) adına tapuya tescil edilmiş, ancak (V) ile (A) arasında yapılan inanç sözleşmesi gereği, bir süre sonra A talep edince bunun 1/2 payının (A)'ya geçirilmesi öngörülmüştür.

- Üçüncü ihtimal açısından, Aile V arasındaki ilişki *vek<ilet sözleşme-sine dayalı bir dolaylı temsil* ilişkisidir. Bir başka deyimle, V, A'nın dolaylı temsilci konumundaki vekilidir. O, bu sıfatla taşınmazı S'den iktisap ettikten sonra, belirli bir süre idare etmeksizin, *hemen* vekalet veren A'ya devredecektir.

- 62 Görüldüğü gibi, ikinci ve üçüncü ihtimaller arasındaki fark, süre krite-rine göre yapılmaktadır. Gerçekte, her iki iktisap: malde de, Vdolaylı- temsilci stafusunda hır vekil olup, taşınmazı S'den (S durumu bilsin veya bilme-sin.f -tt)fe !!di adına:-fal<at Anesabına atın lm>adır. Fark, şu noktada
 / kenQ i !! gös!ermektedir: V, taşınmazı (!,? *çok uzun bir süre* idare ettikten
 / *j* sonra A'ya devredecek ise, (V) ile (A) arasındaki ilişki bir inanç sözleşmesi
 • *j* olarak görülmekte; V, iktisap ettiği taşınmazı *hemen* A'ya temlik etme yükümlülüğü altında olduğu zaman ise, dolaylı temsil esasına dayalı bir vekalet ilişkisinin bulunduğu sonucuna varılmaktadır. Derhal belirtelim ki, *süre* kriterine dayanarak ikinci ve üçüncü ihtimaller arasında yapılan bu aynın bugün geniş ölçüde terk edilmiş bulunmaktadır. Gerçekten, sözü edilen süre, ister "vekalet sözleşmesinin süresi", ister "inançlı olarak elde edilen hakkın kendi hakkı gibi kullanılma süresi veya şeyi alıkoyma süresi" olarak anlaşılın, bütün bu gibi hallerde vekalet ve inançlı işlem faraziyeleri şu bakımdan farklı seçenekler olarak görülemez ki, vekalet sözleşmesinin uzun süre devam edecek işleri görmek üzere yapılmasına hiçbir engel yoktur. Bunun yanında, güvenilenin üçüncü bir kişiden iktisap edeceği mallara ilişkin olarak, bunların vakit geçirmeksizin güvenene devredilmesini öngören bir inanç sözleşmesi de pekala mümkündür. Görülüyor ki, süre kriteri esas alınarak "vekalet" ile "inançlı işlem" arasında sağlam esaslara dayalı

tünü içinde yer alan tasarruf ve borçlanma işlemlerinin tarafları mutlaka aynı kişiler olmalıdır. Bu sebeple de nam-ı müstear problemi inançlı işlem kavramı ile bir çözüme bağlanamaz. (**Hatemi**, not 101'de age, s. 132; **Ayan**, Nam-ı müstear kavramı ve hukuki niteliği, DÜHFD, 1984/2, s. 388-389; **Jzdemir**, not 109'da age, s. 94). Bu düşünce tarzı hakim görüş tarafından, yerinde olarak reddedilmektedir (Özellikle bkz. **Tandoğan**, II, s. 557 ve oradaki yollamalar).

- 111) Bizce yerinde olan görüşe göre, satıcı S'nin, alıcı V'nin gerçekte A hesabına hareket ettiğini bilip bilmemesinin bir önemi yoktur. Bir başka deyimle, S'nin, A-V ilişkisini bilmesi, S-V arasındaki satış ilişkisinin sırf bu sebepten muvaazah ve dolayısıyla hükümsüz sayılmasını gerektirmez (**Staudinger/Dilchber**, not 14'de age, § 117, N. 30; **Kramer**, Münch.Komm. § 117, N. 12; **Larenz**, AT, s. 367. Aksi görüşte: **Eren**, 9. bası, s. 335-336).

bir aynın yapılmaz¹¹². O halde, ikinci ve üçüncü ihtimalleri tek bir çatı altında toplayarak, meseleyi "tarafı muvazın" ve "inançlı işlem" ikilemi içinde ele almak daha yerinde olacaktır. Esasen, inanç sözleşmesinin genellikle bir çeşit vekalet veya vekalet hükümlerinin kıyas yolu ile uygulandığı vekalet benzeri bir işlem sayıldığı hatırlanacak olursa. bu konuda vekalet ve inançlı işlem seçeneklerini birbirinden ayırmakta pratik bir yarar da kalmamaktadır.

Yargıtay'ın bu meselelerle ilgili iki İçtihadı Birleştirme kararı ile açığa vurduğu görüşleri, ne yazık ki, isabetli olmaktan uzaktır. Gerçekten,

- Yargıtay'ın 5.2.1947 tarih ve 20/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda BK. m. 393/III hükmüne dayanılarak ve bu hükmün taşınmazlarda da uygulanabileceği kabul edilerek, üçüncü kişiden iktisap edilen bir taşınmazda, tapuda vekil V adına yapılan tescil ile vekalet veren (güvenen) A'nın mülkiyet hakkını kazanacağı, bu sebeple de "nam-ı müstear davalınının mesmu (kabul edilir nitelikte) ve yazılı delil ile ispatı caiz olduğu" sonucuna varılmıştır.

-Yargıtay'ın 7.10.1953 tarih ve 7/8 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'na konu olan olay ise şöyleydi: Koca A, eşi V'ye, S'nin taşınmazını satın alması için, bir yandan satış bedelinin karşılığını teşkil eden parayı ödemiş, diğer yandan da doğrudan doğruya temsil yetkisi vermiş; ancak V, bu taşınmazı kendi adına satın alıp tapu kütüğüne tescil ettirmiştir. A'nın, taşınmazın mülkiyetinin kendi adına kaydedilmesini sağlamak amacı ile açtığı davanın reddedilmesi, Yüksek Mahkeme tarafından benimsenen görüşe göre aşağıdaki sebeplerden ötürü yerindedir: A, bu davayı açarken V ile arasındaki vekalet ilişkisine dayanmaktadı. Oysa, vekil ile vekalet veren arasındaki vekalet sözleşmesi, V'yi (eski MK. m. 642, yeni MK. m. 716 anlamında) üçüncü kişiden iktisap ettiği taşınmazı A'ya nakletmeye zorlayacak bir sözleşme sayılamaz. Şu halde, davalı eşi V ile kendisi arasında, MK. m. 706'nın aradığı resmi şekilde yapılmış geçerli bir sözleşme de bulunmayan A'nın, eşi V'den, mülkiyetin kendisine geçirilmesini istemesine izin verilemez. O, olsa olsa, taahhüdüne aykırı davranan vekilinden bunun yerine getirilmemesi sebebiyle tazminat isteyebilir.

112) **Merz**, not 67'de age, s. 454 vd.; **Bofstetter**, s. 34; **Fellmann**, Art. 394, N. 68 vd.; **Tandoğan**, II, s. 555 vd.-Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 2.3.1988 tarih ve E. 6756, K. 1207 sayılı kararında da "Davalının savunmasına göre, davalı ile davacı arasında yapılan bir anlaşma ile 3. kişiye ait taşınmaz mülkiyeti, dolaylı temsille, davacıya duyulan güven sonucu, belirli bir amaç için ve sonradan davalıya devir edilmek kaydıyla davacıya geçirilmiştir. O halde davacı ile davalı arasındaki iç ilişki, ikisinin anlaşmasına dayalı dolaylı temsili içeren bir inançlı vekalet sözleşmesidir" denilmek suretiyle, vekalet dayalı dolaylı temsil ve inançlı işleme dayalı dolaylı temsil faraziyeleri birleştirilmiştir (Karar için bkz. **Karabasan**, TBH, GH, cilt 2 (1992), s. 483. Aynı doğrultuda: aşağıda not 118'de anılan Hukuk Genel Kurulu kararı).

64

Bu kararlar, öğretide haklı olarak eleştirilmiştir. Birinci karar şu bakımdan isabetsizdir ki, hukukumuzda, vekil V adına tapu kütüğüne yapılan bir tescil ile vekalet veren (müvekkil) A'nın malik olması mümkün değildir. Yargıtay'ın dayandığı BK. m. 393/III hükmü yukanda işaret ettiğimiz gibi¹¹³ sadece "menkul" (taşınır) mallarla ilgilidir ve taşınmazlara uygulanamaz. Kaldı ki, bu hükümde sözü edilen "istihkak iddiası" deymi (hiç değilse hakim görüşe göre) yanıltıcıdır. Maksat, vekilin iflası halinde, vekalet verene malı iflas masasından kurtamlak için bir ayınna hakkı tanımaktan ibarettir.

İkinci karar da yerinde değildir. Zira, BK. m. 392/I uyarınca "*Vekil, müvekkilin talebi üzerine yapmış olduğu işin hesabını vermeğe ve bu cihetten dolayı her ne uam ile olursa olsun almış olduğu şeyi müvekkile tediye mecburdur.*", Şu halde, vekil sıfatı ile S'den bir taşınmaz iktisap eden V, açık kanun hükmü gereği bunu vekalet verene devretmek borcu altındadır. Bu, vekilin doğrudan doğruya kanundan (BK. m. 392/I'den) doğan bir borcudur. Kanun gereği bir devir yükümlülüğü olan yerde ayrıca resmi şekilde bir devir taahhüdüne gerek kalmaz. Hukukumuzda, taşınmaz alım satımı için verilen temsil yetkisi ve yapılan vekalet sözleşmesi dahi, hakim görüşe göre, *geçerliliği* açısından hiçbir şekle tabi değildir. Şu halde, hakim görüş açısından, A'nın V'ye karşı BK. m. 392/1 hükmünü esas alarak açacağı davada, *resmi şekilde yapılmış* bir vekalet sözleşmesine dayanması da gerekmez¹¹⁴. Nihayet, Yüksek Mahkemenin, bir yandan vekil V'nin, kendi adına iktisap ettiği taşınmazı A'ya devretme borcu altında bulunmadığını kabul ederken, diğer yandan, *mevcut olmayan bir borcun* ifa edilmediği gerekçesiyle, A'nın V'den tazminat talep edebileceğini kabul etmesi isabetsizdir¹¹⁵.

Öğretide rastlanan bir düşünce¹¹⁶ hakim görüşün değil, 7.10.1953 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında benimsenen görüşün daha doğru olduğunu şu gerekçeye dayandırıyor: "Çünkü aksine bir görüş, hukukumuzdaki sıhhat şekline ilişkin BK. m. 1 1/2'deki kuralın ilga edilmesi demektir. Eğer bir şekle tabi olmayan vekalet akdi içinde resmi şekle tabi olmadan taşınmaz mülkiyetini devir taahhüdü geçerli olarak yapılabilecekse,

113) Bkz. yukarıda N. 53.

114) Özellikle bkz. **Fellmann**, Art. 400, N. 11, 129; **Sungurbey**, not 109'da age, s. 506 vd.; Karahasan, TBH, ÖBİ, cilt 2 (2002), s. 1035 vd.; **Tandoğan**, 11, s. 496. -Ayrıca bkz. aşağıda not 118'de anılan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu karar. -Araya sokulan kişi aracılığıyla yapılan işlemin, inançlı bir işlem olmayıp bir "taraf muvazaa" oluşturdu-bu ispat edilse bile, üçüncü kişiden satın almış gözüktüğü taşınmazı kendi adına tapu kütüğüne tescil ettiniş (V) ile, gizli kalan işleme taraf olan gerçek alıcı (A) arasında yine bir vekilet ilişkisi¹¹⁷ olduğu hakkında bkz. **Sungurbey**, not 109'da age, s. 504; **Karabasan**, TBH, ÖBİ, cilt 2, 2002, s. 1056; Yarg. 13. HD., 10.12.1981, E. 6331; K. 8105, **Karabasan**, TBH, GH, cilt 1, 2003, s. 251.

115) Ayrıca bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak**, Eşya Hukuku, c. I, 5. bası, İstanbul 1989, s. 446-447. -Başka türlü: **Kuru**, cilt II, s. 2355.

116) **Ertaş**, not 39'da age, s. 269.

bir lira nkdi içinde de yapılabılır, istisna akdi içinde de ynpılbnılır, lınltn tnmomen ılgı-siz bir taşıma sözleşmesi içinde de yapılnılır. Orneğini taşıyıcı, ıoşıtunun bir *taşınır* ma-lını trışımnyı taahhüt eder, taşıtan du taşının bedeli olarak, bir taşınmazın mülkiyetini devretmeyi tnahhiit eder...". Açıkça görülüyor ki, bu uçıklımalurda, borçlunun ıa.,ınnmız mülkiyetini devretmeyi "tanlıhüt" etmesiyle, böyle bir tanhlüde hiç gerek bulunmaksızın "kanun hükmünün" (BK. m. 392/1) bir devir yükümlülüğünü öngömcısi birbinnc kurıştırılınış bulunuyor. Şurasını ekleyelim ki, hiç gerckmceliği holde, vekldet sözleşme-sinde vekilin açık biçimde ve resmi şekle uyulmaksızın, üçüncü kişiden elde edeceği ıa-şuınnmızın mülkiyetini vekalet verene devredeceğini taahhüt etmesi de hukuki durumu değıştinnez. Zira böyle bir taahhüt herhangi bir şekilde mülkiyetin devrine ilişkin bir borç doğumlayıp, sadece BK. m. 392/1de öngöölcn kanuni devir mükellefiyetinin teyit edilmesi (do&rrulanması) anlamını taşır. MK. m. 706/1'de yer alan "Taşınmaz mülkiye-tinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmi şekilde düzenlenmiş bu-lunmnlanna bağılıdır" hükmü, ancak borçlunun taahhütte bulunarak mülkiyetin devri borcu altına girdiği sözleşmelerde uygulama alanı bulur; böyle bir taahhüde gerek ol-maksızın açık bir kanun hükmü mülkiyeti nakletme borcunu doğurduh'l.1 zaman MK. m. 706/1 uygulanamaz.

Şunu önemle belirtelim ki, *araya sokulan kişi vasıtasıyla yapılan işlem-lerde, asıl olan, bir inançlı vekaletin bulunması, bir başka ifadeyle yapılan işlemlerin ciddi ve geçerli olmasıdır. Ortada bir muvazaa olduğu iddia ediliyorsa, muvazaanın ispatı gerekir*¹¹⁷. Şu halde muvazaa ispat edilme-dikçe, bu tür işlemler inançlı işlem olarak nitelenecektir. 65

Yargıtayın yukarıda inceleme konusu yaptığımız 5.2.1947 ve 7.10.1953 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararları karşısında günümüzde uygulamada nasıl hareket edilmekte, sözü geçen İçtihadı Birleştirme Kararları ne ölçüde işlerlik kazanmaktadır? Bu sorunun cevabını her iki İçtihadı Birleştirme Kararını ayrı ayrı ele alarak vermek yerinde olur:

- Yargıtay kararları incelendiği vakit görülüyor ki, bugün, 5.2.1947 ta-rihli İçtihadı Birleştirme Kararının sadece "... yukarıdaki sebeplere binaen nam-ı müstear davalarının mesmu ve yazılı delil ile ispatı caiz olduğuna ... karar verilmiştir" diyen sonuç bölümü uygulama alanı bulmakta, yazılı delil ile ispat zorunluluğu getiren bu bölümde yer almayan ve vekil adına tapu kütüğünde yapılan tescil ile mülkiyetin vekalet veren (güvenen) tarafından kazanılmış sayılacağına ilişkin ifade ise tamamen uygulama dışında kalmış bulunmaktadır. Gerçekten, artık yerleşmiş Yargıtay kararlarıyla, bu gibi durumlarda mülkiyetin adına tescil yapılan vekil (güvenilen) tarafından kazanıldığı, onun ise BK. m. 392/1 hükmü uyarınca ayrıca resmi şekilde taahhütte bulunmuş olması aranmaksızın, kanundan doğan bir yükümlülü-ğünü yerine getirerek mülkiyeti vekalet verene (güvenene) geçirmek mec-buri(seti altında olduğu istikrar kazarunış bir çözüm niteliğini taşımalrta-dır^{1 8}. Bunu nasıl açıklayabiliriz? Her ne kadar 2797 sayılı Yargıtay Kanu-

117) Jaggi/Gaueh, Art. 18, N. 163; Staudinger/Dilcher, not 14'de age, § 117, N. 29 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 418.

118) Örnek olarak bkz. Yarg. HGK., 17.5.2000, E. 2000/2-888, K. 885: "Uyuşmazlık konu-su olayda dolaylı temsili de içeren inançlı vekalet sözleşmesinin varlığı kabul edildiği-

nunun 45. maddesinin 5. fıkrası "*İçtihadı Birleştirme kararları benzer hukuk...-fkonularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar*" diyorsa da, bu hülanü, İçtihadı Birleştirme Kararlarının sadece sonuç bölümünün bağlayıcı olacağı, buna karşı *gerekçe* bölümünde yer alan görüşlerin bağlayıcı bir nitelik taşımadığı şeklinde anlamak gerekir¹¹⁹. Eskiden farklı bir anlayışa sahip olmasına rağmen, artık Yargıtay da bu esası benimsemiş bulunmaktadır. Örneğin, hayli yeni bir kararında Yüksek Mahkeme bu ilkeyi "*İçtihadı Birleştirme kararlarının konularıyla sınırlı, sonuçlarıyla bağlayıcı bulunduğu tartışmasızdır*" diyerek açıklığa kavuşturmuştur¹²⁰. Bu açıdan, vekil adına tapuda yapılan tescil ile vekalet verenin mülkiyet hakkını kazanmasını öngören açıklamalar 5.2.1947 tarihli İçtihadı Birleştirme kararı gereğince bölümünde yer aldığından, günümüzde (esasen son derece yanlış olan) bu çözümün bir köşeye bırakılmasında ve BK. ın. 392/I hükmüne dayalı doğru çözümün benimsenmesinde yadırganacak bir taraf yoktur.

- 7.10.1953 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı açısından ise, Yüksek Mahkeme, İçtihadı Birleştirme kararlarının "konularıyla sınırlı" olması ilkesini uygulamakta ve bu kararın, sadece vekalet verenin parasını ödeyerek

ne göre, davacının davalıya karşı, onun kendisine mülkiyeti nakil borcunu yerine getirmesi için BK. mad 392'ye dayanarak tescile icbar davası açması olanaklıdır. Gerçekten de vekilin (davalının), müvekkili (davacı) hesabına üçüncü kişiden iktisap ettiği her şeyi, bu arada bir taşınmazı ... inanana devretmeye mecburdur... müvekkiline (davacıya) devretme borcu da vekalet akdinin kanuni bir sonucu, başka bir deyişle vekalet akdine doğrudan doğruya kanunun (BK. mad. 392/I'in) bağladığı bir sonuç olduğundan. böyle bir borcun doğumu için vekille müvekkil (davalı ile davacı) arasında ayrıca bir anlaşma yapmaya gerek bile bulunmadığından, böyle bir anlaşmanın hiçbir suretle resmi şekilde yapılmışlığının gereği de yoktur". (Özkaya, not 29'da age, s. 62-63; Karahasan, TBH, OBI, cilt 2, 2002, s. 1044). Aynı doğrultuda başka örnekler: Yarg. 14. HD., 18.3.1986, E. 1986/1801, K. 1986/1801 (Özmen/Özkaya, not 1'de age, s. 492-493; Özkaya, not 29'da age, s. 147 ve özellikle Yarg. 13. HD., 10.12.1981, E. 6331, K. 8105 (Karabasan, TBH, ÖBİ, cilt 2, 2002, s. 1036-1037; Yarg. 13. HD., 8.10.1990, E. 1165, K. 6012 (Karabasan, TBH, cilt 4, 1992, s. 1268, not 71). -Şu noktayı ekleyelim ki, güvenilen (vekil) kendi isteğiyle borcunu yerine getirmek isterse, Noterlik K. m. 89 hükmü gereği, bir geçerlilik değil fakat ispat şartı olarak noterlikçe düzenleme şeklinde yapılmış bir vekalet sözleşmesini tapu sicil müdürlüğüne ibraz etmek zorunda kalacaktır (Tandoğan, II, s. 496-497).

119) Kuru, cilt V, s. 4960; Üstündağ, s. 64. -Ne var ki, bu ilkedan, İçtihadı Birleştirme Kararlarının gerekçe bölümünden bir yararlanılamayacağı sonucu çıkarılmamalıdır. Gerekçe bölümünde yer alan açıklamaların özelliği bunların "bağlayıcı" olmamasından ibarettir.

120) Yarg. 1. HD., 13.4.2004, E. 2004/964, K. 2004/4244 (YKD. 2005/8, s. 1194). Aynı ifadeye şu kararda da rastlanıyor: Yarg. 1. HD., 20.5.2003, E. 4205, K. 6017 (Özkaya, not 29'da age, s. 84). Bir başka kararında, Yüksek Mahkeme biraz daha ayrıntıya girerek şu ifadeyi kullanmıştır: "Hemen belirtmek gerekir ki, kural olarak Yargıtay İnançları Birleştirme Kararları konuları ile sınırlı, gerekçeleri ile aydınlatıcı ve sonuçları ile bağlayıcıdır" (HGK., 21.9.1994 E., 1994/1-248, K. 538, İKİD 1995/413, s. 11050. Ayrıca bkz. Kuru, cilt V, s. 4961).

bir taşınmazın kendi adına satın alınması için vekiline temsil yetkisi verildiği, ekilin ise taşınmazı vekalet veren yerine kendi adını satın alıp tapu kütüğünde yine kendi adına tescil ettirilmesi durumundaki bağlayıcı sayılmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun daha önce de üzerinde durduğumuz 17.5.2000 tarih ve E. 2000/2-888, K. 885 sayılı kararında durum şöyle açıklanmaktadır: "Da, a kourısu olayda ise, vekilin (dava/111111) taşınmazı mifrektili namma alması gerekirken kendi uamma alması diye bir durum s&: komısu olmadıgmdau, miiuhasırau bu duruma i/işkiu buluuau .10.1953 giin, 817 sayılı İf,tilhatları Birleştirme Kararı111111 dava konusu olayla hiçbir ilgisi yoktur••¹ ❖ Şu halde, bu faraziye dışında kalan tüm durumlarda, vekalet verenin, bir tazminat talebiyle yetinmek mecburiyetinde olmaksızın BK. m. 392/I hükmüne dayalı aynen ifa talebini kullanmasına bir engel bulunmamaktadır. Böylece, yerinde olarak çok eleştirilen .10.1953 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararının uygulama alanı geniş ölçüde sınırlandırılmış olmaktadır. Bizce, burada sözü edilen her iki grup olguda da vekalet hükümleri uygulanacağından, bu hükümler arasında yer alan BK. m. 392/I'nin sadece bunlardan birinde devreye girebilmesi, diğerinde ise sırf 7.10.1953 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararına bir uygulanma alanı bırakılmak için saf dışı tutulması yerinde bir çözüm sayılamaz ve bu konuda yeni bir İçtihadı Birleştirme kararına duyulan ciddi ihtiyacı ortadan kaldırmaz.

66

❖caba, A'nın vekil V'ye karşı harekete geçebilmesi için, V'nin satıcı S'den taşınmazı vekil sıfatıyla (bir başka deyimle A hesabına) iktisap etmiş olması aranacak mı? Bu soruya o umlü cevap verilirse, V'nin, A ile arasındalô inanç ı vekalet ilişkisine rağmen vekil sıfatıyla hareket etmediği düiiimlere ona karşı BK. m. 392/I'e dayanmak imkanı olmayacaktır. Bu mesele çok tartışmalıdır¹²². Bizce, bir aynın yapmak yerinde olur:

- *Birinci ihtimal:* A tarafından V'ye, *belirli bir taşınmazı* alması için değil de, "genel olarak" taşınmaz alımına ilişkin bir vekalet verilmiş¹²³ ve

121) Bkz. yukarıda not 118. Aynı ifade Yargıtay 13. HD'nin 10.12.1981 tarih ve E. 6331, K. 8105 sayılı kararında da kullanılmıştır (**Karabasan**, TBH, GH, cilt 3, 2004, s. 355). -Şu noktayı ekleyelim ki, 7.10.1953 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararına esas teşkil eden olayda, satış bedeli vekalet veren tarafından ödenmiş bulunduğu halde, şimdi andığınız kararlarda kullanılan ifadede bu noktaya ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır.

122) İleri sürülen çeşitli görüşlerin toplu olarak incelenmesi için bkz. **Yavuz**, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 6. baskı, İstanbul 2002, s. 583 vd.

123) BK. m. 388/ID'e göre, taşınmaz *satışı* için, temsilciye verilmiş genel bir yetki yeterli olmayıp, özel yetki şarttır. Madde "bir gayrimenkulü temlik veya bir (aynı) hak ile takyit" etmekten söz açmaktadır. İsviçre öğretisinde ileri sürülen bir görüşe göre, maddenin bu ifadesi karşısında, taşınmaz *alımı* için özel yetkiye ihtiyaç yoktur (**Becker**, Art. 396, N. 15; **Fellmann**, Art. 396, N. 151). Ne var ki, Türk hukuk uygulamasında, bu halde de özel yetkinin arandığı anlaşılmaktadır (**Tandoğan**, il, s. 401-402). Diğer taraftan, taşınmaz satışı için aranan özel yetkinin mutlaka somut bir işleme ilişkin olarak verilmesi ge-

daha sonra verilen bir talimat ile (BK. m. 389) hangi taşının laz veya taşınmazların vekaletin konusuna girdiği de belirtilmemişse, durum şöyledir: Taşınmaz alımı için A'nın vekaletini elde eden V, bu vekalet devam ederken, hiçbir şekilde kendi adına ve hesabına taşınmaz iktisap etme imkanından yoksun kalmış sayılamaz. Şu halde, onun iktisap ettiği her taşınmaz için A'nın, BK. m. 392/T'e dayanarak talepte bulunması kabul edilemez. Böyle bir talep, ancak, olayda V'nin vekil sıfatıyla hareket ettiği, yani söz konusu taşınmazı kendi adına fakat A hesabına aldığı ispat edilirse caiz görülebilir.

- *İkinci ihtimalde*, A, daha baştan V'yi "belirli" bir veya birkaç taşınmazın alınması için görevlendirmiş, yahut başlangıçta durum böyle olmasa bile, sonradan talimat vererek belirli bir taşınmazı almasını istemiştir. Vekaletin konusu haline gelen bu taşınmazı S'den alan V ise, vekil sıfatıyla hareket etmediğini, bir başka deyimle taşınmazı kendi adına ve kendi hesabına satın aldığını iddia etmektedir. Bu durumda, aşağıdaki ayrımları dikkate almak gerekecektir:

= *Birinci hal*: V'nin, vekil sıfatıyla hareket etmemek yolundaki iradesi dış dünyaya yansımamış ve bir i¹⁴ irade olarak kalmışsa, buna hukuki bir sonuç bağlamak imkanı yoktur¹⁴. Şu halde, bu durumda, A, BK. m. 392/T'in uygulanmasını ve taşınmazın kendisine devrini isteyebilecektir.

= *İkinci hal*: V, S'den taşınmazı satın alırken, vekil sıfatıyla hareket etmediğini açıklamış ise, aşağıdaki iki çözümden birini benimsemek icap edecektir:

Birinci çözüme göre, bu ihtimalde, A, V'den, vekalet sözleşmesine aykırı davranışın olması sebebiyle bir tazı • .ecek ancak hakim ere¹⁵inde ta aı:ak,-BK-m 98/1'nın-a-raeıl-ıg,ı ile uygu anan BK. m. 43/1 sayesinde a . .e,..yanıı.ta.zmıııaLolar:ak.taşınmazın mü yetının a g¹⁶ irib.ııeşın,e...hübnedebilecektir¹²⁵ Bu görüşün (tartışma götürür) gerekçesi şu olabilir: Vekil, vekil sıfatıyla hareket etmediğini

rekmediğinden (aynı şey uygulamamız açısından taşınmaz alımı için de geçerlidir), hangi taşınmazların söz konusu olduğu teker teker açıklanmaksızın, sadece ve genel olarak taşınmaz satışına yetki verildiğinin belirtilmiş olması yeterlidir (**Fellmann**, Art. 396, N. 126; **Hofstetter**, s. 51; Karabasan, Türk Eşya Hukuku, c. I, 1991, s. 573; **Esmer**, Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili, 6. baskı, Ankara 1998, s. 715. Aksi görüşte: (**Safa**) **Reisoğlu**, Eşya Hukuku, Zilyedlik-Tapu Sicili, Kadastro, Ankara 1984, s. 159; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, 11. bası, İstanbul, 2006, s. 300). Hiç kuşkusuz, böyle bir yetki ile bütün taşınmazlarının satılabilmesine imkan tanımak istemeyen temsil olunan, vekaletnameye dilediği sınırlamaları koyabilir. Daha ayrıntılı açıklamalar ayrıca bkz. aşağıdaş 46, N. 38.

124) **Sungurbey**, Medeni Hukuk Eleştirileri, I, İstanbul 1963, s. 151; **Yavuz**, not 122'de age, s. 593.

125) **Sungurbey**, not 124'de age, s. 151; **Karabasan**, not 123'de age, s. 601.

çıklamuk suretiyle. taşınmaz alımını A. ile arnsındnki vckfilet sözleşmesi-
nin dı, mdn bırakmıştır. Bu durumda, vckılet sözleşmesi ile ilgisi kesilen bu
işleme, vckôletin kanuni sonuçlarını düzenleyen BK. m. 392/1 uygulanama-
yacak ve sadece vekilin bu davranışı vekaletten doğan borçları ile bağdaş-
madığından. bir tazminat talebine yol açacaktır.

*İkinci rii=iim<: göre. vekalet konusu ta ·mnrnz ister vekalet sözleşmesi
yapılırken* belirtilmiş olsun, ister nim sonr v2r[lçn...J.r ta ınnat 1 c c i
1.'<' in. **VE-1** :vckılet sözleşnw·11,9e!1 doğan sadl1kat b.9rcu lölnyısıyla
,ek,Het verenin yararına olacak davranışlarda bulunmak ve ona zarar vere-
cek davranışlar9an ka, Çmı ls il yüJ<.iioilüdü. Kısaca, o, her zaman vekalet
, ereni Omen aatlerine en üstün yeri ayırmak ve kendi menfaatlerini vekalet
, creninkilere tabi kılmak zorundadır¹²⁶. Onun, vekalet veren "hesabına"
alınası gereken bir taşınmazı vekil sıfatını bir yana itip sırf kendisi için
alması, bu borcun açıkça çiğnenmesi anlamını taşır. Vekalet veren duru-
mundaki A, inançlı vekilin sözleşmeye aykırı bu davranışı ile bağlı tutula-
maz. O, yine, süregelen vekalet ilişkisinin gereği neyse onun aynen yerine
getirilmesini isteyebilir. Şu halde, vekalet sözleşmesine açık biçimde ters
düşen davranışı ile, inançlı vekil BK. m. 392/I'in uygulanmasını engelle-
yemez¹²⁷. Bizce, bu çözüm üstün hitulmalıdır.

= *Üçüncü hal*: V, vekalet konusu taşınmazı S'den satın almadan önce
vekaletten *çe/dldiğini* A'ya bildirmiş olabilir. Gerçekten, BK. m. 396/I uya-
rınca "vekaletten azil ve ondan istifa her zaman caizdir."¹²⁸ Ne var ki,
maddenin 2. fıkrası, uygun olmayan bir zamanda vekalet son verilmesi
halinde bundan bir tazminat yükümlülüğü doğacağını açıkça belirtmiştir.
Bu hükümlerden olayımız bakımından çıkarılacak sonuç şu olacaktır: Kural
olarak, vekaletten çekilen V'nin, vekalet konusu taşınmazı kendi adına ve
kendi hesabına iktisap etmesi halinde, A'nın, ona karşı BK. m. 392/I'den
doğan devir talebini ileri sürmesine yahut ondan tazminat istemesine imkan
kalmamıştır. Ne var ki, tazminat talebi açısından bu kuralın bir istisnası
vardır: Vekaletten çekilme uygun olmayan bir zamanda gerçekleşmişse, A,
V' den tazminat talep edebilir. Şu halde, V vekaletten, A'ya vekalet konusu
işlemi bizzat veya bir başkasına vekalet vererek gerçekleştirme imkanı
bırakmayacak hal ve şartlar altında istifa etmişse, "uygun olmayan zaman-
da çekilme" şartı gerçekleşmiş demektir ve bu durumda, A, V'ye karşı BK.
m. 396/II'ye dayanarak açacağı davada, uygun olmayan zamandaki çekilme

126) **Fellmann**, Art. 398, N. 25; **Tandoğan**, il, s. 407.

127) Bkz. **Fellmann**, Art. 400, N. 150; **Sungurbey**, not 109'da age, s. 568 vd.

128) Vekil, taşınmazı S'den iktisap ettikten sonra vekaletten çekilmişse, çekilme sadece
ileriye etkili (ex nunc) bir işlem olduğundan, iktisap anında BK. m. 392/1 uyanca
doğmuş devir yükümlülüğünden kurtulamaz (Bkz. **Fellmann**, Art. 404, N. 30; **Posta-**
cıoğlu, Namı müstear ve muvazaa meseleleri hakkında yeni görüşler, Samim Gönen-
say'a Annağan'dan ayn bası, İstanbul 1955, s. 8).

gerçekleşmemiş olsaydı neyi elde edebilecek idiyse onun tazminini isteyebilecektir¹¹⁹. Örneğin, S'den taşınmazı satın almadan hemen önce (şu halde, A'ya herhangi bir tedbir alma şansı bırakmaksızın) vekaletten ayrıldığını bildiren V, böyle bir davaya muhatap olabilir. Buna karşı, V, vekaletten çekildiğini A 'ya bildirdikten örneğin altı ay sonra, vaktiyle vekalet konusu olan taşınmazı S'den kendisi için satın almışsa ona karşı böyle bir tazminat davası açılmaz.

IV. Muvazaa ve Kanuna Karşı Hile

1. Kanuna Karşı Hile ("fraus legis") Kavramı¹³⁰

İki tür kanuna karşı hileyi birbirinden ayırmak gerekir¹³¹:

a. Gerçek anlamı ile kanuna karşı hile (veya kısaca, gerçek kanuna karşı hile)

67 Bazen, taraflar, kamın tarafından öngörölmüş bir yasağı delmek için dolan'ın'l5'açtrbir-yota-başvı:ır-ve-kamınmrbaşka-bir liükününden yararlanarak anı aiı yas- hillmiünü dolanmak isterler. Alman İmparatorluk Mahkemesi- nin-eski birkaranna göre, kamına karşı hile yoluna başvurmak (*in fraudem legis agere*), tarafların kanunen caiz olmayan bir sonucu elde etmek üzere, haddi zatında caiz olan bir işlem şeklini seçmeleri anlamını taşır¹³². Böylece, olayın, yasak koyucu kanun hükmünün uy lama alanı dı ına çıkarılara e a e e ı en anun,unün uygulama alanı i ine sokulğı ası söz konusu ölinakfa=veou olctan-a?n:n?yasak ol3E1lmakta, bertaraf edilmek- te

68 Gerek Federal Mahkeme¹³³, gerekse öğreti¹³⁴ tarafından benimsenen görüşe göre, bu konuda şu ayrıma dikkat etmek gerekmektedir:

- Kanun, bir sonucu değil, sadece o sonuca (amaca) ulaşmayı sağlayan *vasıtalar*dan birisini yasaklamışsa, bir başka yoldan aynı sonuca ulaşmak caizdir. Bu halde kanuna karşı hile yoktur¹³⁵.

129) FeUmann, Art. 404, N. 63, 70.

130) Kanuna karşı hile kavramı Milletlerarası Özel Hukukta da önemli bir yer işgal eder. Bizim burada yapacağımız açıklamalar Milletlerarası Özel Hukuktaki kamına karşı hile ile ilgili olmayıp sadece Medeni Hukuku ilgilendirmektedir.

131) Bu aynın için özellikle bkz. Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 167 vd.; Kramer, Art. 18, N. 142 vd.; Art. 19-20, N. 263 vd.; Kramer, MünchKomm. § 117, N. 15; Koller, I, N. 1016 vd.

132) Bu tarif ve bu konudaki açıklamalar için özellik.le bkz. Topçuoğlu, Kamına Karşı Hile, İzmit 1950, s. 180 vd.

133) Özellikle bkz. BGE 79.11.83.

134) Kramer, Art. 19-20, N. 265; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 171; Merz, Bemer Komm., Art. 2, ZGB. N. 90; Deschenaux, s. 157; Eren, s. 336.

135) Bu ihtimalde, bir görüşe göre, caiz sayılabilen bir kanuna karşı hile vardır (Bu görüş

K , yu?ulpılşno?lu

- Kamın. doğrudan do&rnıyu bir *sunucu* (umucu) yasnlndığı vakit, o :-onuca dolaylı biçimde ulaşmayı sağlayun her çeşit vasıtayı cin ymmklnmış snythr. Bu durumda, söz konusu ynsağı bertaraf etmeye yarayan bütün yol- lar knpalıdır.

Gerçek anlnmı ile kanuna karşı hile'nin iki unsuru vardır¹³⁶:

-- Birinci unsur- tamamen meşru, caiz ve geçerli bir işlemin yapılmış olmasıdır.

- İ/inci unsur, şeklen tamamen hukuk düzenine uygun olan bu işlem- le, kı.mwlwl nıffve amacının i?nenmesi onun asaklad,?ı bir sonuca do- ta5ılı ve dolambaçlı yo an ulaşılmasıdır.

Eskiden. bu iki wlsura bir üçüncüsünü ekleyen ve laraflarda "hile kastı- nın" bulwunasını arayan görüş çok yaygındı. Bugün, aksi görüşü savunan bir çok yazarla birlikte, biz de buna ?erek görmüyor ve tamamen objektif bir değerdinneyi yeterli sayıyoruz ³⁷. Bu sonucu açıklayan gerekçe şu- dur: Nasıl, bir kanwl hükmü *doğrudan doğruya* ihlal edildiği vakit, (kanun- da tersine bir hüküm olmadıkça) ihlal kastı aranmıyorsa, aşağıda göreceği- miz gibi, kanun hükmünün *dolaylı biçimde* ihlali anlanma gelen kanuna karşı hilede de böyle bir kastın bulunması şart değildir¹³⁸. Bir başka deyim- le (tarafalarda kanuni yasağı dolanma kastı bulunsun veya bulunmasın), yapılan işlemle kamın tarafından yasaklanmış bir sonuca dolaylı biçimde ulaşılmış olması yeterlidir.

b. Gerçek olmayan anlamda kanuna karşı hile (veya kısaca, gerçek olma- yan kanuna karşı hile)

11 / Bu ihtimalde, yapılan işlemle, yine kanunen yasaklaı::un..ıs bir s onuca do- 69 laylı biçimde ulaşılma istenmekte, ancak bunun !.Çin?i9di ?erli bir ' iş eme değı , muvazaiili bir i?leine başvurulmaktadır. Görülüyor ki, gerçek olmayan anlamda kanuna karşı hilede, gerçek kanuna karşı hilenin birinci unsuru gerçekleşmiş değildir; zira kanunu dolanmak için kullanılan işlem

için bkz. **Jaggi/Gauch**, Art. 18, N. 171). Biz, bu gibi durumlarda, kanuna karşı hileden hiç söz açılmayacağı düşüncesindeyiz (Buradaki gibi: not 134'de anılan **Deschenaux, Eren**).

136) Ayrıca bkz. **Topçuoğlu**, not 132'de age, s. 187.

137) Bkz. **v. Tuhr/Peter**, § 31, IV, s. 225; **Kramer**, Art. 19-20, N. 266; **Eren**, s. 337; **Te- kinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 421-422; **İ. Helvacı**, Türk Medeni Kanununa Gö- re Lex Commissoria (Mürtehinin Merhunu Temellük Yasağı), İstanbul 1997, s. 137, not 375. Başka türlü: Yarg. 4. HD.'nin 5.7.1971 tarih ve E. 4049, K. 6649 sayılı karar (**Özmen/Özkaya**, not 1 'de age, s. 580). Hile kashru, kanuna karşı hilenin bir unsuru sayan bu karara katılamıyoruz.

138) Bu gerekçe için bkz. not 137'de anılan **Kramer. -Larenı/Wolra** göre ise (§ 40, N. 30), hile kastının aranıp aranmaması, her defasında dolanılan yasak hükmünün amacı- na göre belirlenecektir.

geçerli bir işlem olmayıp, esasen muvazaa sebebiyle hükümsüz olan bir işlemdir.

70 Bu vesileyle şu noktayı vurgulayalım ki, kanunun yasakladığı bir amaca dolambaçlı yoldan erişmek üzere yapılmış olsa da, muvazaalı bir işlem. birinci unsurun gerçekleşmemesi yüzünden hiç bir zaman gerçek anlamı ile bir kanuna karşı hile oluşturmaz.

71 Şimdi, kanuna karşı hile'nin her iki çeşidini de göz önünde tutarak, aşağıdaki örnekler üzerinde duralım:

- Birinci örnek: Mensup olduğu baronun yetkili organınca avukatlık yapması yasaklanan veya henüz avukatlık ruhsatına sahi:R olmayan A, -B-¹³⁹İlrbir alacağının tahsil için dava açmak üzere, b¹⁴⁰lacağın kendisine temlik edinmesini-CBK":7n¹⁴⁰6Tvcl.) sag ıyor ve böylece vekil sıfatıyla değil, fakat..doğı:udan-doğı:uya-a-laGakl-ı-s-ı-fatıyla-harekete-geçip avukatlıkmesleğini dolaylı Jİçimde i¹⁴⁰ra etine imkanını elde ediyor.

Derhal belirtelim ki, buradaki alacağın devri sözleşmesi ilke olarak inançlı bir işlemdir. A, gerçekten alacaklı sıfatını kazanmıştır. Ancak A-B arasındaki inanç sözleşmesi gereği, o, tahsil ettiği alacağı B'ye ödeyecek, karşılığında belirli bir ücret alacaktır.

Şu noktaya dikkatleri çekelim ki, inançlı işlemler kanuna karşı hile aracı olarak kullanılmaya fevkalade elverişlidir.

A-B arasındaki inançlı alacağın devri işlemi geçerli olduğuna, fakat bu işlemle hukuk düzeninin avukatlık yapmasına izin vermediği A'nın bu yasağı bertaraf etmesi sağlandığına göre, ortada gerçek anlamı ile bir kanuna karşı hile vardır¹³⁹.

72 Azınlık-ta kalan bir görüşe göre, A-8 arasındaki alacağın devri muvazaalı, bu sebeple de hükümsüzdür¹⁴⁰. Hiç kuşkusuz, taraflar inançlı bir alacağın devri yerine, muvazaalı bir alacak devrini tercih edebilir. Ne var ki, daha önce gördüğümüz gibi, bir işlemin ciddi olması asıldır. Onun muvazaalı olduğunu iddia eden kimse bunu ispat etmelidir. Olayda muvazaa ispat edilirse, kanuna karşı hile "gerçek" olmaktan çıkar ve "gerçek olmayan anlamda bir kanuna karşı hile"ye dönüşür.

73 Mesele, Türk Hukuku açısından ele alındığı vakit, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 63. maddesinin 3256 sayılı kanunla değişik 3. fıkrasını göz önünde tutmak gerekir. Bu hüküm "Avukatlık yapmak yetkisini taşımadıkları halde muvazaalı yoldan alacak devriler ve kanunların tanıdığı başkaları kötüye kullanarak avukatlara ait yetkileri kullananlar" için cezai yaptırım öngörmekte ve aynı kanunun, yargı organları önünde gerçek ve tüzel kişilere ait bakılan dava etmek yetkisinin yalnız baroda kayıtlı avukatlara ait olduğunu bildiren 35. maddesini tamamlamaktadır. Avukatlık K. m.

139) Federal Mahkemenin bu yoldaki kararları için bkz. BGE 56.II.195; 87.II.203. Yüksek Mahkeme bu kararlarında alacağın devrini hükümsüz saymıştır.

140) Bu düşüncede: Yung, Etudes et articles, Geneve 1971, s. 163, 175.

63111'deki "muvaazalı yoldan" ibaresi, Borçlar Hukukundaki dur ve teknik anlam, ile anlaşılırsa, inançlı alacak devirlerini kapsının almayan bir ibare olarak değerlendirilebilir. Bizce, burndnki "muvaazalı yoldan" deyi-mi. "hileli yoldan" anlamında kullanılmıştır ve kanun hükmünü bertaraf etmek için yapılmı inançlı işlemleri de kapsar. Bir an için bu düşünce tarzı kabul edilmese bile, inançlı temlikJer, bu defa da aynı hükümdeki "kanun-ların tanıdığı başka hakları kötüye kullanarak" ibaresi içine sokulabilir. O halde, Avukatlık K. m. 63/111 hükmü karşısında hukukî durum şöyledir:

- Alacağın temlikli muvaazalı ise er ek olma an anlamda kanuna karşı . za en muvaaza se ebiyle hükümsüzdür. Bu ihtimal e, tem • lffilinfusuz sayınakuzer-eAvukatlık Kanunu hükümlerine başvurmak gerek-sizdir. 1 an madden-in öngördüğü cezaı yaptırım saklıdır. •

- Alacak, Avukatlık K. m. 35 hükmünü dolanmak üzere *inançlı bir iş-lemle* devredilmişse, artık bu işlemin geçersizliğini ileri sürebilmek için gerçek anlamda kanına karşı hileden söz etmeye yer ve imkan kalmamıştır. Zira, maddenin sadece bir ceza yaptırımını öngömlesine rağmen, Avukatlık K. m. 63ffil' e aykırı düşen devirlerin aynı zamanda BK. m. 20 uyarınca batıl sayılması gerekir. Kanunun koruyucu amacı bunu gerektirir. *Kanuna karşı hile oluşturabilecek bir durum, açık bir kanun hükmü ile düzenlenip yasaklanmışsa, bundan böyle kanuna karşı hileden söz edilemez. Ortada, sadece, ilgili kanun hükmünün doğrudan doğruya ihlali vardır*¹⁴¹.

- *İkinci örnek: Medeni Kanunumuz, gerek taşınır gerekse taşınmaz rehninde, borç ödenmedi- takdirde reh • caklının relinedilen mala ma o masını öngören kayıtları geçersiz say,mıştır. Buna lex commissoria yasağı denir* (MK. m. 873/II, 949).

74

Bu hükümler karşısında, teminat sağlamak amacıyla yapılan inançlı devirlerin geçer-li sayılabiliş sayılamayacağı sorusu zihinlere talalabilir. Bir taşınır, anılan amaçla inançlı olarak devredilmiş ve borç ödenmediği takdirde alacaklının, inançlı olarak elde ettiği malın değeri ne olursa olsun, onu kesin olarak muhafaza edebileceği kararlaştırılmışsa, burada lex commissoria yasağının doğrudan doğruya çiğnenmesi söz konusudur. Buna karşı, borcun vadesinde ödenmemesi halinde, alacaklı inançlı olarak iktisap ettiği malı (MK. m. 2 çerçevesinde gerekli özeni göstererek) uygun fiyatla satacak¹⁴² ve şahş bedelinden alacağını (MK. m. 946'da öngörülen ekleriyle birlikte) tahsil ettikten sonra geri kalan meblağı güvenene verecek ise, artık MK. m. 949 hükmünün çiğnendiğinden söz edilemeyecektir. Zira, lex commissoria yasağı, henüz muaccel olmamış ala-

141) **Özmen/Özkaya**, not 1 'de age, s. 572-573. Bu gibi kanun tarafından açıkça düzenlen-dikleri için "kanuna karşı hile" statüsünü kaybeden kanuna karşı hile durumlarına ör-nek olarak bkz. MK. m. 766. Ayrıca krş. "Kanuna karşı hile" kenar başlığını taşıyan TTK. m.311.

142) Bu malın, satılmaksızın, güvenilenin mülkiyetinde kalması da mümkündür. Ancak, bu ihtimalde güvenilen, malın piyasa değerinden alacağını indirdikten sonra geri kalan miktarı yine güvenene vermekle yükümlüdür.

ca.klırda borçlunw, sönüriilmcsini engellemek için öngörölmüşür. O, sıkışık durumu ebcbiyle. yüz bin liralık borcu için bir milyon liralık malının mülkiyetinin alacaklıya geçme ini kabul etmiş olabilir. Oysa, yuknndu belirtildiği gibi hareket edildiği vnkit, böyle bir sömürü tehlikesi kalmamış ve dolayısıyla lex commissarin yınsnğıru getiren hükmün uyguluma alanı dışınnçılmıştır¹⁰.

75 İşte bu yasaktan kurtulmak ve ödünç olarak verilen paranın teminatını teşkil eden taşınmazla ilgili mülkiyetin borç ödenmediği vakit alacaklıya geçmesini sağlamak üzere, tarafların şu yola başvurdıkları görölmektedir: Ödünç alan, bir taşınmazını ödünç veren alacaklıya satmayı vaat eder ve ödünç olarak verilen parayı karşılayan miktar, bu satış vaadi sözleşmesinde satış bedeli olarak gösterilir. Böylece, ödediği parayı vadesinde geri alamayan "ödünç veren" ("alıcı"), satıcı durumundaki ödünç alanı dava ederek taşınmazın mülkiyetini elde etmek imkanını kazanır. Yine sözleşmeye eklenen bir hükümle, satıcıya aldığı bedeli belirlenen vadede geri vermek suretiyle satış vaadini hükümsüz bırakma yetkisi tanınır. Görölüyor ki, bu yola başvuran taraflar, *lex commissoria* yasağını dolanmak üzere, taşınmaz satış vaadi sözleşmesine ödünç olarak verilen paranın teminatı fonksiyonunu gördümektedir.

76 Bu ihtimalde hukuki durumun ne olduğu hususunda iki görüş vardır:

- Yargıtay kararlarının büyük bir bölümünde benimsenen birinci görüşe göre, buradaki satış vaadi sözleşmesi arkasındaki ödünç sözleşmesini gizleyen muvazaalı ve dolayısıyla hükümsüz bir sözleşmedir¹⁴⁴. Bir başka ifade ile, ortada bir "gerçek olmayan kanuna karşı hile" vardır.

- Öğretide genellikle benimsenen görüşe göre ise, satış vaadi taraflarca gerçekten istenmiş, ciddi bir işlemdir. Ne var ki, bu işlem *lex commissoria* yasağını düzenleyen MK. m. 873/II hükmünü bertaraf etmek üzere yapılmış (gerçek anlamı ile) bir kanuna karşı hile oluşturur¹⁴⁵.

Bizce, daha önce belirttiğimiz gibi, asıl olan hukuki işlemlerin muvazaalı değil ciddi olmasıdır. O halde, muvazaa ispat edilmedikçe, öğretinin benimsediği "gerçek anlamı ile kanuna karşı hile" görüşüne üstünlük tanımak yerinde olur.

143) Bkz. **Oftinger/Bar**, Zürcher Kommentar, 3. A., Zürich 1981, Art. 894, N. 21 vd.; **Steinauer**, Les droits reels, tome M, Berne 1992, s. 309-310, N. 3054-3054a.

144) Örnek olarak bkz. 14. HD. 6.11.1984, E. 1984/4408, K. 1984/6692 (YKD 1985/3, s. 395; **Özmen/Özkaya**, not l'de age, s. 494 vd.).

145) **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 422-423; **Özmen/Özkaya**, not l'de age, s. 571; Eren, s. 337; Helvacı, not 129'da age, s. 145 vd. - Krş. **Kuntalp**, Lex Commissoria Yasağı Kavramı, Koşulları ve Uygulama Alanı, İnan Kırac'a Armağan, Ankara 1994, s. 158.

2. Kanuna Karşı Hile'nin Yaptırımını ve Modern Hukuktan Bağımsız Bir Kanuna Karşı Hile Kavramının Yer Olup Olmaması

Bugün genellikle kabul edilen görüşe göre. kanuna karşı hile yoluyla 77
 belirlenen bir şeyin dilmek 1❖lcf\-Cn kmm-nhük.inucfoguann- doğruluğu ihlâl edilmiş ol-
 t❖.1) J11❖. .pırının uygu1Ti11:iciK idiyse.lrnnuııı nrşillife-olu .turan işleme
 de aynı y❖❖❖irıı!_1❖)g!:_1_anır❖Ş-ü uldc.-yukarıda ve en satış vaadi örne-
 ❖inde.7c.i *commissoria* yasağını getiren MK. m. 873/11 ihlâl edilmiş sayıla-
 rınk satış vaadi sözleşmesinin kesin hükümsüz olduğu sonucuna varılacak-
 tır. Hiç kuşkusuz burada sözi ile edilen kanuna karşı hile, gerçek anlamı ile
 kanuna karşı hiledir. Zira, gerçek olmayan anlamda kanuna karşı hile oluş-
 turan işlem esasen muvazaa sebebiyle hükümsüzdür.

Kanuna karşı hile'nin yaptırımını MK. m. 2/II'deki hakkın kötüye kul- 78
lamaması as-a ında arayan dü ünçe ni ör'etide eneliikle kabul
gömlmekte ve Federal Mahkeme tarafınd k a reddedilmiş u-
unm rta ır . Kanuna karşı hile, esas itibarıyla bir kanuna aykırılık hali-
 dir. Bir hükmün ruh ve amacına sözünden daha fazla değer veren modern
 yorum kuralları açısından, hükmün sözünün kapsamı dışında kalan, fakat
 onun ruh ve amacına aykırı düşen işlemler de il.füili hükme (doğrudan doğ-
 ruya olmasa bile) dolaylı biçimde aykırı sayılır¹ . Şu halde, sonuçta, kanu-
 na karşı hile oluşturan işlem, dolanmak istediği hükmü ihlâl etmiş demektir
 ve bu yüzden (MK. m. 2/II'ye başvurmak gereği kalmaksızın) ortada sade-
 ce (ruh ve amacına göre yorumlanması gereken) kanun hükmüne aykırı
 düşen bir işlem vardır. Bu düşünce tarzı, bir yandan gerçek anlamı ile ka-
 nuna karşı hile'nin yaptırımının neden dolayı dolanılan hükmün yaptırı-
 mından ibaret olduğunu çok güzel açıklamakta, diğer yandan da, bağımsız

146) **Kramer**, Art. 18, N. 145; Art. 19-20, N. 264; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 424; **Oğuzman/Barlas**, Medeni Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 13. bası, İstanbul, 2006, s. 207. -Avukatlık K. m. 63/III hükmünün öngördüğü ceza yaptırımını bir yana bırakıldığı takdirde, avukatlık mesleğini icra edemeyen bir kimseye inançlı olarak alacağın devri örneğinde durum şöyledir: Avukatlık yapmak için ruhsat alınmasını şart koşan kanun hükmünü kanuna karşı hile yolu ile bertaraf eden kişiye, onun dolaylı biçimde avukatlık yapmasını önleyecek ve kanunun öngördüğü durumun gerçekleşmesini sağlayacak yaptırım uygulanacak ve bunun için alacağın temlik sözleşmesi geçersiz sayılacaktır.

147) **Mayer-Maly**, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Basel 1996, Art. 2, N. 39; **Kramer**, Art. 19-20, N. 264; **Jaggi/Gauch**, Art. J8, N. 171. Aksi görüşte: **Oğuzman/Barlas**, not 146'da agc, s. 206.

148) BGE 115.11.87.

149) Federal Mahkemeye göre, yasaklayıcı bir kanun hükmünün sözüne (lafzına) itibar edildiği, buna karşı ruhuna aykırı hareket edildiği zaman kanuna karşı hile söz konusu olur. Böyle bir hilenin bulunup bulunmadığının anlaşılması, ilgili hükmün sadece sözüne değil, fakat ruh ve amacına göre nasıl yorumlanacağına bağlıdır. (BGE 104.II.206; 107.II.445). Ayrıca bkz. **Jaggi/Gauch**, Art. 18, N. 171.

bir kanuna karşı hile kavramına ihtiyaç kalmadığını göstermektedir¹⁵⁰. Buna rağmen, sırf ihlalin ..doğrudan doğruya" değil, "dolaylı" yoldan gerçekleştiğini ifade etmek üzere, kanuna karşı hile'den söz etmekte bir sakınca olmadığı düşüncesindeyiz.

3. Sözleşmeye Karşı Hile ("Vertragsumgehung")¹⁵¹

79 Hile bazen İkmüoi dt ğil fakı biLsözksme bükünü dolanının üzr yapılabilir. Dolanılan hükmün sözleşme niteliği taşımayan bir Tükufi işlemde de yer alabileceği göz önünde tutulursa, burada "sözleşme-değil, "işleme" karşı hileden bahsetmek daha doğru olurdu. Ne var ki, öğretide yaygın biçimde kullanılan deyim "sözleşmeye karşı hile" deyimidir. Onun için, biz de bu deyim kullanıyoruz.

Bu konuda şu örneği verebiliriz: BK. m. 348 vd. de düzenlenen rekabet yasağı sözleşmesi aracılığıyla, işçinin işverenden ayrıldıktan sonra bir yıl süreyle kendi adına onunla rekabet edecek biçimde bir iş yapmaması kararlaştırılmış iken, sözleşme ile öngörülen bu yasağı dolanmak için, işçi tamamen kendi hakimiyeti altında bulunan tüzel kişiliğe sahip ticari bir şirket kuruyor ve rekabet "şirket" tarafından yapıldığı için, sözleşmenin ruh ve amacına ters düşen bu durum şeklen sözleşmenin sözüne uygun gözüküyor¹⁵².

Genellikle kabul ediliyor ki, Jcar.s.1-hile-hal-nde,-hpkı kap.una karşı hile'de oldu 'bi .. n do ğ!!:Ya ihlal ediJs9-di hangi ygulanacakidi.y..s.e y_o) :'.ap.tınm. uygularria_aJam bulur.

Öğretide, "kanuna karşı hile" halinde (hiç değilse olayların büyük bölümü için) dürüstlük kuralından (MK. m. 2/D yararlanılması şu gerekçe ile reddedilmiştir: MK. m. 2/I'in uygulanabilmesi için ilgililer arasında, onları karşılıklı gözetme ve güven ilişkisi içine sokan özel bir hukulô bağlantı (rechtliche Sonderverbindung) bulunmalıdır. Oysa, kanuna karşı hile hallerinin büyük çoğunluğunda bu şart gerçekleşmeyecektir¹⁵³. *Riemer*, "sözleşmeye karşı hile" halinde durumun değiştiğine ve taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi "özel hukulci bağlantı" şartını gerçekleştirdiğine göre, MK. m. 2/I'in uygulanmasına bir engel kalmadığına işaret ediyor. O halde yazara göre, sözleşmeye karşı bile yapan kişi dürüstlük kuralına (MK. m. 2/1) ters düşen bu davranışının sonucu olarak, dolaylı biçimde ihlal ettiği sözleşme hükmünün kapsamlı içine alınacaktır¹⁵⁴.

150) Bkz. **Merz**, Art. 2, N. 91; **Kramer**, Art. 18, N. 145; Art. 19-20, N. 264; **Medicus**, AT, N. 660; **FJume**, § 17, 5, s. 350. Farklı: **Larenz**, AT, s. 433, not 20; **LarenzWoJf**, § 40, not 41.

151) Buradaki açıklamalar için özellikle bkz. **Riemer**, Vertragsumgehungen sowie Umgehungen anderer rechtsgeschäftlicher Rechte und Pflichten, ZSR 101/I, 1982, s. 357 vd.; **Kramer**, Art. 18, N. 140, 144, 145; **Merz**, Berner Komm., Art. 2, ZGB, N. 94.

152) Bu örnek **Riemer**, not 151'de age, s. 366'dan esinlenerek verilmiştir.

153) Bkz. **Merz**, Art. 2, N. 92, 17, 20, 34.

154) **Riemer**, not 151'de age, s. 372 vd. ve not 98.

§ 36. Hntn

1. Kavram ve Uygulama Alanı

1. K:n'm1

"*Erarre lumamum est*" (yanılmak insanlar içindir). Eski Yunandan gelen bir başka özdeyişin belirttiği gibi "Hiçbir şeyde yanılmamak ilahlara özgüdür."

Hata anılma denin bundan enellikle, gerçek durum hakkında bilin 1 o ma (şu balçJ ger ege H,y[lli!dı-1 i i me en yanlış hır tasavvur (tasarım) (fa/sa opinio) qlaş!! ır Görü l üğü gi bi..bı.ı,.anfayışa-gore;uygtrrr-uzhrıç.. er-ek durum' il. bulın iliskin "tasavvur" arasındadır. Buna karşı, ıger bir görüşe göre, hata'dan, gerçek duruma ili kin "yan 1 ştasavvur 'un aynı k o n udaki "doğru t l'savvur"a-uyınainasi-anla ılmalıdı? -

"Bilgisizlik" (*ignorantia*) kavramının hata ile ilişkisi ayrıca aydınlatılmaya muhtaçtır. Bir kimse n akında tarlanda olma hiç bir tasavvur s ibi de-ilse bilisizlikten söz ed ir !.UJıalde. lı.tcad.Cyanış ır tasavvur" değil, "tasavvur yokluğu" bahis konusud r. akim örüşe gore bilgisizli..Kôe-hata ı e ır tutu ur . Ya ız, gerek "yanlış tasavvur" gerekse "birgisizlik-nhalinde, beyan sahibinin bu durumun farkında olmaması şarttır. "Bilmediğini bilen" kisi yanılmış say.İlama}acağı gibi t avvurunun doğruluğu konusunEa..ş!i.R enter ddüt dJ.l A_Q çı ms ip d hiJ}ata _u,iği S & eneme Z.

2. Uygulama Alanı

Borçlar Kanununun hataya ilişkin 23. vd. maddelerinin uygulama alanı ile bakışta sanılabileceğinden daha dardır. Zira, daha önce gördüğümüz gibi⁵ !! ata ihtimallerinin bir çoğu yorum yoluyla ve BK. m. 1 çerçevesinde tasfiye edilir. Durumu, bugün hakim olan "iki aşama (kademe) teorisi"nin ışığında⁶, şöyle özetleyebiliriz:

- 1) Özellikle bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul 1968, s. 30.
- 2) Schmidlin, Art. 23-24, N. 7.
- 3) Özellikle bkz: Kocayusufpaşaoğlu, not 1'de age, s. 30-31; Gauch/Schluep/Schmid, N. 762; Meier-Hayoz, Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss, Aarau, 1948, s. 173-174. Hiç değilse, BK. 24/1, b. 4'de düzenlenen "temel hatası" açısından aksi görüşte: Kolly, Der Grundlagenirrtum nach Art. 24 OR., Zürich 1978, s. 17, 18.
- 4) Gauch/Schluep/Schmid, N. 763; Cuenod, Delimitation du domaine de l'erreur dans les contrats en droit suisse des obligations, Vevey 1941, s. 96-97; Eren, s. 340-341; Edis, Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Akdin Lüzumlu Vasıflarında Hata, Ankara 1973, s. 6-8.
- 5) Bkz. yukarıda § 13, N. 5 vd.
- 6) Özellikle bkz. Schmidlin, Vorbem. zu den Art. 23-27, N. 221-222; Bucher, AT, s. 123, not 46; s. 195, not 6.

- *Birinci aşamada*, irade beyanlarını yorumlayarak, BK. m. I çerçevesinde sözleşmenin k."Urulup kınulmadığı araştırılacaktır. Hata, karşı tarafça bilindii?; i .eı-a .en ilkesine öre bilinebilir sayıldığı vakit, artı a Ü-um e;;nıı . m. _ v. uygulanmasına yerka mainıştır. Çünkü, yerine göre, yasözleşmenin hata e enin gerçek iradesine göre kurulduğu veya hiç k.7.II.Ulmadığı (yokluk) sonucuna varılacaktır⁷.

- *İkinci aşama'ya geçilmesi, ancak, karşı tarafça bilinmeyen veya bilinemeren hatalarda söz konusu olur. Bu ihtimalde, karşı tarafın kendisine --yaprhfıı beyana gıvenı KOrunIıIUVesö.zleşine b1.1-beyana uygun biçimde ru muştur. onun sonucu olarak ata eden..taraf\$rçek iradesine uymayan"iJir sözleşme ilişkisi içine gi.rınıştır. Q, dileFSe, BK. m. 23 vd. hükümlerin--ciayanaral(sözleşmeyi iptal edebilecektir.*

Bütün bu söylenenler, hiç kuşkusuz, sadece beyan bıtalaı.ı-ıç.in. değer taşır. Beyan hatalarında hata a dü en taraf• adesine u a an bir beyanda u unur, ır aşka deyimle, onun ger ek isğj ile bll anı r.asında bir yumsuzluk..iardır.

4

BGB § 119/1'e uygun biçimde, beyan hataları iki grupta toplanabilir:

- Birinci grupta "beyan eyleminde bata" ihtimali yer alır. Burada, beyan sahibi, iradesini dış dünyaya yansıtip yürürlüğe koymak üzere kullandığı beyan vasıta ve işaretilerinde yanılmakta, bunun sonucu olarak da, içeriğini hiç istemediği bir beyanda bulunmuş duruma düşmektedir. O, "satmak" istediği halde "satın almak"tan söz etmişse veya "1000" diye yazacak yerde yanlışlıkla "100" demişse durum böyledir.

- İkinci grupta "beyanın içeriğinde veya anlamında bata" diye adlandırılan haller yer alır. Beyan sahibi, yaptığı beyanın sözünü, bunun için kullandığı beyan işaret ve vasıtalarını gerçekten istediği, fakat bunlara doğru bir yorum sonucu verilecek anlamdan başka bir anlam vermiş olduğu zaman bu durum karşımıza çıkar. Örneğin, (Avrupa Birliğince euro=avro'nun kabulünden önceki döneme ilişkin bir olayda), o "Frank" üzerinden bir tek.lifte bulunurken İsviçre Frank'ını düşündüğü halde, yorum sonucu bu beyan Fransız Frank'ı olarak değerlendirilmektedir.

Şu noktayı ekleyelim ki, yaptığı beyanın içeriğinde (anlamında) hataya düşen kişi, bu içerikte bir beyanda bulunmayı hiç istemiyor sayılacağına göre, bu iki hali birbirinden ayırmak için çaba sarfetmenin hiçbir pratik anlamı yoktur. Önemli olan, beyan ile irade arasında bir uyumsuzluğun bulunmasıdır⁸.

5

Buna karşı, *saik hatalarında*, yukarıda "ilci aşama teorisi" çerçevesinde yapılan açıklamalar bir değer taşımaz. Saik denince, bundan tarafları hukuki işlemi yapmaya sevk eden ve çok defa karşı tarafça bilinmesi söz ko-

7) Nitekim, bu açıdan, Fransız Hukukunda "sözleşmenin kurulmasını engelleyen hata" (erreur-obstacle) ile "sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açan bata" (erreur-nullite) birbirinden ayrılmaktadır (Carbonnier, Droit civil, tome 4:)es Obligations, 16. edition, Paris J 992, s. 96).

8) Bkz. Medicus, AT, N. 746; Kocayusufpaşaoğlu, not 1'de age, s. 48. Ayrıca bkz. Brox, N. 414.

nusu olmayan düşünce ve tın avvurlar nınlaşıhr. Ömeğin, şemsiyesinin kny-
lolduğunu sanan bir kimse yeni bir şemsiye nırsn. ortada bir saik hatası
n.rdır. Bu önlektc, yeni şemsiye nımı için beyanda bulunan kişinin beyanı
imdesinc tnm olarak uymaktadır. Aksaklık, daha önceki bir aşamada, *ira-
lc•ni11oluşması* sırsındı gerçekleşmiştir. O, yeni bir şemsiye almayı ger-
Ç\!kten istemektedir. çünkü eski şemsiyesinin kaybolduğunu sanmakta,
böylece bir saik hatasına düşmektedir. Aşağıda tekrar göreceğimiz gibi,
"adi saik hat:ıları" hukuki işlem üzerinde herhangi bir şekilde etkili olma
gücünden yoksundur. Saik hatası, nitelikli bir kimlik kazansa ve BK. m.
.v1 b. 4'de düzenlenen "temel hatası" olarak değerlendirilebilse bile, bu
ihtimalde, karşı tarafın hatanın farkına vamlası (beyan hatalarından farklı
olarak) sözleşmenin kınılmasını engellemez⁹. Bu sonucu haklı gösteren en
önemli gerekçe şudur: Hile halinde, karşı tarafın içine düştüğü saik hatası
aldatan tarafındarı pek iyi bilindiği, hatta bizzat o bu saik hatasına yol açtığı
halde, bu husus kanun tarafından sözleşmenin kurulmasını engelleyen bir
aksaklık olarak göülrnemiş ve hile sebebiyle iptal hakkı saklı kalmak üze-
re, sözleşmenin meydana geldiği kabul edilmiştir (BK. m.28,31)¹⁰.

II. Borçlar Kanununda Öngörülen Esaslı Hata Halleri ve Bazı pzel

Durumlar

1. Genel Olarak

Kanun, yerinde olarak, bütün hataların sözleşmenin iptaline yol açma-
sını kabul etmemiştir. Bir hatanın yanılana iptal hakkı vermesi için onun
"esaslı" olması gerekir. Su halde, esaslı hata, ya ılan i lemin hükümsüzlü-
ğüne yol açan ve ip:1:h ı veren ır tadll ju cö?ün sebebi açıktır:
Mata, beyaıf safüoinin riziko alanında gerçekleşen bir aksaklıktır ve her
çeşit hataya iptal hakkı tanımak, hatanın farkına varmayan veya varamaya-
cak dunımda olan diğer sözleşenleri zor durumda bırakacak, alışveriş haya-
tında hakim olması gereken güven ve istikrarı zedeleyecektir. Bu yüzden
kanun, ancak esaslı hataların işlemin iptaline yol açabileceğini BK. m.
23'de açıkça ifade etmiştir.

Esaslı hata'dan ne anlamak gerekecektir? BK. m. 24, "Esaslı hatalar
hassaten şun r zr ı ere W-SOI1fill.D-Cellab.1.m-...1;:&me-11.şımş.tır. Ne
var Ki.--nassaten" Özellikle) sözcüğünün gösterdiği gibi, bu maddedeki
sayım sınır ayrcı- birniteli:lcurşnnafüalcta ve sa ece esaslı hatalarla ilgili en
önemli ömekle:i-vermekle..}!etinmelaec ·r.

9) Patry, Le principe de la confiance et la formation du contrat en droit suisse, Geneve
1953, s. 238 vd.; 252; Kocayusufpaşaoğlu, not l'de age, s. 130 ve not 263.

10) Aşağıda "Hile" bahsinde göreceğimiz gibi, hile bir "beyan hatası"na yol açmışsa, durum
farklıdır. Bkz. § 37, N. 16.

Şu vur kı. İsviçn-: öğretisinde i,orel edildiği gibi, bugüne kadar uygulanmıdn, "esaslı" s.t) ılım, foknt BK. m. 24'de verilen ömcklerdcn hiçbirinin kapsamına girmeyen bir lııııa h:ılinc rastlanmış değildir¹¹. Türk Hukukunda dıı dunun bundun farklı snyılıınaz.

Aşağıda, önce. BK. m. 24'de sayılan esaslı hata hallerini teker teker ele almak. daha sonra da, bütün bu açıklamalara dayanarak esaslı hataya ilişkin genel bir tarife ulaşmak imkanının bulunup bulunmadığını araştırmak istiyoruz.

2. BK. m. 24'de Sayılan Esaslı Hatalar

- 8 BK. m. 24'ün ilk üç bendinde sayılan hallerin hepsinde beyan hataları söz konusudur ve kanunu düzenleme tarzından..belirli bir önem derecesi-
?a <! _ü medikçe beyan hatalarına esaslı gözü ile bakıldığı anlaşılmaktadır.

Sının nasıl çizileceği aşab>ıda (3) başlığı altında incelenmektedir.

- 9 *Alelade saik hatalar*!!!!!! esaslı hata sayılamayacakları ve bir iptal hakkı vermeyecekleri kamında açık ifadesini bulmuştur (BK. m. 24/II). Bu kuralın bir istisnası vardır: Adi saik hatası, bazı şartların gerçekleşmesiyle "nitelikli" bir kimlik kazamış ve bir "temel hatası" mertebesine yükselmişse, BK. m. 24/I, b. 4'e göre bu da esaslı bir hatadır.

- 10 Sayılan bütün örneklerde kamın hep "sözleşme"den bahsetmektedir. Biz de, kamına sadık kalarak öyle yapacağız. Ancak, bu hükümlerin uygulama alanının daha geniş olduğunu ve yalnız sözleşmeleri değil, tüm "hukulci işlemleri" kapsamına aldığını gözden uzak tutmamak gerekir.

a. Sözleşmenin Niteliğinde (Mahiyetinde) Hata (Error in negotio) (BK. m. 24/1, b. 1)

- 11 Burada yanılan, gerçekte yapmak istediği sözleşmeden nitelikçe farklı bir başka işlem için beyanda bulunuyor, öm?iin kiralama?< istediği malı yanlış bir beyan sonucu satın alını duruma dü ü or yahut a lacaklıya karşı acfı kefil olmak isterken, yiP..,?İ!ad?ne uymayJ!I} bir be _an yilzüncfen asıl
öorçlunun borcunu üzerine alıyor (dış b_(?I_Ç!;!11_!1.akli).

Yanılanda hiçbir hukuki sonuç ve beyan iradesi bulunmadığı, yani o, bulruken sonuç doğuracak bir davranışta bulunduğunun farkına dahi var-
maoığı balde, hukuki bağTılıl< doguran bir sözleşme irorulTtn:rşsa- oıneğin
b1:rlfütlam-am?l.<fubuj mzal mm.ak _sterin:ke.J1, y anlışJ?..keial?t ?e?dine
-VEYA kira sözleşmesine imza atılıyQr), yine bir ei:ror. in negotio'dan söz
açmak-yefinaeolur¹².

11) **Schwenzer**, Basler Komm., Art. 24, N. 1.

12) **Bucher**, AT, s. 199-200; **Schweezer**, Basler Komm., Art. 24, N. 11.

b. Kişide (Şahısta) Hntn (Error in personu) (DK. m. 24/1, b. 2)

Bumda ymHlan, sözleşmeyi A ile yı ınık isterken (örneğin icabını yan-
hslı •, ye onocn 11csf sonucu Jtr askası ile a ına tnair:-Şu var i,
kişi❖❖ ha'a'nın❖s_nslı sayJlabjl11 lcsi iç_iJl,❖ll111 kan'-!nun d❖ii_ııı_ıTcTT'uzchne
 borç alırken başlıca na❖,!rn_aJd❖ğ_ı sab❖sta:❖Y❖!nı • olması, bir oaşkaoc-
yimle, karç_J_!prajı11 kimliği11i11 /..urulacak. ö.zlesmf! ha 51111!_ııdaıı oııem ıaşı-
mas., sözleşmenin onu11 Şt!hSJ dikkatÇ_nlnara yJıp.ıj.ıruş_oJması gerekir.
 Ömegin. ünlü portre ressamı B ile sözleşme yapmak isteyen A, icabını isim
 ve adres benzerliği sebebiyle ressam C'ye göndennişse durum böyledir. O,
 sözleşme yaptığı C'nin "kimliğinde" yanılmış, B ile sözleşme yapmak is-
 terken, C ile sözleşme ilişkisi içine girmiştir. Buna karşı, bir akşam misafir
 olarak gittiği evde kendisine takdim edilen ressam C'yi, isim benzerliği
 dolayısıyla B ile karıştıran A, C ile yaptığı sözleşmede, kişide hataya day-
 namaz. Bu ihtimalde, o, gerçekten kendisi ile tanıştırılan C ile sözleşme
 yapmak istediğinden C'nin "kimliğinde" değil, "niteliklerinde" hataya
 düşmüştür¹³.

12

Kişide hata'dan söz açabilmek için, mutlaka *karşı tarafın* kimliğinde
 yanılmak şart mıdır; yoksa sözleşme açısından önem taşıyan *üçüncü bir*
hşinin kimliğinde yanılma da buraya girer mi? Bu konu tartışmalıdır:

13

- İsviçre öğretisinde ağır basan görüş, BK. m. 24/1, b. 2'deki kişide ba-
 ta hükmünün, ancak karşı tarafın kimliğinde yanılma halinde uygulanabile-
 ceği tarzındadır¹⁴.

- Bizim üstün tuttuğumuz görüşe göre ise, BK. m. 24/1, b. 2'nin bu ih-
 timali de kapsamına almaya elverişli metnini göz önünde tutarak, sözleşme
 yapılırken "başlıca nazara alınan üçüncü kişi"de yanılma halinde de, kişide
 hata vardır¹⁵. O halde, kefil, alacaklı ile yaptığı kefalet sözleşmesinde, B'in
 borcu için kefil olmak isterken, yanlışlıkla C'nin borcu için kefalet alhna
 girmişse, yine BK. m. 24/1, b. 2 uygulanacaktır.

c. Şeyde Hata (Error in corpore, error in objecto) (BK. m. 24/1, b. 2).

Bu ihtimalde, xanılan, sözleşmenin konusunu olu turan şeyde hataya
duşme ,omeğin bir antikacı dükkanında beğendiği in vazosunu iaret
e ecek yerde, d-i atsızlıkl❖nun anında_duran e.:v.lreli.gö st❖rt rek, ertesı
gun adresine gonderi_mesiniistemektedir.

14

13) Ayrıca bkz. aşağıda N. 14 ve 22.

14) **Schwenzer**, Basler Kornm., Art. 24, N. 14; **Schmidlin**, Art. 23-24, N. 413; **Schmidlin**, CR, Art. 23-24, N. 27; **Klausberger**, Die Willensmangeln im schweizerischen Vert-ragsrecht, Zürich 1989, s. 132-133.

15) Buradaki gibi: **Oser/Schönenberger**, Art. 24, N. 26; **Oğuzman/Öz**, 4. Bası, s. 82.

Yukarıda, kişide hata dolayısı ile karşımıza çıkan problem burada da geçerlidir: Şeyde hatadan söz açabilmek için şeyin "kimliğinde" yanlış olmak şarttır. Şeyin doğru olarak belli edilmiş olmasına rağmen, onda var olduğu sanılan nitelikler mevcut değilse, şeyde hatadan değil, şeyin "niteliklerinde" (vasfında) hatadan söz açmak gerekir. Nitelik hatası ise (ister kişinin, ister şeyin niteliklerinde yanlışla bahis konusu olsun) ancak, şartların varsa bir temel hatası (BK. m. 24/1, b. 4) olarak sözleşmenin iptaline imkan verir.

- 15 Şimdi, bir örnek üzerinden şeyde hata ile şeyin niteliklerinde hata arasındaki farkı gösterelim: A, bir çok yarış kazanmış "Tango" adlı ünlü bir atı satın almak istemektedir. Ancak o b • Ç-bir:-zaman-görmemiş..olup, o a kimliği sadece "adı" ve "yarışlar kazanır" olması ile oehrlenmektedir. Iango adındaki bir atın B tarafından satılmak istendiğini ö yarışlar kazanmış ünlü Tango olduğu düşüncesiyle B'ye tel :! 01:re0er, yahıg fuks v a-tp:ek !tıpll!:B.!.aQ.srkern-ırsunOa mutabık kalır, ancak daha sonra bu Tango'nun ünlü Tango 2lm ?d!ğ1 anlaşılırsa, buradaki hata a m 'aclr'-ve "bazı nitelikler".iletayin edilen kimliğilidedir (o-ra:ngo-alm:mak istenir!<eiibu TangÖ satın alinmıştır-)ve BK. **M.24/I**, b. 2 anlamında şeyde hata'nın kapsamına girer. Oysa, aynı at A'ya gösterilmiş ve A görerek kimliğini saptadığı atı ünlü Tango sanarak satın almış olsaydı, artık şeyde (atın kimliğinde) hatadan söz açmaya imkan kalmazdı. Bu ihtimalde, A'nın iradesi ile beyanı birbirine uygundur: O, kendisine gösterilen atı almak istemiş ve bu yolda beyanda bulunmuştur. Ne var ki, onun atı satın alma iradesi hatalı biçimde oluşmuştur. Çünkü o, bu atı yarış kazanan Tango sanmaktadır. Yanılma, şeyin "kimliğinde" değil, "niteliğindedir"¹⁶. Bu durumda, BK. m. 24/I, b. 2 (şeyde hata) hükmü uygulanamaz ve meselelerin temel hatasına ilişkin BK. m. 24/I, b. 4 hükmü açısından ele alınıp incelenmesi gerekir.

d. Miktarda Hata (Error in quantitate) (BK. m. 24/1, b. 3)

Kanun burada iki hale işaret ediyor:

- 16 -Yanılanın beyan ederek borçlandığı mikta c isteğinden önemli ölçüde fazla olabilir (Örneğin..,A, B'den bir malını 100.000'e satın almak istediği halde, mektubunda v esa-jıııea-btı miktarı yanlışlıkla I.000.000 olarak gösteriyor).

16) Bkz. **Larenz**, AT, s. 373; **Larenz/Wolf**, 9.A., § 36, N. 55 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, not 1'de age, s. 55 vd.

- Hatnya düşene karşı tnahhüt edilen miktar, onun istediğinden *fJt1emli* ül'üdc az olduğu halde, o, yanlışlıkla bu beyanı kabul etmiş olabilir (Örneğin, A, B'nin kendisine 10.000 üzerinden yaptığı teklifi dikkatsizlik sonucu 100.000 olarak okuyup kabul ediyor).

Miktar hatası konusunda Federal Mahkeme'nin ilginç bir kararı vardır. 17 Olnyda, bir kuyumcu opal bir yüzüğün fiyatını 13.800 Frank olarak tespit etmiş. ancak yardımcısı vitrinde teşhir edilen bu yüzüğün etiketine yanlışlıkla 1 380 rn.kamını kaydetmiştir. Bir müşterinin yüzüğü beğenip 1380 Frnk üzerinden satın almasından sonra, ertesi gün durumu fark eden kuyumcunun miktar hatasına da;,-;anarak sözleşmeyi iptal etmesi Federal Mahkeme'ce yerinde görülmüştür ¹⁷.

Hiç k-uşku yok ki, olaydaki müşteri böyle bir yüzüğün fiyatının hiçbir zaman 1380 Frank olamayacağını farkına varması gereken bir kişi ise, onun, vitrine konulan etiket ile 1380 Frank üzerinden yapılan icaba güveni (böyle bir güven "haklı" olarak değerlendirilmeyceğinden) korunmaz ve sözleşmeye hiç kurulmamış nazarı ile bakmak gerekir¹⁸.

Miktarda hata ile hesap hatalarını birbiri ile karıştırmamak gerekir. 18 Hesap (veya hesaplama) hataları iki biçimde karşımıza çıkabilir¹⁹:

-*Açık hesap hatalarında, hesap sonucunun dayanağı olan hesap işlemleri karşı tarafça bilinebilir biçimde sözleşmenin içeriğine girmiştir.* Örneğin, A. B'ye yaptığı yazılı satış icabında, metresi 2 liradan 10.000 metre kum teslim etmey hazır <illuğtinu:1.rumaşbedei olan 2000 QJiraJ(eodisiae...gönderilir gönderilmez malı teslim edeceğini bildirnuş, kar ı tara(da bu icabı kabul etmişse;-oFtada açık bir hesap hatası vardı- Karşı taraf, sözleşme içeriğine dafür olan- hesap işlemlerinde hata yapıldığını, 2 x 10.000'in 2000 değil 20.000 lira ettiğini kolaylıkla fark edebilecek durumdadır. Kamın, bu ihtimalde "adi hesap yanlışlığı"ndan söz açıyor ve bu gibi yanlışlıkların sözleşmenin geçerliliği üzerinde etkili olamayacağını ve yapılan yanlışlığı düzeltmekle yetinmek gerektiğini açıkça ifade ediyor (BK. m. 24/IIT).

- Gizli hesap hatalarında²⁰ durum farklıdır. Burada, bir kimse, karşı tarafa gerçekten istediği bir miktarı bildirnekte (şu halde onun iradesi ile beyanı aiasıınlatafirbir uygunluk vardır), faat bu rakamı bulmak için yaptığı hesaplarda bir taraflı olarak (şu halde, *kars* z konusu olmaksızın)--yartTlmakta, örneğin baz.! önemli .emJedoi çljkkate

17) BGE 105.II.23.

18) **Bucher/Wiegand**, Übungen im Obligationenrecht, 3. Auflage, Zürich, 2001, s. 198, not 12.

19) Buradaki açıklamalar için bkz. **Schmidlin**, Art. 23-24, N. 530 vd.; **Gauch/Schlucp/Schmid**, N. 839 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, not l'de age, s. 101 vd.; BGE 116.II.685.

20) Öğretide, "gizli hesap hatası" yerine çok defa "hesaplama hatası" deyiminin kullanıldığı ve aynıının açık-gizli hesap hataları değil, "adi hesap hataları" ve "hesaplama hataları" biçiminde yapıldığı görülüyor. Örnek olarak bkz. **Schwarz**, s. 303; **Feyzioğlu**, s. 130; **Kocayusufpaşaoğlu**, not l'de age, s. 101.

almayı unutmakta, yahut hesap işlemlerinde (bazı rakamları çarpar, çıkar, toplarken) yanlış sonuca varmaktadır. Göiildüğü gibi, bu ihtimalde, hesap sonucunun dayanağı olan hesaplama işlemleri karşı tarafa tamamen yabancı kalmakta, esasen çok defa ticari sır niteliğinde olduklarından yabancı kalmaları gerekmekte, bütün bunların sonucu olarak da, iradenin oluşması sırasında gerçekleşen bu tip bir hata (istisna olarak BK. m. 24/I, b. 4'deki şartlar gerçekleşmedikçe) sözleşmenin iptaline imkan vermeyen adi bir saik hatasından ibaret bulunmaktadır²¹.

- 19 A'nın, bir taraflı olarak yaptığı hesaplamayı doğru olarak gerçekleştirerek 10.000 rakamına ulaştığı, fakat bunu mektubuna geçirirken yanlışlıkla 1.000 diye yazdığı durumlarda, açık veya gizli bir hesap hatasından bahsedilemez. Burada, A'nın 10.000 üzerinden olan iradesi ile 1.000 üzerinden yapılan beyanı arasında önemli bir miktar farkı vardır ve durum BK. m. 24/I, b. 3'deki "miktar hatası" kavramının kapsamına girmektedir²².

- 20 Son olarak, şu noktayı belirtelim ki, "miktar da hata" ile "değer hatası" (*Wertirrtum*) birbiri ile kanştınlmamalıdır. Miktar da hata halinde edim konusunun değeri önceden bellidir, örneğin 1.000.000 liradır. Ne var ki, bu değer ifade edilirken bir beyan hatası sonucu, örneğin 1.000 diye yazılmakta veya söylenmektedir. Oysa, değer hatasında, yanlışla *edim konusunun henüz belli olmayan değeri takdir edilirken* gerçekleşmekte, örneğin piyasa değeri 1.000 lira civarında olan bir mala yanlışlıkla 500 lira değer biçilmekte ve beyan 500 üzerinden gerçekleşmektedir. Burada, miktar da hata ihtimalinden farklı olarak bir beyan hatası yoktur. Gerek irade, gerekse beyan 500 rakamına yöneliktir. Ne var ki, iradenin oluşması aşamasında, şeye değer biçilirken yanlış bir takdir yapılmış, 1.000 liralık malın değerinin 500 lira olduğu sanılmıştır ki, bu (BK. m. 24/I, b. 4'ün, yani temel hatasının şartları gerçekleşmedikçe) alelade bir saik hatasından ibarettir²³.

e. Temel Hatası (BK. m. 24/I, b. 4)²⁴

aa. Kavram ve unsur/an

- 21 Adi saik hatalarının esaslı sayılamayacaklarına, bu sebeple de sözleş-

21) Ayrıca bkz. **Schmidlin**, Art. 23-24, N. 537; **Eren**, s. 347.

22) **Schmidlin**, Art. 23-24, N. 538.

23) Bkz. **Schmidlin**, Art. 23-24, N. 419 vd.; **Schwenzer**, Basler Komm., Art. 24, N. 15.

24) Burada kullandığımız "temel hatası" deyimini Almanca "Gnindlagenirrtum" deyimini karşılamaktadır. Buna karşı, Fransızca'da sık sık benimsenen ve Türkçeye "akdin lüzumlu vasıflarında hata" diye çevrilen (örnek olarak bkz. yukarıda not 4'de anılan Edis ve Tandoğan, 1/1, s. 205) "l'erreur sur les elements necessaires du contrat" deyimini (örnek olarak bkz. Guggenheim, s. 149♦ **Jaton**, L'article 24, chiffre 4, CO. Contribution à l'etude de l'erreur dans le droit positif suisse, Lausanne 1939, s. 93 vd.), yine Fransızca'da kullanılan ve "sözleşmenin zorunlu temelinde hata" veya "temel hatası" anlamlarına gelen "l'erreur sur la base nécessaire du contrat" veya "erreur de base" (**Engel**, s. 327) kadar başarılı bir deyim değildir.

meyi hükümsüz kılma gücünden yoksun olduklarına yukarıda işaret etmiştik. Örneğin, teyzesinin o sabah öldüğünü bilmeyen A, onun yaş gününü kutlamak üzere pahalı bir doğum günü pastası alırsa, burada A'nın hatası adi bir saik hatası olmaktan öteye geçmez²⁵. Ne var ki, bazı saik hataları, BK. m. 24/I, b. 4'de öngörülen şartları gerçekleştirerek, *nitelikli* bir saik hatası mertebesine yükselebilir ve esaslı hatalar kategorisine dahil olabilir. Bu durumda, "temel hatası"ndan bahsedilir.

Temel hataları iki biçimde karşımıza çıkabilir:

- Bir çok hallerde, sözleşme konusu *şeyin veya karşı tarafın niteliklerinde* bir yanlışlık söz konusu olur (*nitelik hatası, error in substantia*). 22

Alman Hukukunda, BK. m. 24/I, b. 4'e paralel bir hüküm yoktur. Buna karşı, nitelik hatası, BGB § 119ff'de ayrıca düzenlenmiştir.

Örneğin, A, B'ye çok yüksek fiyatla *Picasso'nun* bir tablosunu satmış, daha sonra tablonun sahte olduğu anlaşılmıştır. Bunun gibi, B'nin, A' dan üzerine inşaat yapmak üzere satın aldığı arsada gerçekte bir inşaat yasağı vardır. Bu gibi örneklerde, B tabloyu ve arsayı kararlaştırılan bedelle satın almayı istemekte ve bu yönde bir irade beyanında bulunmaktadır. Onun beyanı ile iradesi arasında bir uygunsuzluk yoktur. Tablo'nun *Picasso'ya* ait veya arsanın inşaatla elverişli olduğunun sanılması, B'nin iradesinin satın alma yönünde oluşmasına yol açan hatalı birer saikten ibarettir. Ancak, bu saikler, aşağıda göreceğimiz şartları gerçekleştirdiğinden, BK. m. 24/I, b. 4'e dayanılarak temel hatası sebebiyle sözleşmenin iptaline imkan veren nitelikli bir hatanın konusu olmuştur.

Kişisel niteliklerde yanlışlık için ise, diğer tarafa karşı özel ve yoğun bir güven duyulmasını gerektiren sözleşmelerde, onun bu güvene layık olmadığına açık biçimde anlaşılması örneği verilebilir. Veznedar olarak çalışmak üzere işe alınan kişinin daha önce güveni (emniyeti) kötüye kullanma suçundan mahkfuniyeti bulunduğu ortaya çıkarsa durum böyledir²⁶.

- Diğer bazı temel hatalarında ise, sözleşme konusu *şeyin veya karşı tarafın nitelikleri ile ilgili olmayan hususlarda* hataya düşülmüştür, yani bir "nitelik hatası" söz konusu değildir. Örneğin, nasıl olsa işletme ruhsatının alınacağı kanaati ile, A' dan lokanta olarak kullanılmak üzere bir taşınmazı satın alan veya kiralayan B'nin, İdare'nin işletme ruhsatını vermeyi reddetmesi halinde düştüğü hata bir nitelik hatası sayılamaz.

İster bir nitelik hatası oluştursun, ister nitelik hatası olarak görülemesin, 23
hakim görüşe göre, bir saik hatasının BK. m. 24/I, b. 4 anlamında temel

25) Bkz. **Guggenheim**, s. 152.

26) Bkz. **Eren**, s. 352; **Bucher**, AT. s. 207-208 ve not 50.

hatası sayılabilmesi için (bu konudaki tartışmaları bir yana bırakırsak) aşağıdaki şartlar aranır²⁷:

- **Birinci şart:** *Hatanın konusunu "belirli bir olay" teşkil etmelidir.*

Bu, İsviçre Borçlar Kanununun Almanca metninde açık ifadesini bulan (wenn der Irrtum einen bestimmten Sachverhalt betraf...), fakat çeviriye esas olan Fransızca metin gibi bizdeki hükümde de kaybolup giden bir şarttır. BK. m. 24/1, b. 4'ün Türkçe metni "hata ettiğini iddia eden tarafça akdin lüzumlu vasıflarından olarak nazara alınmasına ticari doğruluğun müsait olduğu şeylerde hata edilmiş olması"ndan söz açmaktadır. "Şeylerde" sözcüğü, "belirli olaylarda" veya "belirli durumlarda (hal ve şartlarda)" diye anlaşılmalıdır.

- 24 "Belirli olay", öğretiyeye göre, somut, ferdileştirilmiş (ire selle irilmiş), açılabilir, uyarıcı, çizilmiş, irade, emre, Buo.uu...karşıtı, belirsiz, mupnem, mug, agını, vuzuhsuz, 1. İk olma an ve kan ık olaylardır ki:- bunlar sürekli hareket halinde bulunur veya tamamen tesadüflere-bağlı-olarak-bazan gerçekleşecek hazan gerçelue mey ecek"J.>:ir-nitelik taşırlar-2⁸. Örneğin, fiyatların gelecek'te nasıl biçim seyrir takip edeceği, piyasa durumunun ne olacağı, ekonomik konjonktürün ne gibi özellikler arz edeceği, hep "belirsiz olaylar" kategorisine girer ve bunlara ilişkin ümitler, abartılı beklentiler veya spekülasyonlarda yanılma hiçbir zaman "belirli olaylarda" yanılma sayılamaz²⁹. Oysa, daha önce verdiğimiz örneklerdeki "satılan tablonun Picasso'nun eseri olması" veya "alıcının satın aldığı veya kiraladığı taşınmazda lokanta işletme ruhsatı alması" olguları, hiç kuşkusuz belirli olay şartını gerçekleştirir.

- 15 Belirli olayın mutlaka sözleşme içi bir olay olması gerekmez, sözleşme dışında yer alan bir olay da yeterli olabilir³⁰. Geçmişte yer alan veya halen (sözleşme yapılırken) mevcut olay ve durumların BK. m. 24/1, b. 4'ün kapsamına gireceğinde kuşku yoktur. Buna karşı, gelecekte yer alacak olayla-

27) Özelliklerle bkz. Schmidlin, Art. 23-24, N. 50 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, not 1'de age, s. 86 vd., 161; Engel, s. 328 vd.; Patry, not 9'da age, s. 244 vd.; Eren, s. 329 vd. - Şurasını ekleyelim ki, v. Tuhr'un "nitelik hataları" ile "diğer temel hataları" arasında bir ayrım yaparak bunları birbirinden farklı şartların gerçekleşmesine tabi kılan görüşü (v. Tuhr/Peter, § 37, V, 1, 2, 3; s. 309-310 ve 314-315) İsviçre öğretisinde genellikle kabul görmemiştir.

28) Kolly, not 3'de age, s. 27; Schmidlin, Art. 23-24, N. 52-53.

29) BGE 109.II.111 ve Schmidlin, Art. 23-24, N. 52'de yollama yapılan diğer Federal Mahkeme kararları.

30) Bu konuda bkz. Schwenger, Basler Konun., Art. 24, N. 17; Schmidlin, Art. 23-24, N. 57 vd.; Heiz, Gmndlagenirrtum, Zürich 1985, s. 38-39. Federal Mahkeme eskiden "belirli olayın" sözleşme içi olmasını aradığı halde (örneğin BGE 47.II.89) sonradan bundan vazgeçmiştir (BGE 56.II.426; 87.II.137).

rın, BK. m. 24/I, b. 4 anlamında, bu maddenin uygulanmasına imkan verecek belirli olay sayılabılıp sayılamayacakları çok tartışmalıdır^{30a}:

- İsviçre öğretisinde hayli taraftar toplayan bir görüşe göre, gelecekteki {yani sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleşecek}³¹ olaylar hiçbir şekilde BK. m. 24/I, b. 4'ün kapsamına girmez ve hata sebebiyle iptal hakkı vermez³².

- Federal Mahkeme ve diğer bazı yazarlar tarafından ileri sürülen, bizim de üstün tuttuğumuz ikinci bir görüşe göre ise, bazı sınırlamalarla gelecekteki olaylarda yanılma dahi, BK. m. 24/I, b. 4'ün uygulanmasına imkan verir³³. Federal Mahkeme, ilk önce, bu sınırlamayı gelecekteki olayların "önceden görülebilir" olup olmamasına göre yapıyor ve sadece önceden görülebilen olaylar açısından temel hatası hükümlerine başvurulabilmesini kabul ediyordu. Yüksek Mahkeme, daha sonra görüşünü şu biçimde ifade etmeyi uygun bulmuştur: Gelecekte yer alan olayların gerçekleşmesine her iki taraf da *kesin* gözü ile bakıyorsa, bunlar "belirli olay" şartını gerçekleştirir ve BK. m. 24/I, b. 4'ün uygulanması mümkün olur. Görülüyor ki, bu sistemde, gelecekteki olaylar açısından, diğer taraf da hataya düşmektedir. Federal Mahkeme'nin son görüşü öğretide yerinde olarak eleştirilmiş ve hata'nın *bir taraflı* bir irade bozukluğu oluşturduğu, bu sebeple her iki tarafın da hataya düşmesinin şart olmadığı, aşağıda yapacağımız açıklamalar çerçevesinde *yanılanın gelecekteki belirli olayın gerçekleşeceğine kesin gözü ile bakmasının, bu husus diğer tarafta bilinebilir olmak kaydı ile, yeterli sayılması gerektiği* belirtilmiştir. Hiç kuşkusuz, bu anlayış çerçevesinde, karşı taraf da hataya düşmüşse BK. m. 24/I, b. 4 evlehiyetle (öncelikle) uygulanabilecektir. Yüksek Mahkemenin de, daha sonra, içtihadını bu yolda değiştirdiği görülmektedir³⁴.

30a) Konunun Mukayeseli Hukuk açısından incelenmesi için bkz. **Kramer**, Der Irrtum beim Vertragsschluss, Zürich 1998, s. 79 vd.

31) **Klausberger**, not 14'de agc, s. 59, not 281.

32) Bu görüşte olanlara örnek olarak bkz. **Scbönle**, L'imprevision de f.aits futurs lors de la conclusion d'un contrat generateur d'obligations, in: Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht., Freiburg Schweiz 1982, s. 413 vd.; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 801; **Bischoff**, Vertragsrisiko und clausula rebus sic stantibus, Zürich 1983, s. 144: Türle Hukukunda aynı görüşte: **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 88.

33) Federal Mahkeme kararlarına ve bu görüşteki yazarlara örnek olarak bkz. BGE 41.U.365, 79.11.275; 109.JI.110; **Bucher**, AT, s. 204 ve not 40; **Schwenzer**, Basler Komm., Art. 24. N. 19; **Schwenzer**, N. 37.33; **Knoepfel-Kunz**, Willensbildung, Bcm und Stuttgart, 1989, s. 268 vd.; **Kramer**, Art. 18, N. 302 vci; Schmidlin, Art. 23-24, N. 193 vd. -Türk öğretisinde aynı görüşte: **Eren**, s. 353.

34) Schmidlin, Art. 23-24, N. 215 ve BGE 117.11.218, 118.JI.297

26 Meseleyi Federal Mahkemenin kriterine göre ele aldığımız zaman, "işletme ruhsatı" örneğinde BK. m. 24/I, b. 4'ün uygulanabileceğini söylemek mümkündür. Zira, taşınmaz satılır yahut kiralanırken, lokanta işletme ruhsatının alınacağına her iki tarafın da kesin gözü ile baktığında (hiç değilse, yanılanın bu yoldaki kanaatinin diğer tarafça bilindiğinde) şüphe yoktur. Bir başka Federal Mahkeme kararına konu olan olayda, nişanlılardan biri, nasıl olsa evleneceklerini düşünerek, diğerine taşınmazı üzerinde hayatı boyunca devam etmek üzere bir intifa hakkı tanımış, fakat tarafların hangi mal rejiminin benimseneceği konusunda anlaşamamaları üzerine evlenme gerçekleşmemiştir³⁵. Burada da, hata konusu belirli olayı oluşturan "evlenme" açısından aynı şeyi tekrarlamak imkanı vardır. intifa hakkının kurulmasına ilişkin sözleşme, nişanlının, diğer tarafça bilinebilir şekilde, evlenmenin gerçekleşmesine kesin gözü ile bakması sonucu yapılmıştır. Nitekim, olayda Federal Mahkeme, BK. m. 24/1, b. 4'e dayanarak, intifa hakkının kurulmasına ilişkin sözleşmenin iptalini uygun bulmuştur.

27 - **İkinci şart:** Yanılan için hata, sözleşmenin kurulma aşamasında kendisi için ?i r c?uJmo sine q1? a-? ?LO II!Ştura?elirli bürduruma ilişkin olmalı: yani II!C! !: C!J!E. {J!i.semıı...s..ozu.-edileiL---oJ.ay q fffJkin .,asawurzmım yaıl"işllğl,u bilseydi, o sözle mevi lui vey a o..ş.efsild!!J!.apma-
- vacağr!oy ene ı meli ir. u, c?ef?1.. temel hatasının sübjektif şartı olarak nitelendirilmelidir.

Bu şart çerçevesinde, hatanın sözleşmenin kurulması açısından illi olması zorunluluğu, yani hata ile kurulan sözleşme arasında bir sebep-sonuç ilişkisinin bulunması gerektiği de ifade edilmiş bulunmaktadır.

28 - **Üçüncü şart:** Hataya düşenin söz konusu belirli olguya ilişkin yanlış tasavvura bu derece önem verilmesi, 2.maddede bu tasavvuru ifade eden sözleşmenin kurulması arasında bir bağlantı bulunduğuna karşılık, iflLak,a....bilinmeli-veya hiç değilse aiihistlik kuralı açısından bilinebilir sayılmalıdır. Bu hususta dikkate alınacak trôkta şura a ır:1Zarşı tarafın bilmesi gereken husus, diğer s&zte?llrn1re/frliolr durum Jiakkuu!! J Gllle laıgy? •• nasLolgusu değildir. Aranan saöece:önun, hak.kında yanlış bir tasavvur sahibi olduğu oğguya bu derece önem verdiğinin (bir başka deyimle söz konusu olgunun onun açısından oynadığı karar verdirici rolünü) diğer tarafça bilinmesi veya bilinebilir olmasıdır³⁶. "Bilinebilir" olma ile kastedilen ise, dürüstlük kuralı

35) Federal Mahkeme kararları resmi külliyatında yayınlanmamış olan 16.6.1966 tarihli bu karara, **Kolly**, not 3'de agc, s. 57 ve not 60; **Bucher**, AT, s. 208-209 ve **Schmidlin**, Art. 23-24, N. 212, 229'dan naklen yollama yapıyoruz.

36) İsviçre'de, 'I', **Tuhr**, nitelik hatası dışında kalan temel hatalarında, sözleşmenin temelini, onun zorunlu olarak varlığını farz edilebilir olgular açısından her iki tarafa da ortaklaşa ait bulunan ve her ikisi bakımından da aynı derecede önem taşıyan bir tasavvurda aramak gerektiğini ileri sürmüştür. Öyle ki, ortak tasavvurların yanlışlığını bilselerdi, her iki-

çerçevesinde gerekli özen gösterildiği takdirde, bunu bilmenin karşı taraf-tan beklenebilir sayılmasıdır.

Öğretide, bazı yazarlar, burada incelediğimiz üçüncü şarta karşı çıkıyor ve bunu gereksiz buluyor³⁷. Biz bu düşüncüyü yerinde bulmuyoruz. Kanun-da, bu şanın açıkça belirtilmemiş olması, bunun benimsenmesine şu ba-kımdan engel olamaz ki, bir olay iş hayatındaki görüşlere ve dürüstlük ku-ralına göre yapılan sözleşmenin temeli sayılacak ölçüde önem taşıyorsa, yanılanın bu kadar esaslı nitelik taşıyan bir konuda hata ettiğinin farkına varsaydı sözleşmeyi yapmayacağı diğer tarafın bilmesi, (aşağıdaki örnek-ten anlaşılacağı gibi her zaman olmasa da) genellikle ondan beklenir³⁸. Esasen, ancak bu ihtimaldedir ki, onun, diğer tarafça hata sebebiyle iptal edilme rizikosunu altında bulunan bir sözleşme yaptığı, bu rizikoyu da önce-den üzerine aldığı söylenebilir. *Karşı tarafın bilmediği, bilemeyeceği, ta-mamen ya1111a1111 hukuk alanında gizli kalan saikler sebebiyle de iptale izin vermek, iş hayatının ve dürüstlük kuralıuun gerekleri ile bağdaştırılamaz*³⁹. Bu noktanın daha belirgin bir biçimde vurgulanabilmesi ise, onu, aşağıda incelenen dördüncü şarttan ayrı olarak ifade etmekle olur. İsviçre öğretisin-de durumu açıklamak ve üzerinde durduğumuz şartı ayrıca belirtmek gerek-tiğini açıklığa kavuşturmak üzere şu örnek verilmiştir: A, satıcı B'den Kali-fomiya'ya ihraç edilmek üzere bir otomobil satın almıştır. Ne var ki, Kal i-fomiya'da egzoz gazı ölçümleri açısından İsviçre'ye nazaran çok daha sıkı ve katı sınırlar esas alınmaktadır ve bu yüzden satın alınan otomobilin Kali-

sinin de bu sözleşmeyi istemeyecek oldukları veya dürüst)cşiler olarak istememeleri gerektiği söylenebilmelidir (v. **Tuhr/Pcter**, § 37, V, 2, s. 314). Sonuç itibariyle, temel hatasmda her iki tarafın da hataya düşmüş olmasını arayan ve bu yüzden hatanın "bir ta-raflı" bir irade bozukluğu oluşturması esas ile bağdaşmayan bu görüş, öt";ırtideki büyük çoğunluk tarafından hiçbir zaman kabul edilmemiştir. (Bkz. **Schmidlin**, Art. 23-24, N. 67, 81; **Guhl/Koller**, § 16, N. 12). Anılan son esere göre temel hatasına varlığı için her iki tarafın hataya düşmesi zorunluluğu şu bakımdan kabul edilemez ki, aksi halde. taraf-lardan biri hile yaparak diğerini halaya düşürdüğü vakit, yanılan, bata iki taraflı olmadı-ğı için ayrıca temel hatasına dayanmak. imkanından yoksun kalırdı. Oysa bu sonuç, ye-rinde olarak kimse tarafından benimsenmemektedir. Yalnız, şurasını itiraf etmek gere-kliyor ki, Federal Mahkeme de, zaman zaman, genellikle benimsediği hakim görüşten ayrılarak v. **Tuhr'un** görüşüne uygun düşen açıklamalar yapmaktadır (Örnek olarak bkz. BGE 109.11.319; 113.11.27).

- 37) Bu düşüncede: **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 781; **Keller/Schöbi**, s. 169; **Klausberger**, not 14'de age, s. 64 vd. Bu görüşte olan yazarlardan bir bölümüne göre ise, bu konu dördüncü şart olarak incelediğimiz objektif unsurun içine girer, ayn ve bağımsız bir şart söz konusu değildir (**Gubl/KoUer**, § 16, N. 11; **Oğuzman/Öz**, 4. bası. s. 89-90).
- 38) Bkz. **Schmidlin**, Art. 23-24, N. 75, 79, 80; **Knoepfel-Kunz**, not 33'de age, s. 267-268; **Kocayusufpaşaoğlu**, not 1'de age, s. 160; **Eren** de, objektif unsura ek yardımcı bir un-sur olarak bu şartı kabul etmektedir (s. 351).
- 39) Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, not 1'de age, s. 161; **Kolly**, not 3'de age, s. 79; **Schmidlin**, Art. 23-24, N. 88.

forniya'da kullanılma şansı yoktur. Satın aldığı otomobilin Kaliforniya'da geçerli kurallara da uygun olduğu kanaatiyle hareket eden alıcı A, B'ye bu arabayı Kaliforniya'ya ihraç edeceği konusunda herhangi bir şekilde bilgi vermemiştir, yani B bunu bilmediği gibi bilebilecek durumda da değildir. Bu örnekte A, hem sübjektif hem de objektif yönden önemli bir noktada yanılmış olmasına rağmen, temel hatasına dayanarak sözleşmeyi iptal edemeyecektir, zira, arabanın Kaliforniya'da geçerli kurallara göre kullanılabilir olup olmadığı kendisi (yani alıcı A) açısından büyük önem taşısa bile, bu husus hiçbir zaman arabanın sırf Kaliforniya'da kullanılmak üzere alındığını bilmeyen ve bilebilecek durumda olmayan satıcı B'nin (ortada bir hata varsa) katlanmak zorunda olduğu bir riziko niteliğini kazanamamıştır³⁹:1.

- 30 Şurasını ekleyelim ki, sözleşmenin temelini oluşturan ve gelecekte yer alan belirli olay, taraflar açısından sözleşmenin hükümlerinin bu olayın gerçekleşmesine veya gerçekleşmemesine otomatik olarak bağlanmasını gerektirecek derecede önem taşıyorsa, yapılacak şey sözleşmeyi şarta bağlı olarak kurmaktan ibarettir (BK. m. 149 vd.).
- 31 - **Dördüncü şart:** Objektif açıdan, hata konusu belirli durum, iş hayatını görüşleri ve dürüst u - ura ı MK. m. 2/1 a ısırnda apı}.an sözleşmenin iptalim lla• ı gosterecek bir önem ve nitelik ta ımalıdır. Bu şart "imgöriihney yu arı a yazı ı ı üç şart ile yetinilseydi, bunun hiçbir şekilde kabul edilemeyecek sonucu şu olurdu: Yanılan taraf geveze bir kişi ise, onsuz sözleşmeyeceği yapmayacağı belirli durum hakkında karşı tarafa nasıl olsa bilgi verir ve böylece (az konuşan bir başka sözleşenden farklı olarak) BK. m. 24/I, b. 4'e dayanmak imkanını hemen her zaman elde edereli. Çok konuşmaya meraklı yanılanları, az konuşanlara nazaran daha avantajlı duruma sokan böyle bir çözümün adil olmayacağı ve hiçbir şekilde kabul edilemeyeceği pek açıktır⁴⁰.
- 32 Buraya kadar verilen "sahte tablo" ,"arsa üzerinde inşaat yasağı bulunması", "işletme ruhsatının verilmemesi" gibi örneklerde, inceleme konusu dördüncü şartın da gerçekleştiğinde şüphe yoktur. Buna karşı, şimdi vereceğimiz (ancak futbol ile ilgilenenlerin derhal fark edebileceği gibi şu anda ülkemizde uygulanan havuz sistemiyle bağdaşmayan) örnek üzerinde ayrıca durmak gerekir: Bir televizyon yayıncılık şirketi, her yıl şampiyonluğa oynayan ünlü bir futbol kulübü ile anlaşarak, beş yıl süreyle onun lig maçlarını yayımlama hakkını elde ediyor. Ne var ki, aradan iki yıl geçtikten sonra, sözü geçen kulübün futbol takımında ciddi bir kriz yaşanıyor, takım

39a) **Schwenzer**, N. 37.27.

40) **Bucher**, AT. s. 206; **Goltz**, Motivintum und Geschiifisgnındlage im Schuldvenrag, Köln 1973, s. 81; Cuenod, not 4'de agc, s. 121; **Kocayusufpaşaoğlu**, not l'de age, s. 88, not 1%.

puan cetvelinde sürekli biçimde alt sıralarda yer almaya başlıyor, bunun üzerine televizyon yayım şirketinin reklam gelirleri de büyük ölçüde düşüş gösteriyor. Hiç kuşku yok ki, (bundan ne anladıklarını açık ve somut biçimde belirleyerek) taraflar "başarısızlık" durumunu bir bozucu şart (BK. m. 152) olarak sözleşmeye ekleyebilir ve böylece takım bunalıma girip şirketin reklam gelirleri kesilince, sözleşmenin kendiliğinden hükümsüz kalmasını sağlayabilirlerdi. Bunun gibi, yine anlaşılarak, bu gibi durumlarda televizyon şirketine bir fesih hakkı tanınması da düşünülebilirdi. Bütün bunlar yapılmamışsa, televizyon yayım şirketinin "temel hatası"na dayanarak sözleşmeyi iptal etmesi mümkün olabilecek midir? Bu sorunun cevabı aşağıdaki sebeplerden ötürü olumsuzdur:

- Bir defa, gelecekte yer alan olaylan mutlak olarak BK. m. 24/1, b. 4'ün kapsamı dışında gören görüş açısından ortada tartışılacak bir durum dahi yoktur. Ancak, biz, yukarıda açıkladığımız üzere bu görüşte değiliz.

- Bu sözleşme yapılırken, televizyon şirketinin ünlü futbol takımının başarılarının devam edeceğine, diğer tarafça bilinebilir şekilde, kesin gözü ile baktığı söylenebilir. Şu var ki, temel hatasının ger çekle mesi i in, sözleşmenin temelini oluşturan olay veya durumun belirli bir olay veya durum otmaSı gerekr.-Oysa, bir futlio" hHkiunnn-gelecekteki 5eş yı içinde de başarılı sonuçlar alii.asılier filini aalgalanmaya açık belirsiz bir kavramd . Şu halde, temel hatasının 6ınnnci şartmagerçekleşmiş gözü ile bakılamaz.

- Aynı şey, şimdi incelemekte olduğunuz dördüncü şart bakımından da tekrar edilebilir. İş hayatında hakim olan görüşler ve dürüstlük kuralı açısından, maçların yayım hakkım elde eden televizyon yayım şirketi, bütün ticari ilişkilerde olduğu gibi, olayların gelişmesine göre ilerki yıllarda kazanma yanında kaybetme ihtimali de olduğunu (hatta bazı yıllar kazanıp bazı yıllar kaybedebileceğini) hesaba katarak bu işe girmiş sayılır ve bu açıdan doğabilecek bütün rizikolar kendisine ait olmak gerekir. O, fiilen, anılan futbol kulübünün beş yıl boyunca başarıdan başarıya koşacağına kesin biçimde inansa bile, bu ihtimali de dikkate alması kendisinden beklenir. O halde, onun BK. m. 24/1, b. 4 hükmünden yararlanarak bu rizikoyu karşı tarafa yüklemeye çalışması, MK. m. 2/1 çerçevesinde ele alınacak iş hayatının gerekleri ile bağdaşmaz. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi de, bir işin beklenen geliri getirmemesi halinde BK. m. 24/1, b. 4'e başvurulmasına izin vermemiştir⁴¹.

41) BGE 45.11.321.

bb. Komusu Parça Borcu Olan Satış Sözleşmesinde, Alıcı, Ayıp Hükümleri Yanında Temel Hatası da Seçimlik Olarak Dayanabilir mi?

- 33 Ayıp (bozukluk) denince, bundan, satılan şeyde, satıcı tarafından bildirilen niteliklerin bulunmaması veya bu şeyin değerini yahut sözleşme gereğince ondan beklenen yararları azaltan veya kaldıran eksikliklerin bulunması anlaşılır (BK. m. 194)⁴². Borçlar Kanunu hükümlerine göre, ayıplı bir mal satıldığı vakit, alıcı kanunun öngördüğü muayene ve ihbar külfetlerini zamanında yerine getirmiş (BK. m. 198) olmak kaydı ile, satılan şeyin kendisine tesliminden itibaren bir yıl içinde (**BK. m. 207**), kendisine tanınan "sözleşmeden dönme" veya "satış bedelinde indirim yapılması" şıklarından birini (**BK. m. 202**) seçebilir⁴³.
- 34 Borçlar Kanununa nazaran, alıcı, "örf ve adete göre imkan hasıl olur olmaz" şeyi muayene ettinnek ve mal ayıplı çıkarsa bunu derhal satıcıya ihbar etmek zorundadır. Ancak, Türk Ticaret Kanunu'nun 25. maddesinin 3. bendi uyarınca, "tacirler arasındaki ticari satışlarda", emtianın ayıplı olduğunun teslim sırasında açıkça belli olup olmamasına göre, iki ve sekiz günlük muayene ve ihbar süreleri öngörülmüş ve aynı maddenin 4. bendi uyarınca, adi satışlarda malın alıcıya tesliminden itibaren bir yıl olan zamanasını süresi, bu tip satışlarda altı aya indirilmiştir.
- 35 Buraya kadar yapılan açıklamalar gösteriyor ki, Borçlar Kanununa tabi *adi satımlar* ile, Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin uygulama alanına giren "*tacirler arasındaki ticarî satımlar*" arasında bazı farklar vardır. Her iki tip satış sözleşmesi için ortak olan nokta ise, ayıp hükümlerine dayanmak isteyen alıcının, süresinde şeyi muayene edip bulduğu ayıpları yine süresinde karşı tarafa bildirmek (ihbar etmek) külfeti altında olmasıdır.

Bazı noktalarda farklı olmasına rağmen benzer bir düzenleme *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun*'un, "Ayıplı Mal" kenar başlığını taşıyan 4. maddesinde öngörülmüştür. Buna göre, "*Tüketici, malın tesliminden itibaren otuz gün içinde ayıbı satıcıya bildirmekle*" yükümlü tutulmuştur. Bu gibi durumlarda tüketiciye tanınan seçimlik haklar ise şunlardır: a) Sözleşmeden dönme, b) maim ayıpsız misliyle değiştirilmesi, c) ayıp oranında bedel indirimi, d) ücretsiz onanın isteme. Bütün bu gibi hallerde, satıcının sorumluluğu ilke olarak malın tesliminden başlamak üzere iki yıllık bir süreye tabi tutulmuş, bunun yanında, bazı talepler için (burada üzerinde durulmayacak) değişik süreler öngörülmüştür⁴³⁸. Ancak, satıcının

42) Tandoğan, 1/1, s. 163.

43) Satışın konusunu misli eşya teşkil ediyorsa, alıcı, üçüncü bir şık olarak, satılan ayıpsız misli ile değiştirilmesini isteyebilir (BK. m. 203).

43a) Bu konuda bkz. Aslan, Tüketici Huk:uJ...'11 Dersleri, Bursa 2006, s. 104 vd., 141 vd.

hile veya ağır kusuruyla tüketiciden gizlediği ayıplarda bu sürelerden yararlanması söz konusu olmamaktadır. Böylece adi ve ticari satışlar yanında tüketici sözleşmeleri açısından üçüncü bir kategori karşımıza çıkmaktadır.

Borçlar Kanunu sisteminde, satıcının hilesi varsa, o, ayıp ihbarının zamanında yapılmadığı iddiası ile sorumluluğu'ndan kurtulamayacağı gibi (BK. m. 200), teslimden itibaren işleyen bir yıllık zamanaşımı süresi, hiç değilse Federal Mahkeme'ye göre, BK. m. 125 gereği on yıla çıkar⁴⁴.

Satılan tablonun sahte olduğunun anlaşılması gibi örneklerde, hem "nitelik-ıfatası" biçimindeki temel hatasının henüz satıcının satışta olduğu maldaki sorumlu olmasının şartları aynı zamanda gerçekleşebilir. O zaman, şu problem karşımıza çıkar: Alıcı, bu gibi durumlarda, dilerse ayıp hükümlerine, dilerse temel hatasını düzenleyen BK. m. 24/I, b. 4'e dayanarak harekete geçebilir mi? Hiç kuşkusuz satıcının hilesi bulunmayan hallerde, bu sorunun cevabı muayene ve ihbar külfetleri alıcı tarafından zamanında yerine getirilmediği veya teslimden itibaren işleyen zamanaşımı süreleri geçtiği vakit büyük önem kazanacaktır⁴⁵. Bu gibi ayıp hükümlerine başvurma imkanını ortadan kaldıran durumlarda, temel hatası iddiası alıcının imdadına yetişebilir mi? Konu çok tartışmalıdır.

- İsviçre Hukukunda çok taraftar toplayan, hatta öğretideki çoğunluk tarafından benimsendiği söylenebilecek olan bir görüşe göre, genel hüküm (*lex generalis*) niteliğindeki BK. m. 24/I, b. 4 karşısında, Borçlar Kanununun ayıp hükümleri özel hüküm (*lex specialis*) olarak değerlendirilmek gerekir. O halde, bu gibi durumlarda, *sadece ayıp hükümleri uygulanır, ayrıca hata hükümlerine başvurmak imkanı yoktur*. Aksi kabul edilseydi, satıcının ayıplardan ötürü sorumlu tutulabilmesi için öngörülen kısıtlayıcı şartların konulmasıyla güdülen, durumun bir an önce aydınlanıp sonuca bağlanması suretiyle iş hayatının güvenliğinin sağlanması amacı ihlal edilmiş olur⁴⁶.

44) Bkz. BK. 207/IH; BGE 107.II.231; **Honsell**, Basler Komm., Art. 210, N. 3; **Tandoğan**, 1/1, s. 203.

45) İsviçre'de, alıcının hata hükümlerine başvuramayıp sadece ayıp hükümlerinden yararlanabileceğini kabul eden bazı yazarlar dahi, muayene ve ihbar külfetlerini zamanında yerine getiren ve malın kendisine tesliminden itibaren bir yıl içinde harekete geçen alıcıya (Türkiye'de, ticari satışlarda, TİK. m. 25/b. 4 gerebri bu sürenin altı ay, tüketici satışlarında ise ilke olarak ilci yıl olduğunu tekrar hatırlatalım), dilerse, seçimlik olarak hata hükümlerine dayanmak imkanını tanıyorlar (**Schubiger**, Verhültnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung, Bem 1957. s. 133). Ne var ki, bu düşüncede olanlara göre, bu durumdaki alıcının, hem hata, hem de ayıp hükümlerinden doğan sonuçları birbirine eklemesi (yani hepsinden birlikte yararlanmaya kalkması) mümkün değildir.

46) Bu görüşte olanlara örnek olarak bkz. **Merz**, Sachgewährleistung und Irrtumsanfechtung, FS Theo Guhl. Zürich 1950, s. 87 vd; **Tercier**, Contrats, N. 625; **Engel**, s. 334; **Engel**, Contrats, s. 50; **Cavin**, La vente-l'échange- la donation (in: Traité de droit privé

- 39 Alman Hukukuoda hakim olan görüşe göre de, şahs sözleşmesindeki ayıp hükümleri, özel hilli. Üm olarak, nitelik hatasına başvurulmasına engel olur⁴⁷.

- Federal Mahkeme⁴⁸ tarafından ötedenberi üstün tutulan ve öğretinin bir bölümü tarafından⁴⁹ benimsenen ikinci görüşe göre, alıcı seçimlik olarak ayıp hükümlerine dayanabileceği gibi temel hatasına da dayanabilir. Temel hatasına dayanarak sözleşmeyi iptal eden alıcı, ayıp hükümlerinin öngördüğü kısıtlayıcı şartlarla bağlı değildir. Türk Hukukundaki genel eğilim de bu yöndedir⁵⁰.

- 40 Biz, bu iki görüş taraftarlarının karşılıklı olarak öne sürdükleri bütün gerekçeleri tartışmaksızın, özellikle aşağıdaki sebeplerden ötürü yarışmayı kabul etmenin daha yerinde olacağı kanısındayız:

= Sadece ayıp hükümlerinin uygulanabileceğini kabul eden birinci görüş çok serttir ve bazı hallerde alıcıyı, adalet duygusunu zedeleyecek biçimde mağdur etmeye elverişlidir. Bir sanat eserine, gerçek olduğunu sanarak astronomik bir bedel ödeyen alıcı, malın kendisine tesliminden itibaren BK. m. 207 ve Tic. K. m. 24/b. 4'de veya TKHK. m. 4/IV'de yazılı bir yıllık veya altı aylık yahut iki yıllık süreler geçtikten sonra, bir uzmanın (aslında kesin sonuçlara varmanın hiç de kolay olmadığı bu alanda) eserin sahteliğini tespit etmesi halinde, eli kolu bağlı kalacak ve malı iade edip ödediği bedeli geri isteyemeyecektir. Sürelerin kısalığı dikkate alınırsa, bunu hakkaniyete uygun, hak ve adalet duygularını tatmin edici bir çözüm saymak güçtür.

suisse, tome VII/1, Fribourg Suisse, 1978), s. 114 vd.; **HoonseU**, Basler Konun., Vorbem. zu Art. 197-210, N. 9; Venturi, CR, Intro. Art. 197-210, N. 11. -Biz de, değişik bir gerekçe ile ve bir noktada bu görüşün sertliğini yumuşatarak aynı sonuca katılmış idik (Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, not I'de age, s. 79 vd.) Şu noktayı ekleyelim ki, bu görüş taraftarları dahi, hile halinde alıcının seçimlik olarak BK. m. 28'e veya BK. m. 194 vcl na göre harekete geçebileceğini kabul ediyorlar (Örnek olarak bkz. **HoonseU**, Basler Komm., Vorbem. zu Art. 197-210, N. 12).

- 47) **Larenz**, AT, s. 380, 390; **Brox**, N. 422.

- 48) Özellikle bkz. BGE 114.II.131, JdT 1988.1.508; BGE 109.II.319. Federal Mahkeme, bu konuda, sadece hayvan satışları için bir istisna kabul etmektedir (BGE 110.II.70). Bu görüş, öğretilde, böyle bir istisnayı açıklamanın mümkün olmadığı belirtilerek eleştirilmiştir (Örnek olarak bkz. **HoonseU**, Basler Komm., Vorbem. zu Art. 197-210, N. 10; Guhl/Koller, § 42, N. 63).

- 49) örnek olarak bkz. **Bucber**, BT, s. 109; **Giger**, Bemer Komm., Vorbem. zu Art. 197-210, N. 61 vd.; **Sehönle/Higi**, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Teilband V 2 a, 2. Lieferung, 3. Auflage, Zürich 2005, Art. 197, N. 322 vd.

- 50) **Eren**, s. 354; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 440 vd.; **Oğuzman/Öz**, 4. Bası, s. 87 not 178; **Karabasan**, TBH, GH, cilt 1 2003, s. 325. Yargıtayın 4.6.1958 tarih ve 15/16 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının gerekçe kısmında ve 4. HD. nin 12.10.1977 tarih ve E. 12191, K. 9487 sayılı kararında da (**Karabasan**, s. 325) bu görüşün benimsendiği görülmüyor. Başka türlü: taşınmaz şahşları ile ilgili olarak **Eren** tarafından zikredilen HGK 15.12.1972, E. 971/1-103, K. 918 (**Eren**, s. 354, not 62).

= Federal Mahkeme'nin de işaret ettiği gibi, ayıp hükümleri ile hata hükümleri arasında özel hüküm-genel hüküm ilişkisi yoktur. Bunlar, farklı olgular düzenlemektedir. Şöyle ki,

= Hata hükümleri, *sözleşmenin kurulması anında* gerçekleşen bir irade bozukluğu sebebiyle işlemin geçerli sayılmaması ve iptal edilebilir olması ile ilgilidir.

= Oysa ayıp hükümlerinin düzenlediği olgu, bundan daha sonra gerçekleşen *ifa aşamasına* ilişkin bulunmaktadır. Ayıplı bir malın teslimi, aşağıda açıkladığımız üzere, bir çeşit kötü ifadır.

Şimdi, önemli bir noktaya değinmek istiyoruz: Başlıkta da belirttiğiniz gibi, bizim burada incelediğimiz konu, taraflarca ferdan (birey olarak) tayin edilmiş olur bir malın (şu tablo veya şu hah gibi) satışı halinde, ayıp hükümleri ile temel hatası hükümlerinin yarışabilip yarışamayacağı konusu-
ysa, bu gibi sanşlarda, satılan malın *niteliklerinin* de satış sözleşmesinin içeriğine girip girmediği çok tartışmalıdır. Bir görüşe göre, taraflarca belirlenmiş bir altın yüzük veya *Picasso* tablosu satıldığı vakit, satışın konusu "şu yüzük" veya "şu tablo"dur, yüzüğün "altın olma" veya tablonun "*Picasso*'ya ait bulunma" nitelikleri sözleşmenin içeriğine girmemiş birer saikten ibarettir. Alıcı, "şu altın yüzüğü" değil, altın olduğunu sanarak "şu yüzüğü" veya "şu *Picasso* tablosunu" değil, *Picasso*'ya ait olduğu kanaati ile hareket ederek "şu tabloyu" satın almıştır⁵¹. Buna karşı, son zamanlarda gittikçe daha fazla taraftar toplayan, bizim de katıldığınız diğer bir görüşe göre, "şey" nasıl karşılıklı irade beyanlarının içeriğine dahilse, ona ayrılmaz biçimde bağlı olan "nitelikleri" de buna girer ve bunun sonucu olarak, verdiğimiz örneklerde "şu altın yüzük" veya "şu *Picasso* tablosu" satılmış olur. Şüphesiz, yüzük gerçekte altın olmayabilir veya tablo gerçekte sahte olabilir. Ne var ki, satış sözleşmesinin içeriğinde, "olan" bir nitelik sıfatıyla olmasa bile, "olması gereken" veya "varlığı tasavvur edilen veya varsayı-
labilir⁵² şeyin nitelikleri de yer almıştır işlem içi nitel" ba-
 aırsırf **ori** gö-rüş açışnoari', gerçekte aftınno1.iii"ayan yüzüğün veya *Picasso*'nun eseri olmayan tablonun teslimi, borcun gereği gibi ifa edilmemesi kategorisi içinde yer alan bir "kötü ifa" oluşturur. İşte, satış sözleşmesinde-

51) Bu konuda bkz. **Schubiger**, not 45'de age, s. 7, 11; **Larenz**, AT, s. 379-380; **Kocayusufpaşaoğlu**, not l'de age, s. 58 vd. daki açıklamalar.

52) **Giger**, Bemer Komm., Vorbem. zu Art. 197-210, N. 17; **Schubiger**, not 45'de age, s. 7 vd.; **Neuenschwander**, Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht, Bem 1971, s. 25; **Kocayusufpaşaoğlu**, not l'de age, s. 59 vd; **Flume**, § 24, 2, b, s. 477. - Şeyde varsayılan niteliklerin bulunmamasının, baştaki imkansızlık (BK. m. 20) sebebiyle sözleşmenin geçersiz sayılmasına yol açamayacağı, esasen kanunda yer alan ve geçerli bir sözleşmenin varlığı temeline dayanan ayıp hükümlerinin bunun böyle oldubrunu gösterdiği hususunda bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, not l'de age, s. 65-66, 69 vd.

ki ayıp bükümleri, hiç değilse bu görüş açısından, kötü ifa'nın şartlarını ve sonuçlarını özel biçimde düzenleyen bükümlerdir⁵³.

Bu açıklamalar karşısında, inceleme konusu yaptığımız problemde varılacak sonuç şöyle olmalıdır: Sahte tablonun veya som altın olmayan yüzüğün teslimi, ayıp hükümlerinin uygulanmasına yol açan bir kötü ifa teşkil eder. Fakat meseleyi bu noktada kestirip atmak, kötü ifanın temelinde sözleşme kurulurken alıcının bir temel hatasına düşmüş bulunması olgusunun yattığını inkar etmek anlamını taşır. Şu halde, alıcının dilerse başlangıçtaki hata olgusuna, dilerse ikinci aşamada (borcun ifasında) ortaya çıkan ayıplı mal teslimi (kötü ifa) olgusuna dayanabileceğini kabul etmek yerinde olur^{54.ss_}

= Nihayet, dikkat edilmesi gereken önemli bir nokta da şudur: Öğretide işaret edildiği gibi⁵⁶, ayıp hükümleri ile alıcı a · · · kienen mua ene ve iħbar liilfetleri, keza teslim en ba?layarak öngörülen kısa zamanaşımı süreleri (satışın aôı veya tıcaı bir nitir'ık?blı:--?56a aym-bö:kömterle a?ı?al!!P aıı)?kıarıl!e ona bahsedı en a n_çalıkJı huk reJımın arşıfıdır. Bu özel hukuki statüden yararlanmak isteyen alıcı, kanund?rbıfğörüTenkülfetleri eksiksiz yerine getirmek ve yine kanunda yer alan lasa zamanaşımı süreleri içinde harekete geçmek zorundadı. Oysa, alıcı, ayıp hükümlerine değil de hata hükümlerine dayanmak istediği vakit, onun böyle ayrıcalıklı bir hukuki rejimden yararlanması söz konusu değildir. Tam tersine, hata sebebiyle sözleşmeyi iptal edince, o, BK. m. 26'daki şartlar gerçekleşmişse, kar ı tarafa bir tazminat öde nz altındadır. O a e, ayıp hükümlerinin sağladığı özel ve imtiyazlı statüden yararlanmayan alıcıdan, bu özel statünün karşılığı olarak öngörülmüş külfetlere ve kısa sürelerle uyması istenemez ve beklenemez. Diğer taraftan, aşağıda in-

53) **Giger**, Bemer Komm., Vorbem. zu Art. 197-210, N. 19; **Schubiger**, not 45'de age, s. 9-10, 31 vd.; **Neuenschwander**, not 52'de age, s. 33 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, not 1'de age, s. 73-75.

54) Satış sözleşmesinde, kötü ifanın sonuçlarını özel olarak düzenleyen ayıp bükümleri yanında, alıcının, dilerse sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesine ilişkin genel hükümlere (BK. m. 96 vd.) dayanmasının mümkün olup olmadığı, burada üzerinde durmayacağımız başka bir problem oluşturur.

55) Federal Mahkeme, temel hatasına ilişkin hükmün (BK. m. 24/1, b. 4), satış sözleşmesinde satıcının zapta karşı sorumluluğunu düzenleyen BK. m. 189 vd. ile de yarışabileceği kanısındadır ve bu sebeple, bir olayda, çalıntı bir otomobili satın almış bulunan alıcıya, seçimlik olarak BK. m. 24/1, b. 4'e göre harekete geçme imkanını tanımıştır (BGE 109.IJ.319). Aynı düşüncede: **Giger**, Bemer Komm., Art. 192, N. 11; **Oscr/Schönenberger**, Art. 192, N. 1. Farklı: **Bucher**, AT, s. 206, not 45. Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Schönle/Higi**, not 49'da age, Art. 192, N. 19 vd.

56) Bu görüşte: **Giger**, Bemer Komm., Vorbem. zu Art. 197-210, N. 64.

56a) Daha önc-e de işaret ettiğimiz gibi, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 4/IV'de, bu süre iki yıldır.

celenen ve hata'nın dürüstlük kuralına aykırı biçimde öne sürülmesini engelleyen BK. m. 25 hükmü de, bu konuda satıcıyı hata sebebiyle iptal hakkının kötüye kullanılmasına karşı yeterince korur.

İsviçre öğretisinde ileri sürülen bir başka görüş, hata ve ayıp hükümleri arasındaki 41
ilişkiyi, ikili bir aynm yaparak çözüme bağlamaya çalışıyor-57:

- Birinci aynın, satılan malın alıcıya teslim edilmiş olup olmamasına göre yapılan ayrındır. Genel kural söyledir: Hata, sözleşmenin kurulması aşaması ile ilgili bulunduğuna, ayıp hükümleri ise bundan s0tu'3!i a amada malın alıcı a teslimi ifcharekctc c : tigma göre, bu İKİ as?m?dan Eer §nn? ana• ece' d?2lc?e-niiiiromtmasmdan blalın a ıcıya teslimine kadar uzanan dönemde hata hukumlerine, malın tesliminden sonraki dönemde ise münhasıran ayıp (sadece) hükümlerine başvurulması mümkün olabilecektir.

- İkinci ayırım şu esastan hareket ediyor: Bazı gizli ayıplar, "alelade" (sıradan) değil, fakat "nitelikli" bir bünyeye sahiptir. Buraya, ilk önce, sanat eserleri ve koleksiyoncular tarafından toplanan eserlerde bilerek ve isteyerek sahtekarlık yapılmış olması hali girer. Satıcı sahtekarlığı bilmes ve dolayısıyla iyiniyetli dahi olsa, bu tip eserlerin gerçek mi, sahte mi olduğunu tespit etmek bu işin uzmanlarınca özel yöntemlerin uygulanmasına bağlıdır ve çok zordur. Bu tip "nitelikli gizli ayıplar" açısından Borçlar Kanununun ayıp hükümleri uygun olmadığı ve öngörülen zamanaşımı süresi de çok kısa sayılmak gerektiği için, genel kuraldan ayrılmak suretiyle, bunlarda alıcıya malın tesliminden sonra dahi dilerse hata hükümlerine dayanma imkanı tanınmalıdır. Yine "nitelikli gizli ayıp" teşkil eden ikinci bir kategoride, doğaları gereği (şu halde bilerek yapılmış bir sahtekarlık sonucu değil), ancak özel teknik metodlarla açığa çıkarılabilecek biçimde gizli kalan ayıplar yer alır. Örneğin, satılan bitki ve hayvanlarda kuluçka dönemi çok uzun süren gizli bir hastalığın bulunması, toprakta sonradan keşfedilen jeolojik aksaklıklar, duvarlarda hiç beklenmedik bir rutubetlenme gibi hallerde, ayıp hükümlerinin öngördüğü kısa süreler uygun olmadığından, burada da, alıcıya teslimden sonra dahi hata hükümlerine başvurma imkanı verilecektir.

Kısaca belirtmekle yetinelim ki, biz bu görüş karşısında olumlu bir tavır takınmak 42
imkanını göremiyoruz. Ayıp hükümlerle öncelikle esaslı imiden-sanra-ışlar.lik
bileceklerinden üü.dao öncekC: ad bilecek hükümler sadece hata
!gidir. Bu açıdan, bu görüş bir yenilik getirmiş değildir. a m e 1 mterrson-
ş ada yapılan ayırım ise, de lege lata, sağlam bir esasa dayanmadığı gibi, uygu-
lamada pek çok görüş ayrılığına yol açabilecek unsurlar içermektedir.

Federal Mahkeme'ye göre, (hiç kuşkusuz BK. m. 196 hükmünün sınırları içinde kalmak kaydı ile) açık bir anlaşma ile, satılan malda belirli niteliklerin bulunup bulunmamasına ilişkin olarak satıcının ayıp hükümlerine dayalı sorumluluğu kaldırılmışsa, alıcı, artık temel hatasına dayanarak satımı iptal etme hakkından da yoksun kalır. Zira, böyle bir şartın kabul edilmesi, alıcının satılan malda söz konusu niteliklerin bulunmaması rizikosunu da üstlendiğini gösterir. Bu durumdaki bir alıcı, bu niteliklerin varlığını, BK. m. 24/1, b. 4 anlamında iş hayatında haklın dürüstlük kuralı çerçevesinde satımın zorunlu bir temeli olarak görmek hakkına sahip değildir. Ne

57) Bu düşüncede: **Schmidlin**, Art. 23-24, N. 270 vd.

doğundur ve ancak iptal beyanı üzerine kurulduğu andan başlayarak kesin hükümsüz (batıl) olur. Bizim kullandığımız terminolojiye göre "gerçek anlamıyla iptalin" söz konusu olduğu bu son görüş açısından, öğretide zaman zaman rastlandığı gibi⁶⁰, sözleşmenin başta "geçerli" olduğu, iptal hakkı kullanılmadığı sürece geçerliliğini koruduğu, bunun sonucu olarak iptal beyanı üzerine "geçerli" bir sözleşmeye geçmişe etkili olarak son verildiği söylenebilir mi? Bu soruya olumlu cevap verilirse, incelediğimiz konu açısından bunun pratik sonucu şu olacaktır: İptal edilmediği sürece geçerli olan bir sözleşmede iptal hakkını sakı tutmaksızın ayıp hükümlerine başvuran alıcı, mevcut olmayan bir geçersizliği ileri sünnek'ten feragat etmiş, bir başka anlatımla "geçersiz" bir sözleşmeye icazet vermiş sayılamayacağına göre, hiçbir zaman (şu halde hata veya hileye dayanma haklarını saklı tutmasına gerek bulunmaksızın) iptal hakkını kullanmak imkanından yoksun kalmayacak.¹¹r. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Gerçek anlamıyla iptalin söz konusu olduğu "iptal teorisi" açısından da, sözleşme geçerli olarak kurulmuş değildir. Geçerli olarak kurulan sözleşmeler iptal edilemez. İptal edilebilir olma sadece kuruluş aşamasında hukuk kuralları çiğnendiği için geçersiz olan sözleşmeler için söz konusu olabilen bir yaptırımdır. Ne var ki, buradaki geçersizliğin tipik bir sonucu olarak, baştan itibaren iptal edilebilir yani geçersiz olan sözleşme, "geçerli bir sözleşme gibi" hüküm doğurmakta ve bu durum iptal hakkı kullanılıncaya veya iptal için öngörülmüş hak düşürücü süre geçinceye kadar devam etmektedir. Bir hukuki işlemin başlangıçta hüküm doğurmakla birlikte, her an karşı tarafın iptal beyanında bulunmasıyla geriye yürür biçimde kesin hükümsüz duruma düşme tehdidi altında bulunması, klasik hüliimsüzlük teorisinde kesin hükümsüzlüğün (butlanın) yanında. ("iptal teorisi" anlamında) "iptal edilebilirlik" yaptırımının ayırıcı özelliğini oluşturur. Bir başka anlatımla, *iptal edilebilir sözleşme, şimdilik hüki'im doğunnakla bir'ih.*"te, *kıroluşunda yer alan bir aksaklık sebebiyle, bi'.i';, {, _esinde karşı tarafa bu sözleşmeyi iptal etme imkanım veren bir sakatlığı taşımaktadır*^{oh}. Bütün bu açıklamalardan çıkan sonuç ise, inceleme konusu

60a) Örnek olarak bkz. **Palandt/Heinrichs**, 64.A., Überbl. vor § 104, N. 33; **Larenz/Wolf**, 9.A., § 44, N. 2 I; **Eren**, 9. bası, s. 370, 372. Ayrıca bkz. aşağıda N. 75'de anılan **Schmidlin**.

60b) Nitekim v. Tuhr, BGB'nin Genel Bölümüyle ilgili eserinde (AT, Wl, § 57, I, s. 297), iptal edilebilir işlemleri, hukuki işlem olgusunu etkileyen bir aksaklık sonucu, her ne kadar tarafların istedikleri hukuki sonuçlar meydana gelse bile, bunların iptal hakkının kullanılması suretiyle geriye yürür biçimde (*e.-c tuuc*) ortadan kaldırılabileceği işlemler olarak açıklıyor. Yazarın yerinde olarak belirttiği gibi, *iptal edilebilir işlem, başlangıçta geçerli bir işlemin doğurabileceği bütün hükümleri meydana getirir*. Görüldüğü gibi, bu açıklamalar çerçevesinde, iptal edilebilir işlem geçerli bir işlem sayılamaz. Ortada, sadece başlangıçta geçerli işlemler gibi hüküm doğuran bir hukuki işlem vardır. Öğretide, **Köhler** de (28.A., § 15, N. 21), iptal edilebilir işlemleri "geçerli" (gültig) işlemler olarak nitelemekten kaçınmakta ve bunların ilk başta (şimdilik) hüküm doğuran (*zunachst wirksam*) işlemler olduğunu kaydetmekle yetinmektedir. -Şu noktayı ayrıca ekleyelim ki, eleştirdiğimiz görüşe göre, iptal hakkının kullanılmasından önce işlem "geçerli" sayıldığına, bu hakkın kullanılmasından sonra ise "kesin hükümsüzlük" veya "butlan" diye anılan bir geçersizlik tipi ortaya çıktığına göre, artık "iptal edilebilir olma" şeklinde ayrı bir geçersizlik çeşidine yer kalmamaktadır ki, bu sonucu kabul etmek mümkün değildir. Son olarak şu noktayı belirtmek istiyoruz: Geçerli bir sözleşmeyi kuruluşundan sonra ortaya çıkan bir sebebe dayanarak, geriye yürür biçimde hükümsüz kılan beyanlar (klasik teori anlamında) dönme (rücu) beyanlarıdır. İptal teorisi çerçevesinde, "geçerli" bir sözleşmenin geçmişe etkili olarak hükümsüz hale getirildiği ileri sürüldüğü vakit, yapılan şey buradaki "iptali" gerçek anlamıyla bir iptal olmaktan çıkıp atipik bir dönme (rücu) beyanına dönüştürmek anlamını taşır.

yaptığımız konuda, "iptal teorisi" kabul edilse bile, iptal hakkını saklı tutmaksızın ayıp hükümlerine başvuran alıcının da bu davranışıyla örtülü biçimde iptal hakkından feragat etmiş, yani iptal edilebilir sözleşmeye icazet vermiş ve onu geçerli duruma getirmiş sayılma tehlikesinden kurtulmama imkan bulunmadığıdır^{60c}.

3. Esaslı Hata Kavramının Tanımlanması (Tarifi)

a. Genel Olarak

44 Esaslı hata kavramının tarifinin ne olması gerektiği araştırılırken bir ayının yapmak yerinde olur:

- *Saik hataları* açısından, bunların, istisna olarak ne zaman esaslı hata sayılabilecekleri, BK. m. 24/I, b. 4 hükmünde temel hatası düzenlenirken açıkça gösterilmiştir. Şu halde, bu konuda ayrıca bir incelemeye gerek kalmamıştır.

- *Beyan hataları* açısından, kanun genel bir tarif vermemiş ve sadece en önemli beyan hatası örneklerini teker teker saymakla yetinmiştir.

Bizce, BK. m. 24/1, b. 4'de saik hatalarının istisna olarak ne zaman esaslı hata mertebesine yükselebileceğini gösteren tanım, kanunda ayrıca belirtilmemiş beyan hatalarının hangi hallerde "esaslı" sayılabileceği konusunda da geçerlidir. Şu halde, BK. m. 24/I, b. 4, ilk bakışta sanılacağına aksine, sadece temel hatasının şartlarını belirtmekle kalmamakta, aynı zamanda beyan hataları açısından da, hatanın ne vakit esaslı sayılabileceğini gösteren bir genel hüküm niteliğini taşımaktadır⁶¹. Tekrar belirtelim *ki*, BK. m. 24/I, b. 1-3'de özel olarak düzenlenen beyan hatalarında, bunların esaslı olup olmadığını anlamak için ayrıca BK. m. 24/1, b. 4'e başvurmak gerekmez. Borçlar Kanunu, bunlarda esaslı hatanın bütün unsurlarını varsayarak m. 24/b. 1-3 hükümlerini düzenlemiştir. Buna karşı, kanunda örnek olarak gösterilenlerin dışında kalan bir beyan hatası ile karşılaşıldığı vakit, bunun "esaslı" sayılabiliş sayılamayacağını anlamak için, BK. m. 24/I, b. 4'e başvurmak gerekecektir.

b. BK. m. 25 hükmü esaslı bata kavramına dahil midir?

45 Bu konuda iki görüşe rastlanıyor:

- Yazarların büyük çoğunluğu tarafından kabul edilen ve klasik diye adlandırılabilir birinci görüşe göre, yanılanın, dürüstlük kuralına (MK.

60c) farklı düşüncede: **Buz**, irade Sakatlığı ile Malul Bir Satım Sözleşmesinde Alıcının Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerine Başvurmasının Satım Sözleşmesine icazet Verme Anlamına Gelip Gelmeyeceği Sorunu, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s. 295 vd.

61) Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, not 1 'de age, s. 155 vd. ile orada anılan İsviçre öğretisi. Buradaki gibi: **Tunçomağ**, s. 337.

m. 2) aykırı düşecek tarzda hataya dayanmasını önleyen BK. m. 25 l'likmü, hatanın esaslı olup olmaması d<:A l'lik tanın öne sürülebilip ilemeyeceği oir başka deyimle, esaslı hataya dayamak suretiyle iptal hakkı "Ki"ni "Kütlamhrbilip" kulları Tamayacağı meselesi ile ilgilidir⁶².

- ikinci bir görüşe nazaran, esaslı sayılan ve sayılmayan hatalar arasında hiçbir nitelik farkı bulunmadığına ve sadece kanunun aradığı belirli şartları bünyesinde topladığı için iptal hakkı veren hatalar "e" mğası vurulduğuna göre, BK. m. 25 h• u a i "esaslılık" kavranı içinde ele r-alınabilir. Zira, iptal hakkının kullanıldığı anda hataya dayarınak dürüstlük kuralına ters düşüyor ve bu yüzden hata iptal hakla veren bir hata olmaktan çıkıyorsa, onun artık "esaslı" olmaktan da çıktığını kabul etmek mümkün olur⁶³.

Bu görüşlerden birinin veya diğerinin üstün tutulması halinde, pratik açıdan herhangi bir farkın doğmayacağını burada belirtmekte yarar vardır.

4. Özel Bazı Durumlar

a. Vasıtanın Hatası

BK. m. 27'ye göre, "İki taraftan birinin rı bir uı" 46

62) Schmidlin, Art. 25, N. 3 vd.; Guhl/Merz/Koller, s. 135; Gauch/Schlup/Schmid, N. 846; Klausberger, not 14'de age, s. 149 ve not 663; Bucher, AT, s. 198-199. Schmidlin/Meyer-Pritzl'in ifadesiyle (Interessenabwägung bei der Irrtumsanfechtung und Irrtum über künftige Sachverhalte, recht 1997/6, s. 257) BK. m. 25/1 hükmünün devreye girebilmesi için, önce esaslı bir hatanın mevcut bulunması gerekir. Bu yüzden, ilk önce, batanın esaslı olup olmadığı araştırılır ve ancak bundan sonra BK. m. 25/1'in uygulanabilip uygulanamayacağı incelenir. Bucher'e göre ise, beyan hatalarında irade nazariyesi geçerli olduğundan, böyle bir hatanın varlığı ve esaslı olup olmaması dürüstlük kuralı açısından değerlendirilemez. Bu düşünceye karşı, BK. m. 25/1'de sözü edilen dürüstlük kuralının, esaslı hata niteliğinin kazanılmasında değil, kaybında rol oynadığı söylenebilir. Kaldı ki, BK. m. 24/1, b. 4 hükmü esaslı hatalarla ilgili genel bir hüküm sayılınca, dürüstlük kuralı kamında açıkça öngörülmemiş beyan hatalarının belirli bir önem derecesine ulaşmış sayılabilip sayılamayacakJan konusunda söz sahibi olacaktır.

63) Kocayusufpaşaoğlu, not 1'de age, s. 163 vd; Tobler, Zur Behandlung des Irrtums im revidierten Obligationenrecht, SJZ 8, 1912, s. 364-365; Henrici, Über den Irrtum beim Vertragsabschluss im schweizerischen Obligationenrecht, Aarnu 1916, s. 227,228. Anılan İsviçreli yazarlar, bir hatanın pratik açıdan esaslı sayılabilmesi için, BK. m. 25 uynmca hatanın öne sürüldüğü anda dürüstlük kuralına ters düşmemesi gerektiğini ileri sürüyorlar. Dikkate değer ki, Yargıtay da bazı kararlarında, bizim verdiğimiz bir tanımlı (not 1'de age, s. 165) benimseyerek şöyle demektedir. "Bilindiği gibi esaslı hata; yanılan için o konuda yanılmasa idi sözleşmeyi yapmayacak olduğu ve alışveriş yaşamındaki objektif iyiniyet kuralları gereğince bu önemi kabul edilen belli bir duruma ilişkin öyle bir yanılmadır ki; onun öne sürülmesi dahi iptal beyanının yapıldığı anda objektif iyi niyet kurallarına aykırı düşmemektedir". Bkz. Yarg. 4. HD., 9.10.1980, E. 8609, K. 11401 (Karabasan, TBH, GH, cilt 1, 1992, s. 279, not 283); 4. HD., 10.5.1978, E. 8379, K. 6346 (Özkaya, Hata-Hile-İkrah Davaları, Ankara 2000, s. 128).

man gibi diğer bir vasıta targjındaLyanlıs--0/ara/wialclolunduğu takdirde, ---ılala 7lakkllylakı luikiiul.ei.:e gö..r.eJnuaine leo[unur." Bu hükmün- İsviçre Borçlar Kanunu'ndan yapılan çevirisi başarılıdır. Orada Fransızca metinde, taraflardan birinin iradesinin bir "haberci veya diğer bir aracı" tarafından (*par wı messenger ou quelque autre intermediaire*) yanlış nakledilmesinden söz açılmaktadır. Almanca metinde de, buna paralel olarak, bir *haberci* tarafından ("*durch einen Boten*") yanlış nakledilen beyan i]e, bir başka tarzda ("*auf andere Weise*") yanlış nakledilen beyan arasında ayırım yapıldığı görülmektedir. Günümüzde bir haberci kullanarak beyanın karşı tarafa gönderilmesine pek sık rastlanmaz. Buna karşı, haberci'nin durumuna benzer biçimde (örneğin telgraf, teleks, telefaks, İnternet vs. gibi) başka vasıtalarla başvurulması, hemen her zaman karşımıza çıkan bir olgudurM.

İrade $\diamond$ ey $\diamond$, $\diamond$ <X. $\diamond$!i.bi ta rafl.nda! $\diamond$ bizzaL ka.r: şı ta $\diamond$ $\diamond$ fa u $\diamond$ aş $\diamond$ $\diamond$ lmayıp, lnunun i in bir aracının (vasıtan $\diamond$ yardımına başvurulduh7l.lvakıt şu problem karşımıza çıkar... $\diamond$ 73-cya! $\diamond$, biyan saJiibi tarafından d_oğn.i !) $\diamond$ için $\diamond$. e ifade cdılcfiğj h aldc aracı farlanda_olnıadanı bunu_yaobş biçim_d $\diamond$ -! $\diamond$ kl $\diamond$.9_e $\diamond$ ir ve bunun sonucunda, yapıldığı anda gerçek iradeye uyan beyan, karşı tarafın eline-çarpıtılmış biçimae geçebilir. Bu ihtimalde, BK. m. 27 uyarınca, bu şekilde gerçekleşen beyan hatası esaslı ise, beyan sahibinin hata hükümlerine dayanarak harekete geçme hakkı saklıdır.

47 Hiç kuşkusuz, BK. m. 27'nin öngördüğü olgunun gerçekleşebilmesi için, aracının (vasıtanın) beyanın içeriğini etkileycibilcecek bir konumda olması gerekir. Örneğin, A, sözlü beyanın nakledilmesini B'den istediği veya belirli içerikle bir teleks veya telefaks mesajının çekilmesini sekreteri B'ye bıraktığı vakit, bu durum gerçekleşir⁶⁵.

48 Çok tartışmalı olan bir problem sudur Aracı durumundaki ki i bilerek ve ist $\diamond$ ı $\diamond$ ek_ (kasten)-nak-lettiği -beyanm içeriğini değiştirirse, BK. m. 27 yine-uyını!_anabilececek midir? Haberci'yi seçen kiş_i-ni $\diamond$ $\diamond$ b e.Y.,aıun.in yanlış nakl $\diamond$ d!ll])C-5'inden doğani>üfun r.izikolara-katlanması gerektiğini savunan ve bÜ açıdan habercinin farkına va_rm.aksızın_değiştir $\diamond$ i_ği beyanlar ile kasten b aşkil. s c kfc soJ...-tu_ğy QOY $\diamond$ nlar arasında..bir fark..gözet.meyeri $\diamond$ cenin $\diamond$ ulunmasına rağmen, bi zim q $\diamond$ katıldığım! $\diamond$ - $\diamond$ i $\diamond$ e! $\diamond$ $\diamond$ gör $\diamond$ şe $\diamond$ e. bu h malde _BK.Jll. 27 uygylrurun_az. Bilerek ve isteyerek nakledeceği beyanı başka şekle sokan kişi, bu davranışı ile, BK. m. 27'nin haberciler için öngördüğü tipik rizikonun dışına çıkıp bağımsız bir konuma girmiştir. O, bundan böyle, beyan sahibi tarafından görevlendirilmiş bir haberci olarak görülemez. Onun durumunu, yetkisiz temsilcinin durumuna benzetmek ve kendisi hakkında BK. m. 39'da yetkisiz temsilci için öngörülen sorumluluğu kıyas yolu ile uygulamak daha yerinde olur⁶⁶. Herhalde, haberci tarafın-

64) Özellikle bla_SchmidUo, Art. 27, N. 11.

65) Schmidlin, Art. 27, N. 14.

66) Schmidlio, Art. 27, N. 16 vd.; Züich, Vorbem. zu Art. 32-40, N. 22. Aynca blcz. Schwenzcr, Basler Komm., Art. 27, N. 5. -Krş. Koller, Der gute und der böse Glaube

dan kasten değiştiriliniş bir beyan, beyan sahibi buna icazet vermedikçe (BK. m. 38), hata sebebiyle iptaline gerek kalmaksızın hiçbir hüküm doğurmaz ve beyan sahibini bağlamaz.

Kendisine habercilik görevi verilmemiş bir kimse (*fa/sus uuntius*), kendiliğinden, kendisini beyan sahibinin habercisi gibi gösterip aslında mevcut olmayan bir beyanı nakletmişse, onun durumu *a fortiori* (evleviyetle) yetkisiz temsilcinin durumuna kıyas edilinelidir⁶⁷. 49

Yukarıda, naklettiği beyanı kasten değiştiren haberci ile ilgili olarak benimsenen ve yetkisiz temsile ilişkin hükümlerin (BK. m. 38-39) kıyas yoluyla uygulanmasını öngören çözüm, bu şekilde hareket ederek bağımsızlığını ilan eden bir aracı ile, durup dururken kendisine haberci süsü veren kimse arasında, yapılan işlemin beyan sahibini bağlayıp bağlamaması açısından, bir fark gözetmenin yerinde olmadığı düşüncesi ile de açıklanabilir⁶⁸.

b. Hukuki Sonuçlarda Hata

Sırf "fiili duruma" (veya "fiili olgulara") ilişkin hatadan ayrılması gereken ve Borçlar Kanunumuzda ayrıca düzenlenmemiş bulunan hukukthata kavramı, bizim buradijaptığımız gibi sadece "hukuki sonuçlarda hata" olarak ele alınsa bile, B...QtÇ ar ukukwnın en karanlık ve ay dınlaya puhtaç konufa cından biridir⁶⁹. Hukuki hata, öğretilde rastlanan bir görüşe göre, pozitif hukukta yer alan bir hukuk kuralının bilinmemesinden veya yanlış yorumlanmasından ileri gelen hata olarak tanımlanıyor⁷⁰. Bizim burada üzerinde durduğumuz "hukuki sonuçlarda hata" kavramında ise, irade beyanında bulunan kişinin, bu irade beyanına bağlanan hukuki sonuçlarda yanılması söz konusu oluyor ve öğretilde, çok defa, mesele şu ayrım çerçevesinde çözüme bağlanıyor⁷¹. 50

- Beyan sahibi, hukuk kuralları hakkındaki bilgisiyle ilgili yanlış yorumu sonucu, içeriği itibarıyla bell. ammu doğrudan doğruya yöneldiği hukuksı: muçf. a. 1: 7: la liata... etmfşser burada bjr. b ey.an hatası vardır. ömegin, bir 51

im allgemeinen Schuldrecht, Freiburg Schweiz, 1985, N. 423 ve not 520; Koller, 2. A., § 14, N. 117. Aksi görüşte: Bucher, AT, s. 202; Klausberger, not 14'de age, s. 109. Ayrıca bkz. aşağıda § 48, N. 61.

67) Bucher, AT, s. 202 (yazar, *Jalsus Ilul Itius'un* BK. m. 39'n veya BK. m. 41'e göre sorumlu tutulabileceği kanısındadır); Züch, Vorbem. zu Art. 32-40, N. 22; Kutlu Sungurbey, Yetkisiz Temsil, İstanbul 1988, s. 35.

68) Bkz. Schmidlin, Art. 27, N. 18.

69) Özellikle bkz. Medicus, AT, N. 750 vd. İsviçre şerhlerinde hukuki hata konusunda, nispeten geniş açıklamalara, örneğin kısmen hakim görüşlerden ayrılan Schmidlin'de (Art. 23-24, N. 308 vd.) rastlanıyor. Ayrıca bkz. Kocayusufpaşaoğlu, not 1'de age, s. 108 vd.

70) Liebt, Der Rechtsirrtum, besonders im schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Zürich 1950, s. 70.

71) Bkz. Larenz, AT, s. 376; Kramer.MünchKomm.§119, N. 70.

lokanta sahibi, restoranını " ütün tefe tileFi}-ile biFlik-t?satıp devrediyor. a n 02-k 11daki eklentiler (teferruat) kavramın (MK. m 6.86) y ş arilam er.erek,...bundan ş ade.Q.e gö me gl! var dola.12! mutfak tesisatı gibi sabit klentile rin anlaşılacağıın ı mobi!yanın bu deyimın kapsanlına g irrnediğini sanıyor⁷². Bu durumda, onun iradesi, "mobilya hariç lokantanın devrine" ilişkin olduğu halde, "lokantamı bütün teferruatı (ek-lentileri) ile birlikte satıyorum" şeklindeki beyan, bu ifadenin (lokantadaki mobilyayı da içine alan) geniş kapsamlı içeriği dolayısıyla satıcının gerçek iradesine uymuyor. Bu ise, hatanın kaynağı "hukuki" olduğu halde, sonuçta, esaslı olup olmadığı BK. m. 24'e göre ölçülecek "fiili duruma (olgulara)" ilişkin bir beyan hatası oluşturmaktan öteye geçmiyor (mobilyayı da kapsamına alan beyan, mobilyasız satıma ilişkin iradeden ayrılıyor).

51 - İkinci ihtimalde, yanılma, beyan sahibinin bu konuya yönelmiş bir iradesi olup olmadığına bakılmaksızın hukuk düzenince yapılan işleme bağlanan *kammi sonuçlara (iurata uogotii)* ilişkin bulunuyor. Örneğin, bir malını satan satıcı, a ıca bir taahhütte bulunmadık a satılanağı ayıptardan (bozukluklardan) sorumlu tutulamayacağını sanıyor ve öylece • Borçlar Kanunı:mda-yeralan ayıp hi'ldimlerini-n(BK. nLI94vcr:)safış iş-lemine oaglaaıgını" kula ol:illçşr a- x:anılıy.9r. Burada satıcının beyanı ile iradesi arasında bir uygunsuzluk yoktur. Yanıtına kanun gereği otomatik olarak bu tip bir sözleşmeye bağlanan hukuki sonuçlarla ilgilidir. Böyle bir hatanın, iptal hakkı vermeyen adi bir saik hatasından ibaret kaldığı genelilde kabul olunuyor⁷³.

İlke olarak bir saik hatası olarak nitelenen "işlemin kanuni soouçlarına ilişkin batanın, şartlan varsa, BK. m. 24/1, b. 4 anlamında bir temel hatası niteliğini kazanarak işlemin iptaline yol açabilip açamayacağı tartışmalıdır. Federal Mahkemenin bir kararında da benimsenmiş gözükten bir anlayışa göre, bu imkan kesin olarak kapalıdır. Bu tip bir hukuki hata hiçbir zaman esaslı hata statüsüne geçemez ve BK. m. 24/1 b. 4 uyanca iptal hakkı veremez⁷⁴. Biz, ilke olarak, şartları varsa bu tip hataların da BK. m. 24/1b. 4 anlamında bir temel hatası oluşturabilmesine bir engel göremiyoruz. Ne var ki, uygulamada, böyle bir iddianın ispat edilme ve inandmcı bir iddia olarak kabul edilme şansı yok denecek kadar azdır. Nitekim öğretime, kaynağı hukuki olan esaslı bir hatanın ancak hataya düşen kişi başvurduğu hukuk daruşmanlarının ona yanlış bilgi vererek kendisini yanılttıklarını ispat edebilirse başarıya ulaşma şansına sahip olabileceğine işaret edilmiştir⁷⁵.

72) Bu örnek için bk.z. not 71'de anılan **Larcnz**

73) Örnek olarak bk.z. **Schwcnzer**, Basler Komm., Art. 24, N. 29; **v. Tubr/Peter**, § 37. 11, I ve not 12; **KoUer**, I, N. 1327, 1331; **Laren/Wolf**, 9.A., § 36, N. 75.

74) BGE 118.JI.63; Gauch/Schlucp/Schmid, N. 783; Kolly, not 3'de age, s. 59 vd.

75) Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, not l'de agez s. 114-115 ve orada anılan Macar Medeni Kanunu § 210/11 hükmü. Krş. **Oğuzmao/Oz**, 4. bası, s. 86, not 174. Bu yazarların verdiği bir örnekten hareket ederek diyebiliriz ki, imar mevzuatının izin vennediği tanda bir inşaat yapmak amacıyla arsa satın alan kişi, mevzuattaki bu hükümleri bilmediğini ispat ettiği vakit, bu husus saik hatasının temel hatasına dönüşmesi için yeterli olmaz. AJıcı-

c. Okunmadan İmzalanan Belge⁷⁶

Bir kimse, diğeri tarafından hazırlanan belgeyi hiç okumadan imzalar, ancak daha sonra bu belgede hiç beklemediği ve hiçbir zaman kabul etmeyi düşünmediği kayıtların yer aldığını görürse, hukuki durum nedir? Bu konuda, aşağıdaki ayrımları yapmak yerinde olur:

- İçeriği hakkında bilgi sahibi olmadığı belgeyi, bu durumu *bile bile ve karşı tarafın her istediğine önceden razı olarak imzalayan kişi*, mevcut metni kayıtsız şartsız kendi irade beyanının içeriği olarak kabul etmiş bulunduğuna göre, artık hata hükümlerine başvınamaz. Gerek İsviçre Federal Mahkemesi⁷⁷, gerekse Yargıtay⁷⁸ tarafından kabul edilen bu çözüm çerçevesinde, bu durumdaki kişinin beyanı ile iradesi arasında bir uyumsuzluk olmadığı ve herhangi bir şekilde hata'dan bahsetmeye imkan kalmadığı söylenebilir⁷⁹.

: Diğer bir görüşe göre, meseleyi karşı taraf açısından incelemek ve okumadan belgemi ayaırki-şinirrorrdır, olarmatlığılfemii-içeiigıl C,75u -içeril<ne-olursa olsun t<!mam?n..J)!ut?Js ol&uğüyan??eti|ıı}ygun bulup kah ul ettiği hususunda haklı bir kanaat uyandırır olup olmadığını incele!lle gerekir...Bu soruxa olumlu cevap verilebiliyorsa, iptali önleyen hüküm, yanılanıq dürüstlük kuralına aykırı biçim.9e hatasına dayanamayacağını bildiren...BK. m. 25/IJlükümü..olacaktır¹⁰.

- Karşımıza çıkabilecek ikinci ihtimalde, okumadığı metni imzalayan kişinin bu metne ilişkin olarak belirli bir tasavvuru (tasarımı) vardır. O, örneğin, bu belgede yer almayan bazı hükümleri mevcut saymakta, yahut metnin bazı esaslardan ayrılmadığı kanaati ile hareket etmektedir. Sonradan gerçek durumun böyle olmadığı ortaya çıkarsa, meseleyi iki aşamada ele almak icap edecektir (Hiç kuşkusuz, ilk aşamada problem çözüme bağlanıyorsa, ikinci aşamaya geçmeye gerek kalmayacaktır):

= *Birinci aşamada*, metni hazırlayan tarafın, imzalattığı metnin karşı tarafın tasavvurlarına uymadığını bilip bilmediği veya MK. m. 2/1 çerçevesinde bilmesinin gerekip gerekmediği üzerinde durulacaktır. Bu şart (yani

nın, temel hatası için aranan şartlara ek olarak, inandırıcı biçimde, yetkili makamların veya konunun uzmanlarının kendisine yanlış bilgi verdiğini ispat etmesi gerekir ki, bunun gerçekleşme şansı çok zayıftır.

76) Aşağıdaki açıklamalar için özellikle bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, not 1'de age, s. 33-35 ve 37-38; **Engel**, s. 337.

77) BGE 34.11.532; 49.11.182.

78) Örnek olarak bkz. Yarg. 4. HD., 30.5.1978, E. 9842, K. 7238, **Karabasan**, TBH, GH, cilt 2, 1992, s. 149.

79) **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 935; **Schmidlin**, Art. 23-24, N. 389.

80) **Oftiogcr**, Die ungelesen unterzeichnete Urkunde und verwandte Tatbestände, Acqutitas und Bona Fides, FG. Simonius, Basel 1955, s. 271-272.

"bilme" yahut "bilmesi jerekme" durumu) gerçekleşmişse şu iki şıktan birisi söz konusu olacaktır ¹:

= Hazırladığı metnin a-sahibir-ının--ta5aV-vur-larına uy.madığını bilen veya bilmesi gereken karşı taraf, onun gerçek iradesinin ne ol du anla-
-yaoilec-ek !rqôa aeğildir:-Bu duu.fmda;sozleşle hiç kurulmamı ştır.

= Metni hazırlayan taraf, ayrıca, imza sahibinin gerçek iradesini: de ne -okltıgumrbiliypıscr(htç-cteğilse;-oılması, güven ilkesine göre ondan bekle-
nebiliyorsa), o da metni bu şekilde anlamak zorunda olacağından, imzala-
nan metinde başka şey yazılı olmasına rağmen, sözleşme imza sahibinin
gerçek iradesine göre kurulmuş sayılacaktır 1a_

Görülüyor ki, *ilk aşamada, problem BK. m. 23 vd. hükümlerine göre çöziine bağlanacak bir hata problemi olmayıp, sözleşmenin kurulmuş sayılabiliip sayılamayacağına ilişkin bulunan ve BK. m. 1 çerçevesinde ince-lenmesi gereken bir problemdir.*

56 = *İkinci aşamada* yapılacak incelemenin konusu şu olguya ilişkin bulu-nacaktır: Bir taraf, belirli bir tasavvurdan hareket ederek beklentilerine hiç uymayan bir metni okumadan imzalamış, buna karşı metni hazırlayan diğer taraf, metnin imza sahibinin gerçek iradesine uymadığının farkına varma-mış, varması da gerekmemiştir. Bu durumda, belgenin içeriğine uygun biçimde kurulan sözleşme, imza sahibinin gerçek iradesini yansıtmamakta-dır. İmza sahibi beyan hatasına dayanarak bu sözleşmeyi iptal edebilir. Ancak bu yola başvurduğu vakit, bir metni okumadan imzalamak ihmal olarak niteleneceğinden, BK. m. 26 gereği karşı tarafın zararını tazmin yükümlülüğünü göze almak zorundadır.

57 Bütün bu söylenenler, maddi hukuk yönünden değer taşımaktadır. İspat yönünden, durum çok daha çetrefildir. HUM.K. m. 290, senede karşı yöneltilen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak yahut azaltacak iddiaların yine senetle ispatı zorunlulu-ğunu getirmiştir. Gerçi, bu kuralın istisnalarını sayan HUMK. m. 293, 5. bendinde "Akitlerde hata, hile, gabin, cebir ve ikrah vukuu" hallerinde tanık dioletilmesine izin vermiştir. Ne var ki, Usul Hukuku öğretisi, hata halinde yerinde olarak çok titiz dav-ranmakta ve bu istisnayı hayli sınırlanmış biçimde uygulamaktadır. Öğretiye göre, önce hatanın varlığını makul gösteren objektif sebepler ispat edilmedikçe, doğrudan doğruya hataya dayanarak tanık dinletmek mümkün değildir⁸². Bazı hukukçuların^{82a} daha da ileri giderek "borçlu senedi okumadan imza ettiğini bildirerek hata (veya hile) nedeniyle senedin iptalini isteyemez" biçiminde kesin bir sonuca vannalarına katılamı-yoruz. Gerçi bize göre de, hareket noktası olarak, aksi ispat edilmedikçe imza sahibinin okumadığı metni kayıtsız şartsız kendi irade beyanının içeriği olarak kabul ettiği ve ar-

81) Bkz. **Engel**, s. 337.

81a) Ayrıca bkz. **Brox**, N. 423.

82) **Postacıoğlu**, Şehadetle ispat memnuiyeti ve hudutları, 2. basla, İstanbul 1964, s. 232; **Kuru**, cilt O, s. 2399.

82a) Kuru, cilt N, s. 2401; Kuru/Arslan/Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, 17. baskı, Anılcara 2006, s. 477.

tık bu sözleşmeye karşı çıkamayacağı kabul edilebilir. Şu var ki, daha önce gördüğümüz gibi, karşımıza çıkabilecek değişik ihtimaller de vardır. Örneğin, bir kimse postaya verilmek üzere bir davetiyeyi imzaladığını sanarak, sekreterinin yanlışlıkla önüne koyduğu borç doğurucu bir belgeyi okumaksızın imzalarsa, onun imzaladığı metnin içeriği ne olursa olsun bunu kabul ederek imzasını attığı söylenemez. Tam tersine, o, belirli içerikte bir belgeyi imzaladığı esastan hareket etmekte, belgenin içeriği çok farklı olduğu için gerçek iradesine hiç uymayan bir beyanda bulunmuş, yani bir beyan hatasına düşmüş bulunmak.tadır. Onun, bu beyanının iptali için hata hükümlerine dayanmasına Borçlar Hukuku yönünden en ufak bir engel düşünülemez. Hatayı ispat zorlul'1.1, hata hükümlerine dayanma hakkını ortadan kaldırmaz. Hile halinde, bu açıklamalar evleviyetle (a fortiori) geçerli olur. Diğer taraftan, hangi şartlar altında olursa olsun, olayda ayrıca hilenin şartları gerçekleşmiş olmadıkça bir belgeyi okumadan imzalamak ağır bir ihmali oluşturur. Verdiğimiz örnekte, hata, ister istemez bu konuda çok titiz davranacak mahkemeyi ikna edebilecek tarzda ispat edilebilse bile, bu defa, iptal beyanında bulunan taraf BK. m. 26 uyarınca karşı tarafın olumsuz zararlarını tazmin yükümlülüğü altına girecektir. Mahkemenin, ihmali ağır olmasından hareket ederek, hakkaniyet gereği BK. m. 26/II uyarınca davacı lehine olumlu zarar miktarına ulaşabilen bir tazminata hükmetmesi de kuvvetle muhtemeldir. Bütün bunlar, geliş güzel hata hükümlerine dayanma eğilimlerini frenlemeye elverişlidir. O halde, Yargıtay'ın, "Aslolan belgenin okunarak imzalandığıdır. Böyle olunca da, davacının belgeyi okuyarak imzaladığını kabul hulo.iki bir zorunluluktur; belgeyi okumadan imzaladığı bir an için kabul edilse dahi davacı itimada dayanan bu davranışının yasal sonucuna katlanmak zorundadır" diyen karar, bu şekliyle çok aşın diye nitelenebilecek bir karardır⁸³.

d. Beyaza (Açığa) İmza⁸⁴

Bir kimse boş bir kağıdın altını imzalayarak karşı tarafa venniş olabilir. 58
Bn-ciuuımda,-metin-sonratlarr-doldunrlacakffr. Karşı taraf, bu- metni, beyaza
1eônceaen kararlaştırıian" **esaslara** uymadaai,-kendi bildiği
-ve istecliği gibi doldurmuşsa, nasıl hareket edilecektir?

Durumu, çok defa gözden kaçırılan bir aynını yaparak, önce "beyaza 59
imza atan ile boş metni dolduran karşı taraf arasındaki ilişki", sonra ise,
"beyaza imza atan ile üçüncü kişiler arasındaki ilişki" açısından ayrı ayrı incelemek gerekir.

aa. Beyaza imza atan ile metni dolduran karşı taraf arasındaki ilişki

İki ihtimal vardır:

- Birinci ihtimal **dolduran** *!wrş.J.J.aro.f. iuuza saJuibiniu gerçek*

83) Yarg. 4. HD., 22.9.1978, 11693/10288 (Kuru, cilt N, s. 2401).

84) Buradaki açıklamalar için özellikle bkz. Kocayusufpaşaoğlu, not 1'de age, s. 35 vd. - Yerleşmiş Borçlar Hukuku terminolojisinden (örnek olarak bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 118; Eren, s. 248; Oğuzman/Öz, 4. bası, s. 85) ayrılarak "beyaza imza" yerine "beyaz imza" deyiminin kullanılmasına (Kuru, II, s. 2401, 2410) katılmıyoruz. Beyaza imza, beyaz (boş) kağıda atılmış imzayı kısaltılmış olarak ifade eden bir deyimdir. "Beyaz imza" şu bakımdan bu anlamı vermek gücünden yoksundur ki, burada beyaz (boş) olan imza değil, imz.anın anldığı kat'lttır.

iradesine aykırı biçimde hareket ettiğini bila, e/q 1! a bunu bilebilecek durumda bulunmaktadır. Bu halde, onun, imza sahibinin gerçek iradesinin neoldüğünü-daoiliP-ınlayabilecek auruında Ohip olrriamasına göre, sözleşme ya bilinebilen gerçek irade öre k1.10.1lmuş sayılacak, ya da gerçek inrdenin-t5ilinel>ilmesi söz konusu olmadığından, hiç meydana gelmeyecektir (yokluk). Şu halde, (A), (B)'ye "ilerde sa a vereceği talimat çerçevesinde dolduracaksın" diyerek !jeý!!lzalı kağıtlar verdiği vakit, (B)'nin bunları, (nğı herhangi bir talima-tıbuluninadığı hald kendi istediği gibi cfölcünruis1 haJinde, ortada birbirine u {g.\\J.Ü]rarşılıklı irade beyanları bulunmadığından kurulmuş bir sözleşmeden söz açılmayacaktır⁸⁵. Görülüyor ki:lpkı olrunmadan imza ecfilen befgelerde olduğu gibi, burada da ilk aşamada inceleme, hata değil, sözleşmenin kurulmasına ilişkin BK. m. 1 çerçevesinde gerçekleşmektedir.

- 60 - İkinci ihtimalde, boş metni dolduran karşı tar<f.Jmza sahibiuun gerçek iradesine aykırı davrandı v111111 ariana varmaksızın vl} varuıgsı da ge---n;kme/isız111 iare'el etmiştir. Bu durumda, söz e e güven ilkesi çerçevesinde belgç metnine göre meydana gelir, fakat beyaza imza sahibinin bata sebebiyle iptal hakkı (BK. m. 26'dan doğan tazminat yükümlülüğü ile birlikte) saklı kalır.

- 61 Derhal belirtelim ki, yukarıdaki açıklamalar bugünJ...ii Türk Hukuku uygulamasını yansıtmaktan çok uzaktır. Bir defa, uygulamada hatanın bazı hallerde sözleşmenin lau-ulnıası, bazılarında ise kurulmuş sözleşmenin iptali üzerinde etkili olabileceği yolundaki aynın hiç yapılmamaktadır⁸⁶. Uygulamada, hemen her zaman, imzalı boş kağıtların karşı tarafça bilerek ve isteyerek imza sahibi aleyhine doldurulduğu olgusundan hareket edilmekte ve bu gibi olaylarda, kurulmuş sözleşmenin iptaline yol açan hata (BK. m. 23 vd.) değil, güven ilkesinin ışığında sözleşmenin kurulmasını engelleyen bir hata (BK. m. 1) olgusuyla karşı karşıya olduğumuz genellikle gözden kaçırılmaktadır. Yargıtay içtihatlarında (ters yönde bazı kararlara rastlansa bile) ağır basan görüş, beyaza imzalı belgeyi karşı tarafa teslim eden imza sahibine hataya dayanma imkanını tanımamaktadır. Yüksek Mahkeme bir kararında aynen şunları kaydetmektedir: "... imzalı boş belgeyi itimat üzere ille veren kişi, muhtemel tehlikeye ve onun hukuki sonucuna katlanmak zorundadır. Böyle bir durumda imza sahibinin hatası söz konusu olamayacağı için Usulün 293/5 maddesi hükmünce tanıkla ispatına imkan görülemez"⁸⁷. Bir başka karara göre "Kural olarak, itimat üzerine verilmiş imzalı boş belgenin, imza sahibinin iradesi dışında belgeyi alan tarafından doldu-

85) Buradaki gibi: Tekioay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 120.

86) Bu aynın için bkz. § 13, N. 5 vd. ve yukanda N. 3. -Tespit ettiğimiz kadarıyla sadece, Yargıtay 4. HD.nin 17.3.1966 tarihli ve E. 3624, K. 3397 sayılı kararında (Karabasan, TBH, GH, cilt 1, 2003. s. 145. not 132), yerinde olarak bu ayrıma işaret ediliyor.

87) Yarg. 4. HD., 16.1.1978, E. 3949, K. 327 (Karabasan, TBH, GH, cilt 1, 2003, s. 147).

rulması ve dolayısıyla imza sahibinin emniyet ve itimadının kötüye kullanılmasında mümkün değildir ve bunu açığa imza veren tahmin ve tasavvur edemeyeceği düşünülemez. Şu halde imzalı belgeyi itimat üzerine veren davalı, muhtemel tehlikeye ve onun hukuki sonuçlarına katlanmak zorundadır. 2. s. Bu düşüncelerden hareketle Yargıtay kararlarında hem hataya dayanma imkanı genellikle reddedilmekte, hem de hile iddiasının kabul edilmesi (aksi yönde bazı örneklerle rastlanılabile bile) bazen aşın ölçüde sıkı şartlara bağlanmaktadır⁸⁹.

Ön-etide de beyaza imzalı senedin aradaki anlamı kırı biçimde doldurulması halinde hatadan söz edilemeyeceği görüşünü savunan ar vardır⁹⁰. Hatadan söz edebilmek için beyan sahibinin yanlış bir tasavvurunun bulunması gerektiği ilkesinden hareket eden Federal Mahkeme, bir kararında, imza sahibinin, imzası üstüne karşı tarafça yerleştirilen beyanın içeriği hakkında hiçbir tasavvuru bulunmadığını, bu sebeple bu gibi durumlarda hata sebebiyle iptal yoluna gidilemeyeceğini kabul etmiştir⁹¹. Buna karşı yine öğretide, yerinde olarak, imzalı boş kağıt sadece imza sahibinin güven duygusu sonucu karşı tarafa teslim edilmeyip, onun *aldatılması* sonucu ele geçirilmişse (örneğin, "vergi dairesine sizin adınıza yazacağım itiraz dilekçesi için şu kağıdın alınıp imzalanmasını" deyip, bu yoldan elde edilen kağıt imza sahibini kendisine 50.000 lira borçlu gösteren bir metin eklenerek bir borç senedine dönüştürülüyor) artık hilenin varlığı kabul edilmektedir⁹². Ne var ki, hile sonucu ele geçirilen beyaza imzalı belge, bile bile imza sahibinin iradesine hiç uymayan biçimde doldurulduğu zaman, güven ilkesinin ışığında karşılıklı irade beyanları arasında bir uygunluk söz konusu olamayacağından (BK m. 1), hilenin bu gibi durumlarda bir iptal sebebi olmayıp sözleşmenin hiç meydana gelmemesine (yokluk) yol açacağı her zaman gereği gibi dikkate alınmamaktadır. Bütün bu söylenenler, beyaza imzalı kağıdın ikrah (korkutma, tehdit) yoluyla ele geçirilmesi ihtimali için de geçerlidir.

88) Yarg. 4. HD., 11.11.1988, E. 2605, K. 5327 (**Karabasan**, TBH, GH, cilt 1, 2003, s. 148).

89) Bu konuda örnek olarak bkz. Yarg. 4. HD., 13.7.1965, E. 1383, K. 3753 (**Karabasan**, TBH, GH, cilt 1, 2003, s. 144) ve yukarıda not 86'da anılan karar, s. 145). Anılan son kararda "Yazısız, fakat imzalı kağıdın davalı tarafından alınırken bu kağıdı başkırı şekilde kullanmak irade ve karar bulunması da yalnız başına hile sayılamaz" denilmektedir ki, buna kayıtsız şartsız katılmak çok zordur. Farklı eğilimde bir karar için bkz. Yarg. 13. HD., 12.10.1999, E. 5372, K. 6920 (**Karabasan**, TBH, GH, cilt 1, 2003, s. 152). Buna göre "Somut olayda davacı, açıkça hile iddiasını ileri sürmüştür. İmzalı boş kağıdın hile yoluyla ele geçirildiği iddiası, her türlü delille ve bu meyanda tanıkla ispat olunabilir. Esasen, doğası gereği hilenin yazılı delille kanıtlanması hukuken olanaklı da değildir".

90) Örnek olarak bkz. **v. Tuhr/Peter**, § 21, il, 3, s. 162, not 32; **Eren**, s. 249; **Kurahasan**, TBH, GH, cilt 1, 2003, s. 144.

91) BGE 88.11.427; JdT 1963.I.253.

92) **Karabasan**. TBH, GH, cilt 1, 2003, s. 144; **Eren**, s. 249.

Biz, hata için mutlaka yanlış bir tasavvura gerek olmadığı, bilgisizliğin (yani herhangi bir tasavvur yokluğunun) bata ile bir tutulduğu esastan hareket ederek, hatayı kesin biçimde devre dışı bırakan görüşe katıllaruyoruz⁹³. Şu var ki, aşğıdaki sebepten ötürü, bu görüşün pratikte hatayı tamamen reddeden görüşten farklı bir sonuca götüneyeceğı kanısındaız. Gerçekten, HUMK m. 293/b. 5 hükmü uyarınca, hata, hile, ikrah ve gabin hallerinde senetle ispat mecburiyetine bir istisna tanınmış ve şahitle ispata izin verilmiştir. Şu halde, beyaza imzalı kağıdın *elinden hileyle veya tehdit (ikrah) yoluyla alındığını* iddia eden taraf, bu iddiasını şahitle ispat etmek imkanına sahiptir⁹⁴. Oysa, *hata* ileri sürüldüğü vakit, durum çok farklıdır. Altına imzasını attığı boş kağıdı güvenip karşı tarafa teslim eden kişi o anda hataya düşmüş değildir, zira ortada beyanın içeriğini ifade eden bir metin bulunmadıkça sadece imza, bir irade beyanının varlığı için yeterli olmaz. Metnin doldurulmasından önce beyaza imzalı belge, henüz tamamlanmamış, bir başka anlamla eksik kalmış ve bu yüzden hüküm doğurmayan bir irade beyanını içermektedir⁹⁴³. Ancak teslim edilen imzalı boş kağıt karşı tarafça doldurulduğu andadır ki, imza sahibinin gerçek irade ve tasav-

93) Bkz.. yukarıda N. 2. Buna göre, konuyla ilgili hiçbir bilgisi veya tasavvuru olmayan bir kimse istemediğı bir beyanı yapmış duruma düştüğü vakit, ortada yine bir beyan batası vardır. -Alman Hukukunda beyaza imza konusunda eskiden hakim olan "hata sebebiyle ipial" teorisi günümüzde terk edilmiştir. Ne var ki, bunun sebebi, burada kavram olarak hataya yer olmadığı düşüncesi değil, BK. m. 18ff'i gibi bir hüküm içermeyen Alman Hukukunda, beyaza imzalı senedi istediğı gibi dolduran karşı tarafın bu senetten doğan alacağını iyiniyetli üçüncü bir kişiye devretmesi halinde iyiniyetli üçüncü kişiyi koruma endişesidir. Nitekim öğretide bazı yazarlar (bazen "yokluk" ihtimalinden biç söz etmeksizin), beyaza imza halinde BGB § 119 çerçevesinde hatanın şartlanrun gerçekleştiğini açık biçimde belirtmektedir (**Palaodt/Heiorichs**, 64.A., § 119, N. 10; **Brox**, N. 424}. Şu var ki, böyle bir senetten doğan alacağın iyiniyetli üçüncü bir kişiye temlik edilmesi ihtimalinde, bata sebebiyle ipial önlemek için, hata görüşü bir yana bırakılarak boş kağıdı dolduran karşı taraf yetkisiz temsilciye benzetilmekte ve temsile ilişkin BGB §§ 172, 173 hükümleri kıyas yoluyla uygulanmak suretiyle ondan alacağı devralan üçüncü kişinin iyiniyeti imza sahibine karşı korunmaktadır. {**Flume**, § 23, 2. c, s. 455; **Medicus**, AT, N. 913, 914; **Larenz/Wolf**, 9.A., § 48, N. 34 vd.; **Köhler**, 28.A., § 7, N. 28). -Dikkate değer ki, İsviçre Federal Mahkemesi de yukarıda anılan kararında (bkz.. not 91), BGB §§ 172, 173 hükümlerini karşılayan İsv. BK. m. 33ml (BK. m. 33/IO hükmüne de yollama yapmış bulunmaktadır. Ne var ki, bu kararn öğretiye de yansıyan asıl gerekçesi kıyas yoluyla uygulanan ve benzeri Alınan Medeni Kanununda bulunmayan BK. m. 1 *SM* hükmüdür.

94) Bkz. **Kuru**, cilt II, s. 2403-2404; s. 2410, not 918; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, Medeni Usul Hukuku, 16. baskı, Ankara 2005, s. 477.

94a) Her ne kadar, boş kağıdı imzalayan tarafın bunu karşı tarafa teslim ederken, metnin taraflar arasındaki güven ilişkisine ters düşmeyecek biçimde doldurulacağı kanaati ile hareket etmiş bulunduğu ve bu açıdan belgenin teslimi anında bir batanın mevcut bulunduğu ileri sürülebilirse de, bu hata hiçbir şekilde esaslı olmayan ve hukuken dikkate alınmayan adi bir saik hatasından (BK. m. 24/II) ibarettir. Esaslı bata niteliğindeki beyan hatası (yani irade ile beyan arasındaki uygunsuzluk), metinde işaret ettiğimiz gibi, boş kağıdın karşı t.arafça doldurulduğu anda gerçekleşmektedir. Daha önce, ortada tamamlanmış bir irade beyanı yoktur.

vuruna hiç ulmayan bir beyan ortaya çıkmakta ve hata işte o anda gerçekleşmektedir⁹⁵. Görüldüğü gibi, bu ihtimalde, *beyaza imzalı belge*, HUMK. m. 293/b. 5 hükmünün aradığı gibi, *hata sonucu imza sahibinin elinden çilanış değildir*. Beyan hatası, güvenilir verilen belgenin (örneğin üç ay sonra) karşı tarafça doldurulduğu anda gerçekleşmiştir. Durum, imzalı boş belgenin hileyle veya tehdit yoluyla imza sahibinin elinden alınmasından çok farklıdır. Bu yüzden, (ister sözleşmenin kurulmasını engelleyen ister J.airulmuş sözleşmenin iptaline imkan veren bir bata söz konusu olsun), hata iddiası, beyaza imzalı belgelerde HUMK 293/b. 5'de öngörülen istisnanın kapsamına girmez ve imza sahibini yazılı delil ibraz ederek hatasını ispatlamak zorunluluğundan kurtarmaz⁹⁶. Oysa, uygulamada hemen hemen hiçbir zaman tarafların yazılı bir protokol ile beyaza imzalı boş belgenin hangi şartlar altında ve hangi sınırlar çerçevesinde kullanılacağını belirtmeleri söz konusu olmaz. Bu durumda, beyaza imzalı belgede hatayı kabul etmeyenlere göre hatadan söz açılmayacağı; hataya dayanmanın mümkün olduğunu ileri sürenler açısından ise, yazılı delil ibraz ederek hatayı ispat etmek genellikle mümkün olamayacağı için, hataya düşüldüğü öne sürülerek sonuç alınamayacaktır.

bb. *Beyaza imza atan ile üçüncü kişiler arasındaki ilişki*

Federal Mahkemenin deserinde olarak kabul etti "bi beY.aza...imza 62 atan kimse, alacağı <!vraJn iY..ip.iye.!_li üçüncü ki Uerç.Js..arş..y..in: anığumlcuki görünüşünrizikosunu (özellikle _muvazaal_1 bir borç senedin_e daY..?lark ucuncti7cişilerce alacak iktisap edilmesine ilişkin BK. m. 18/II hükmüne yasen) taşımak zorundadır. Bunun sonucu olarak, o, Uiaia fial.ind'e yazılı delil ibraz eôere Cf diğer tarafa yöneltebileceği "sözleşmenin hiç kurulmadığı "veya" sözleşme metninde yazılı olandan farklı biçimde kurulmuş sayılması gerektiği", yahut "irade bozukluğu sebebiyle iptal edilebilir olduğu" yolundaki savunmaları, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı öne sürmek, kısaca BK. m. 167/I hükmüne dayanmak imkanından yoksundur⁹⁷.

M. Esaslı Hatanın Yaptırımı

1. Sözleşmenin Yanılanca İ tal Eilebjliu)lması.:ve-Bunun Anlamı

BK. m. 23, sözleşme yapılırken esaslı bir hataya düşen tarafın, o, sözleşme ile "ilzam olunamayacağını" (bağlı tutulamayacağını) belirtmiştir. Aynı ibareye, hile için BK. m. 28'de, ikrah (korkutma) için "lüzum ifade

95) Bkz. v. **Tubr**, AT, § 61, II, 3, s. 415; **Kocayusu fpaşaoğlu**, not l'de age, s. 36, not 48.

96) Sonuç olarak aynı görüşte: **Kuru**, cilt il, s. 2401; **Kuru/Aslan/Yılmaz**, Medeni Usul Hukuku, 17. baskı, Ankara 2006, s. 477.

97) BGE 88.II.427, JdT 1963.1.253. Ayrıca bkz. **Merz**, Vertrog, N. 371; Eren, s. 249; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 931.

etmez" tarzında BK. m. 29/I'de yer verilmiştir. Hata, hile ve ikrah'ı bir arada düzenleyen BK. m. 3 I, "Hata veya hile ile haleldar olan yahut ikrah ile yapılan akit ile *mü/zem olmayan* taraftan söz açmaktadır. İsviçre Borçlar Kanunu'nun Almanca metninin, hataya ilişkin 23. maddesinde, hataya düşen tarafın yaptığı sözleşmenin, onun için "*unverbindlich*" olduğu belirtilmiştir ki, bu deyimden yanılanın, böyle bir sözleşme ile "bağlanmadığı" veya herhangi bir "yükümlülük altına girmediği" anlaşılmaktadır. Aynı şey, İsviçre BK. m. 23'ün "*Le contrat n'oblige pas celle des parties qui, au moment de le couclure, etait dans une erreur essentielle*" diyen Fransızca metni için tekrar edilebilir. Yine Fransızca metnin, gerek hata, gerekse hile ve ikrah halleri için, İsv. BK. m. 31'de (BK. m. 31) "*la partie qu'il u'oblige point*" (sözleşmenin "bağlamadığı" veya bir başka çeviriyle "yükümlülük altına sokmadığı" taraf) ibaresini kullanmaktadır.

- 64 Bu ifade tarzı, gerek bata hali gerekse hata ile aynı yaptınma tabi tutulan bile ve ikrah hallerinde, kanunun öngördüğü yaptırımının ne olduğu hususunda büyük tartışmalara yol açmıştır. Gerçi bir noktada fikir birliği vardır: Hata sonucu yapılan sözleşmede yaptırım kesin hükümsüzlük (butlan) değildir. Kanun, sadece yamıana, hatasını öğrendiği tarihten itibaren bir yıllık bir hak düşürücü süre içinde kullanabileceği⁹⁸ bir iptal hakkı tanımıştır. Bir yıllık süre kaçılırsa, sözleşme kuruluş tarihinden başlamak üzere geçerlik kazanacaktır. Fakat, *henüz iptal hakkı kullanılmadan* durumun ne olduğu hususunda fikir birliği yoktur. Bu konuda üç görüşe rastlanmaktadır:

- Birinci örişe göre, hatalı sözleşme sadece hataya düşen açışmdau Jü dımsüz, diğer tara açışın an e e. • • • • 9:-- İsviçre RUKokunda:-geçer-sizliğin sadece ır taraf için sonuç doğurmasını ifade etmek üzere "bölünmüş geçersizlik"ten (veya "bölünmüş hükümsüzlük"ten) söz edilmektedir. Bu durumda, bir "topal işlem" den (*negotium c/audicaus*) bahsetmek de mümkündür¹⁰⁰.

- 65 - İki • örii e nazaran, hatalı sözleşme, daha baştan itibaren her iki taraf için de hükümsüzdür. Anca u u msuz esin olmayıp, düzelebilir bir hükümsüzlüktür. Yanılan, sözleşmeyi süresi içinde iptal ederse, baştan itibaren mevcut hükümsüzlük kesinleşir. Bir yıllık hak düşürücü iptal süresi içinde iptal edilmeyen veya yanılınca icazet verilen sözleşme, yapıldığı andan başlamak üzere (her iki taraf için de) geçerli hale gelir. Şu

98) Aynı yaptının öngörüldüğü hilede bir yıllık süre yine hilenin öğrenilmesinden başladığı halde, ikrah halinde durum farklıdır: Bir yıllık sürenin başlangıcı, korkutulanın, korkunun etkisinden çıktığı tarihtir (BK. m. 31).

99) Bu görüşte olanlara örnek olarak bkz. **v. Tuhr/Peter**, § 39, I, s. 329; IV, 4, s. 338 ve not 37a; **Engel**, s. 339; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 100.

100) Bkz. not 99'da anılan **Engel**.

noktaya dikkat etmek gerekir ki, hataya dayanarak sözleşmeyi iptal etme hakkı sadece yanılana aittir. Diğer taraf, baştan itibaren hükümsüz olan sözleşme ile şu anlamda bağlıdır ki, o, karşı tarafın hatasını öne sürüp sözleşmeden sıyrılmak imkanı bulunmaksızın, hata edenin kararını beklemek zorundadır¹⁰¹.

Şu noktayı ayrıca belirtelim ki, bu görüş açısından iptal hakkından söz açıldığı vakit, bunu "gerçek olmayan anlamda bir iptal hakkı" olarak anlamak gerekir. Zira, gerçek anlamda iptal hakkı, aşağıda incelenen üçüncü görüş çerçevesinde görüleceği gibi, başta hülüm doğuran bir sözleşmede, bu hükümleri geçmişe etkili olarak ortadan kaldırmır¹⁰². Burada ise, iptal hakkının kullanılması ile, esasen hükümlerini doğurmayan sözleşmenin bir yıllık süre sonunda geriye yürür biçimde geçerli hale gelmesi önlenmekte ve sözleşmedeki hükümsüzlük kesinleştirilmektedir¹⁰³.

- Yeni İsviçre öğretisindeki çoğunluk tarafından benimsenen *iiçüncü görüş*¹⁰⁴, Alman Hukukunda BGB § 142'nin kabul ettiği gerçek anlamda 66

101) Bu görüşün halen İsviçre Hukukunda en başta gelen savunucusu olarak Gauch'un adını anmak gerekir (**Gauch/Schluép/Schmid**, N. 890 vd.; **Gauch**, SAG, 61 (1989), s. 157 vd.; **Gauch**, Vertrag und Parteiwille, in: Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Freiburg 1982, s. 355 vd.). Keza aynı görüşte: **Hürlimann**, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR., Freiburg Schweiz, 1984, s. 96 ve not 14; **Koller**, Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, Freiburg Schweiz 1985, N. 425 ve not 522 (bu yazar sonradan görüşü değiştirmiş ve aşağıda incelenen iptal teorisini benimsemiştir); **Merz**, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts 1988, ZBN 126 (1990), s. 259; **Kaniti (Kaneti)**, Akdin ifa edilmediği deri, İstanbul 1962, s. 53; **Z. Kurşat**, Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavranı, İstanbul 2003, s. 65; **Schönle/Higi**, not 49'da age, Art. 197, N. 324.

102) İptal hakkının, bu şekilde, iki çeşidinin olduğu hususunda bkz. **v. Tuhr/Peter**, § 29, III, s. 231; **Oğuzman/Barlas**, Medeni Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 13. bası, İstanbul 2006, s. 168-169; **Dural/Sarı**, Türk Özel Hukuku, cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2004, s. 167 vd. (Anılan son eserde meseleye daha ziyade bölünmüş geçersizlik görüşü perspektifinden bakılıyor). -**Koller** (not 101'de age, s. 146, not 566), buradaki iptali "teknik olmayan anlamda" bir iptal olarak adlandırıyor.

103) **v. Tuhr/Peter**, § 29, not 52. Şu hususa dikkatleri çekelim ki, birinci görüş olarak ele aldığımız "bölünmüş hükümsüzlük" veya "topal işlem" görüşünde, iptal hakkı irade bozukluğuna uğramayan karşı taraf açısından gerçek anlamı ile bir iptal hakkıdır (onun bakımından hüküm doğuran sözleşmenin hükümleri iptal beyanı ile geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılıyor); buna karşı, hataya düşen açısından, tıpkı ikinci görüşte olduğu gibi, gerçek olmayan anlamda bir iptal söz konusudur (zira, bununla baştan itibaren mevcut hükümsüzlük kesinleştirilmektedir).

104) Bu görüşte olanlara örnek olarak bkz.: **Bucher**, AT, s. 210; **Schmidlin**, Art. 23-24, N. 120 vd.; **Wiegand**, Bemerkungen zum Picasso-Entscheid, recht 1989, s. 110; **Piotet**, A propos de l'arret "Picasso", JdT 1988.J.s. 519 vd.; **Schwenzer**, N. 39, 07; **Koller**, I, 2.A., N. 118, 274; **Guhl/Koller**, § 16, N. 21.- Türk hukukunda iptal teorisi **Eren** (9. bası, s. 369 vd.), **Buz** (not 60c'de age, s. 301 vd.) ve **Karabasan**, (TBH, GH, cilt 1, 2003, s. 353) gibi yazarlar tarafından benimsenmiştir. Ne var ki, Eren'in düzelebilir hükümsüzlük görüşünü eleştirirken, sözleşmenin baştan itibaren geçersiz olması ile, aynı zamanda "iptal edilebilir" veya "icazet verilerek düzeltilebilir" olmasını birbiri ile bağdaşmaz saymasına katılmak mümkün değildir. Burada, "kesin hükümsüzlük (but-

iptal kavramını İsviçre Hukukuna taşıyarak ("gerçek anlamı ile iptal görüşü" veya kısaca "iptal görüşü") şu sonuca varmaktadır: Hatalı sözleşme başta /her iki tara i in de hükümlerin- oVırı 1: _?_ycg_ki,...y..anılanın, suresi içm e iptal hakkını kullanması ile sözleşme...geçmişe etkili olarak ve kesin bifiniZ/elw/-umsı'iz kalır.

- 67 Türk Hukukunda, bu görüşlerden hangisine üstünlük tanınmasının yerinde olacağını araştırırken, *birinci görüşü daha baştan bir kenara bırakmak gerekir*. Gerçekten, bir işlemin bir taraf için geçerli, diğer taraf için geçersiz sayılması, son derece anonnal ve hiçbir şekilde kabul edilemeyecek sonuçlar doğurur. Örneğin, bir tasarruf işlemi yapılmış ve bir alacak A₁ tarafından A₂'ye devredilmişse, A₁'in esaslı hataya düşmüş olması halinde, bu alacak kimin malvarlığında yer alıyor sayılacaktır? Bu görüşe göre, A₁ açısından işlem hüküm doğurmadığından alacak onun malvarlığında kalmıştır. Oysa, A₂ açısından devir işlemi hüküm ve sonuçlarını doğurmakta, bu sebeple de A₂ alacaklı sıfatını elde etmiş bulunmaktadır. Alacağın devri sözleşmesi sonucu, alacağın bir açıdan devredende kalmış, diğer açıdan devralana geçmiş sayılması kabul edilebilir bir sonuç değildir¹⁰⁵. Nitekim, yeni İsviçre öğretisinde, artık hemen hemen hiç kimsenin birinci görüşü savunmadığına açıkça işaret edilmektedir¹⁰⁶.

Görülüyor ki, bundan böyle, tercihimizi ilcinci görüş (düzelebilir hükümsüzlük) ile üçüncü görüş (gerçek anlamı ile iptal görüşü) arasında yapmak durumundayız. Derhal belirtelim ki, İsviçre Federal Mahkemesi, bir ilke kararında (ünlü "Picasso karar"), meseleyi enine boyuna inceledikten sonra, iptal teorisini reddetmiş ve yukarıda "ikinci görüş" olarak ele aldığımız düzelebilir hükümsüzlük teorisine üstünlük tanımıştır. Gerçi, Federal Mahkeme, "bölünmüş hükümsüzlük" (birinci görüş) ve "düzelebilir hükümsüzlük" (ikinci görüş) şıklarından birim diğerine üstün görmekten kaçınmış, bu iki teori arasında açık bir tercih yapmamıştır. Ne var ki, yukarıda işaret ettiğimiz gibi, İsviçrede yeni yazarlar arasında "bölünmüş hükümsüzlük,, görüşünü savunan pek kimse kalmadığı için, Federal Mahkemenin iptal teorisini İsviçre Hukuku için reddeden bu kararının, düzelebilir hükümsüzlük görüşü lehine verilmiş bir karar olarak değerlendirilmesi imkanı vardır. Yüksek Mahkemenin bu sonuca varırken dayandığı en

lan)" ve "gerçek anlamı ile iptal edilebilir olma" yaptırulan arasında yer alan ve her ikisinin belirli bazı özelliklerini bir araya getiren bir karına hükümsüzlük durumu vardır. Nitekim, bizzat **Eren** danı (9. bası, s. 299, not 147), bu ilci hükümsüzlük çeşidi arasında "ara kademelerin" yer alabileceğine isabetle işaret etmiştir. Ayrıca bkz. aşağıda § 43, N. 27.

105) Bu eleştiri için bkz. **Gaub/Schluep/Schmid**, N. 900; **Schmidlin**, Art. 23-24, N. 114.

106) **Schmidlin**, Art. 23-24, N. 114. Şu var ki, **Engel'in**, eserinin 1997 yılında yayınlanan 2. basısında (s. 340), eski görüşünde (bkz. yukarıda not 99) ısrar ettiğini burada belirtmek gerekir.

önemli gerekçe, İsviçre Borçlar Kanunu'nun hazırlık çalışmaları sırasında, hataya düşene (BGB tarafından benimsenmiş iptal görüşüne uygun düşer biçimde) gerçek anlamı ile bir iptal hakkı tanınması yolunda verilen bir önerenin reddedilmiş olmasıdır. Federal Mahkeme, bundan, kanun koyucunun bilerek ve isteyerek iptal teorisini benimsemediği sonucunu çıkar-maktadır¹⁰⁷.

Biz, görüşümüzü, meseleyi önce *de lege ferenda* (yapılacak kanun bakımından), sonra *de lege lata* (yürürlükte olan kanun açısından) ele alarak belirtmek istiyoruz.

- *De lege ferenda*, hata ile diğer irade bozukluklarını (hile ve ikrah) ve (uygulanacak yaptırım açısından onlarla bir tutulan) gabin halini birbirinden ayırmanın yerinde olacağı ileri sürülebilir. Şöyle ki,

= *Hata* halinde, sırf yanılanın riziko alanında, üstelik hemen hemen her zaman onun kusvu ile gerçekleşen bir irade bozukluğu söz konusudur. Durumda, hata sonucu yapılan sözleşmenin başlangıçta hüküm d-o ran, anc • rnnı uzeone .. ••mden uşen bir sözleşme olınası çok daha rahat kabul edilebilir.¹⁰⁸ *f* anılan, yaptığı sözleşmenin iptal edilmedikçe geçer-fil,ir sözleşme gibi hüküm doğurmasına at anmalıdır. Kaldıkı:-,ır söz-fişmen:in-ırata sebebiye iptaf ecfil efüür sayılması için:Chiç değilse beyan hatalarında) karşı tarafın kendisine yapılan beyana haklı güveninin korunmuş olınası gerekir. Bu şekilde, güven ilkesine göre farazi (varsayımsal) bir uyuşma sonucu kurulmuş sayılan sözleşmenin, (düzelebilir hükümsüzlük görüşü çerçevesinde) hükümsüz değil, fakat başlangıçta hüküm doğuran ancak iptali mümkün bir sözleşme olması, hiç kuşkusuz çok daha tatmin edici bir çözümdür^{108a}.

107) BGE 114.IT.131; JdT 1988.1.508. Bu konuda, özellikle 5 Mayıs 1908 günü Uzmanlar Komisyonuna verilen ve reddedilen önerge hakkında ayrıca bkz. **Schmidlin**, Art. 23-24, N. 105 vd.; **Gauch**, SAG 61 (1989), s. 157. İsviçre Borçlar Kanununa ilişkin hazırlık çalışmaları için ayrıca krş. **Buz**, not 60c'de age, s. 304 vd.

108) BK. m. 23 ve 28'deki "ilzam olWlamaz", BK. m. 29/I'deki "lüzum ifade etmez" ve BK. m. 31/I'deki "mülzem olmayan taraf" ibarelerinin, iptal hakkının sadece irade bozukluğuna uğrayan tarafa ait olduğunu, buna karşı diğer tarafın yapılan sözleşme ile bağlı bulunması sebebiyle onun kararını beklemek zorunda bulunduğunu ifade etmek üzere kullanıldığını ileri sünnek (madde metnini bir hayli zorlama pahasına da olsa) tamamen imkansız sayılamaz. (Bu konuda bkz. **Eren**, 9. bası, s. 370-371). Ne var ki, sözleşme baştan itibaren hükümlerini doğuracaksa, kanun koyucunun neden dolayı başka türlü anlaşılmaya çok elverişli dolambaçlı ifadeler kullanıp, "bu sözleşme iptal edilebilir" demediğini açıklamak (hele İsviçre kanun koyucusunun bilerek ve isteyerek iptal teorisini benimsemediğini öğrendikten sonra) kolay değildir. **Schmidlin**'in (Art. 23-24, N. 120, 121), BK. m. 23'deki "ilzam olunamaz" ibaresinin, iptalden önceki değil, iptal hakkının kullanılmasından "sonraki" durumu ifade etmek amacını güttüğü yolundaki düşüncesi ise, hiç kabul edilemez.

108a) Aynı yönde açıklamalar: **F. Rochat**, Inefficacite du titre d'alicnation et renaissance de l'action reelle mobiliere, Zürich, 2002, s. 281-282; Schmidlin. Art. 23-24, N. 123.

= *Hile, ih.Tah* ve onlarla bir tutulan *gabin* ihtimallerinde durum çok farklıdır. Bu gibi ihtimallerde, hatada olduğu gibi karşı tarafın güveni korunarak kurulmuş bir sözleşmeden bahsedilemez. Dm tersine, sözleşme karşı tarafın aldatması, tehdit etmesi veya zayıf durumdaki diğer sözleşeni sö-
--nriirffie"S"i sonucu meyaana gelmiştir. Hileve-ılaah dolayısıyla gerçekleşen
irade bOzul<lütlannınıra esıborulan tarafın riziko alanı ile bir ilgisi yoktur. Bunlar tamamen diğer tarafın hukuka aykırı eylemlerinin üüinüdür. O halde, bu şekilde kurulan sözleşmenin başta (üküll) dqğurma ması ve ancak
iradesilmzalan veya so müri! (tara ça s resinde İP.tal edilmemişse geçmi-
şe etkili olarak geçerlilik kazanması, durumun Ö'.?elliklerine çols. _Öi! a uygun
cfüşer. - - -

Bütün bu düşüncelere rağmen, biz, aşağıdaki sebepten ötürü yine de, bir yandan hatayı diğer yandan ise hile ve ikrahı ve bunlara ek olarak (BK. m. 21'deki "fesih" sözcüğü dolayısıyla durumu tartışmalı olan) gabin aynı yaptırıma tabi tutan geleneksel çözümün *de lege ferenda* muhafaza edilmesinden yanayız. Gerçekten, bazı olaylarda, irade bozuk.luk.lanndan ikisi aynı zamanda gerçekleşebilir. Örneğin, hile sonucu karşı taraf esaslı bir hataya
(temel ha (n). dü müsse, durum bö)"leoıacaıdır. onun gı 1, tartışmalı o masına rağmen) bizim bir irade bozukluğu olarak görmediğimiz gabin, bir çok hallerde hile ile veya ikrah yahut temel hatası ile bir arada gerçekleşebilir. Temel hatası ile birlikte hilenin veya gabin şartlarının aynı zamanda gerçekleştiği olaylarda, sözleşmenin hata açısından baştan hükümlerini doğuran iptal edilebilir bir sözleşme (iptal teorisi), hile veya gabin açısından ise, başta hiçbir hüküm doğurmayan, ancak süresi içinde iptal edilmezse düzelebilir bir sözleşme olduğunu (düzelebilir hükümsüzlük görüşü) kabul etmek, işleri karıştırmaktan başka bir anlam taşımayacaktır. O halde, Borçlar Kanunu değiştirilirken, hlr tarafta hata, diğer tarafta hile ve ikrah
in, bugü ibi a uı ya tırımı kabul etmek erinde olacaktır. Biz, Alman Medeni Kanunu tarafından açık biçim e abul e 1 en, günümüzde İsviçre öğretisindeki çoğunluk tarafından da üstün tutulan, ancak her teori gibi artıları ve eksileri bulunan iptal teorisinin, böyle bir değişiklik çerçevesinde, dilerse Türk kanun koyucusu tarafından benimsenmesinde herhangi bir sakınca görmüyoruz.

69

hukukumuzda dar anlamdaki irade bozukluklarının
tümü için aynı yaptırım öngörülmüştür. O zaman nasıl e et edilecektir?
Biz (günümüzde, özellikle İsviçre öğretisinde kendini güçlü biçimde gösteren aksi eğilime rağmen), yakın zamanlara kadar öğretilde (bazı yazarlarca, katılmadığımız "bölünmüş hükümsüzlük" görüşü çerçevesinde sadece bir taraf için baştan hükümsüzlüğü öngörerek) hayli yaygın biçimde benimsenen ve Federal Mahkemenin 7.6.1988 tarihli "Picasso kararı"na uygun düşen "düzelebilir hükümsüzlük" görüşüne üstünlük tanımak mecburiyetini

hissediyoruz. Gerçekten, Borçlar Kanunumuzun irade bozukluklarının yaptırımı ile ilgili hükümlerinin, daha ziyade düzelebilir hükümsüzlük görüşüne uygun düştüğü İsviçre'deki bazı iptal teorisi taraftarları tarafından dahi kabul ve itiraf edilmektedir¹⁰⁹. Yine İsviçre Federal Mahkemesinin 7.6.1988 tarihli kararı, kanundaki bu ibarelerin bilinçli olarak ve BGB'nin benimsediği İptal sistemi reddedilerek kullanılmış olduğu sonucuna varmış bulunmaktadır. Bu durumda, *yürürlükteki hukuk* bakımından, kanundaki ifade tarzının üstün tuttuğu sistemin (bunun hile, ikrah ve gabin halleri için çok daha doyurucu olduğunu da dikkate alarak) göz ardı edilemeyeceği kanısındayız.

Yargıtay kararlarında bu görüşlerden hangisinin benimsendiği her zaman açık biçimde ifade edilmiş değildir. Ancak, bu kararlarda zaman zaman rastlanan "Bu koşulların varlığı halinde hataya düşen taraf isterse iptal hakkını kullanmak suretiyle hukuki ilişkiyi geçmişe etkili (makale şamil) olarak ortadan kaldırabilir ve verdiği şeyi geri isteyebilir"^{109a} şeklindeki ifade, ilk bakışta (zorunlu olmamakla birlikte), iptal teorisi lehine değerlendirilmeye daha elverişli gözükmemektedir. Buna karşı, bir başka kararında Yüksek Mahkeme "Hata, hile, ikrah ile sakatlanmış irade yok hükmündedir. Ancak bir yıl içinde dava açılıp iptal istenilmemişse işlem geçerli hale dönüşür (BK m. 31). İptal isteği, işlemin muteber hale dönüşmesini önlediği gibi, onu hükümsüz hale getirmeye imkan verir"^{109b} diyerek, bu defa (eleştiri konusu olacak ifadeler kullanmış olmakla birlikte) açık biçimde düzelebilir hükümsüzlük görüşüyle üstünlük tanımıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kumulu'nun çok yeni bir kararında da^{109c} "hatanın neticesi, taliki (geciktirici) şarta bağlı sıhhattir" denilerek düzelebilir hükümsüzlük görüşü benimsenmiştir. Aynı şekilde gabinle ilgili bir başka kararında da, Yargıtay'ın düzelebilir hükümsüzlük görüşünü esas aldığı görülmektedir^{109d}.

Şu noktayı önemle ekleyelim ki, genellikle kabul edildiğine göre, bu iki görüşten birinin veya diğerinin kabulü, hiç değilse ilke olarak uygulamada

70

109) **Bucher**, AT, s. 210.

109a) Örnek olarak bkz. Yarg. 1. HD., 13.10.1998, E. 8883, K. 10883; 1. HD., 13.5.1998, E. 5333, K. 6108 (**Özkaya**, Hata, Hile, İkrâh Davaları, Ankara 2000, s. 114, 233). Şu noktayı belirtelim ki, iptal beyanı üzerine "hukuki ilişkinin" geçmişe etkili olarak ortadan kalktığından söz açmak yerinde değildir. İptal görüşü çerçevesinde, iptal beyanıyla geçmişe etkili olarak sözleşmenin "hükümleri" ortadan kalkar, bir başka deyimle hukuki ilişki kesin biçimde hükümsüz kalır.

109b) Yarg. 1. HD., 2.6.1999, E. 4651, K. 7196, **Karabasan**, TBH, GH, cilt 1, 2003, s. 362. Aynı yönde bir başka karar: Yarg. 3. HD., 12.10.2000, E. 8362, K. 9775 (**Karabasan**, TBH, GH, cilt 1, 2003, s. 349). Bu kararda, hata ile aynı yaptırma tabi tutulan "ikrah" (korkutma) hali için şu ifade kullanılıyor: "Bu son halde, sözleşme kendisine varlık veren irade ve rıza ikrah nedeniyle illethi olduğu için daha başlangıçtaki bir durum nedeniyle geçersizdir. Gabinde ise irade sakat ve illethi olmadığı için sözleşme başlangıç ve köken itibarıyla sağlam olmasına rağmen husule getirdiği sonuç-aşın yararlanma- nedeniyle feshi istenebilir hale gelmiştir". İrade bozuklukları için öngörülen yaptırım ile gabin halinde uygulanacak yaptırımı farklı esaslara bağlayan bu anlayışın isabetli olmadığı hakkında bkz. aşağıda § 39, N. 27.

109c) Yarg. HGK., 5.4.2006, E. 2006/1-83, K. 2006/143 (YKD. 2006/8, s. 1201).

109d) Bkz. aşağıda § 39, not 53.

önemli farklar yaratacak değildir. Çünkü, iptal teorisinde de, ip.taJ.in etkisi geriye yürüdü ••nden sözleşmeyi aaha baştan hükümsüz a_yJlak gerekecekilf ••Nitekim, öğretide e, u ılıu gorusu arasın aki pratik farkların daha çöctüli(ikincil) noktalarda ortaya çıkabileceğine işaret edilmiştir¹⁰. Kısaca bütün bu tartışmaların fazla bir pratik değeri yoktur¹¹.

70a

Öğretide "düzelebilir hükümsüzlük" görüşüne yöneltlen eleştirilerden biri de şu olmuştur: İradesi bozukluğa uğrayan yanılan veya aldatılan, hataya düştüğünü veya hileye kurban olduğunu hiç öğrenmediği takdirde, karşı taraf, kazandını zamanaşımının şartları gerçekleşmedikçe kendisine teslim edilmiş taşınırın veya onun adına tapu kütüğüne tescil olunan taşınmazların sonsuza dek maliki olamayacağı...tır ki, bunu taraf menfaatleri ve Özel Hukuk sistemimizle bağdaştırmak mümkün değildir¹². Biz, aşağıdaki gerekçelerle bu düşünceye katılamıyoruz:

- Bir defa, bu düşünce ikrah (korJ...,ıtma, tehdit) hali için çok defa geçerli değildir. Tehdit altında sözleşmeyi yapan kişi, genellikle bir süre sonra tehdidin etkisinden kurtulur ve o tarihten itibaren işleyen bir yıllık hak düşürücü süre içinde iptal hakkını ılılanmazsa, başlangıçta hüldim doğurmayan sözleşme yapıldığı andan başlayarak geçerlilik kazanmak suretiyle, yine başlangıcı o an olmak üzere karşı tarafın malik olması sonucunu doğurur.

- Meseleye *huhl. İlk politikası* açısından bakıldığı vakit, bu eleştiri sırf hata sebebiyle iptal edilebilir sözleşmeler göz önünde tutularak yapılmış gözükmektedir. Hile, ikrah veya (bir irade bozukluğu oluşturmayan) gabin hallerinde, karşı tarafa mülkiyeti derhal kazandını onu hukuka ve ahlaka aykırı eylemleri dolayısıyla adeta ödüllendirmek, herhalde kayıtsız şartsız üstün tutulacak bir çözüm sayılamaz.

- Yakından incelendiği vakit görülüyor ki, bata veya hilenin farkına varılmaması yüzünden iptal hakkı kullanılmadığı zaman, diğer tarafın, kazandırıcı zamanaşımının şartları gerçekleşmedikçe mülkiyet hakkını elde edememesi uygulamada onun aleyhine herhangi bir sonuç doğuracak değildir. Gerçel'ten o, taşınırılarda zilyetliğe (MK. m. 985/1), taşınmazlarda tapu lı'itüğünde kendisi adına yapılmış tescile (MK. m. 992/1) dayalı mülkiyet karinesine dayanarak herkese karşı malik sayılır. Bu karineyi çürütebilecek tek kişi, hata veya hile sonucu iradesi bozukluğa uğrayan veya gabin halinde sömürülen taraf yahut bu sayılanların yerini alan külli halefleri yani genellikle mirasçılardır. İradesi bozukluğa uğrayan veya gabin halinde sömürülen taraf iptal beyanında bulunup bu karineyi çürütmedikçe, hiçbir üçüncü kişi, taşınır malı zilyetliği altında bulwıduran veya tapuda kendi adına yapılmış tescilden yararlanan diğer tarafın gerçekte malik olmadığı iddiası ile ortaya çıkıp onun yararlandığı mülkiyet karinesini (bu sebepten ötürü) çürütmek hakkına sahip değildir. Bir mala gerçekten malik olmak ile, iptal hakkına sahip karşı taraf dışında hiçbir üçüncü kişinin çürütemeyeceği bir mülkiyet karinesinden yararlanmak arasında, hukuken olmasa bile pratik açıdan kayda değer bir fark yoktur¹³.

- Eleştiri konu.su yapılan ihtimale benzeyen bir durum, iptal hakkının kullanılması-

110) Bkz. **Bucher**, AT, s. 210; **Schmidlin**, Art. 23-24, N. 125; **Guhl/Koller**, § 16, N. 21.

11 J) Yeni İsviçre öğretisinin önemli bir fark olarak göstermek istediği bir başka konuda her iki teorinin de farklı sonuçlara götürmediği hakkında bkz. aşağıda N. 73-74.

112) Bu düşünce **Wiegand** (not 104'de age, s. 110) tarafından öne sürülmüştür. Ayrıca bkz. **Buz**, not 60c'de age, s. 308.

113) Bizzat iradesi bozukluğa uğrayan veya sömürülen tarafın dahi *iptal hakkını kullanmadıkça* düzelebilir hükümsüzlük görüşü çerçevesinde verdiğini geri isteme hakkına sahip bulunmadığı hakkında bkz. aşağıda N. 74.

nı takiben "iptal teorisi" çerçevesinde de ortaya çıkabilir. Örneğin, hataya düşen veya aldatılan taraf süresi içinde iptal hakkını kullandıktan bir kaç gün sonra ölmüştür. İptal hakkının kullanılmasıyla, sözleşme lırlıduğu andan itibaren kesin hükümsüz (batıl) olmuş, bu sebeple taşının teslim alan veya taşınmaz kendi adına tapu kütüğüne tescil olunan karşı taraf hiçbir zaman bu malların mülkiyetini elde edememiş bir kişi durumuna düşmüştür. Tasarruf işlemlerini illi (sebebe bağı) sayan bir hukuk sisteminde bu sonuç kaçınılmazdır^{13a}. İptal hakkını kullanan tarafın mirasçıları bu durumda, taşınırlarda istihkak (MK. m. 683/II), taşınmazlarda tapu kütüğündeki yolsuz tescilin düzeltilmesi (uygulamadaki adıyla "tapu iptali") davalarını (MK. m. 1025), bu sonuncu davada bizim görüşümüze göre bir istihkak davasıyla birleştirerek^{13b} hiçbir süreye bağı olmak-sızın açabilirler. Bu davalan engelleyebilecek tek husus, davalının kazandınıcı zamanaşımını yoluyla mülkiyeti iktisap etmiş bulwımasıdır. Mirasçılar ınirasbı.rakanın iptal beyanından haberdar olmadıkları veya mahkeme önünde hata veya hileyi ispat edememekten korktukları için bu davaları açmadıkları takdirde, burada da, karşı taraf için kazandırıcı zamanaşımını şartlarının gerçekleşmediğı durumlarda, sonsuza dek malik olamama tehlikesi ortaya çıkabilecektir. Görülüyor ki, hukuk sistemimizde böyle bir sonuçla karşılaşma rizikosunu sadece (iptal hakkı kullanılmayan hallerde) düzelebiliür hükümsüzlük görüşünün tekelinde değildir. Gerçek şudur ki, iptal hakkının k.İllanıldığı sözleşmeler dışında da, *biitün baştan itibaren kesiu hiikümsüz (biitil) sözleşmelerde*, örneğin butlan sebebinin (sözleşmedeki hukuka veya ahlaka aykırılığın) malı devreden tarafça veya ilgili üçüncü kişilerce farkına varılmadığı ve bu yüzden butlan ileri sürülmendiğı vakit, kazandırıcı zamanaşımından yararlanamayan karşı taraf açısından aynı durum karşımıza çıkar. Şu halde, bu noktanın sadece düzelebilir hükümsüzlük görüşünün yol açtığı bir sakınca gibi gösterilmesi yerinde görülemez. Mülkiyet karinesiyle ilgili olarak yukanda söylenenler, hiç kuşkusuz burada da geçerlidir. Şu farkla ki, butlan (kesin hükümsüzlük) hallerinde (butlan sebebinin öğrenilmiş) ilgili üçüncü kişiler de, tıpkı sözleşmenin karşı tarafı gibi, korunmaya değer bir menfaatleri varsa butlanı ileri sürüp mülkiyet karinesini çürütebilirler.

- Nihayet, şu noktaya işaret edelim ki, sonsuza dek malik olamayacak kişiler malı iyiniyetli üçüncü bir kişiye devrettikleri vakit, üçüncü kişinin derhal mülkiyet hakkını elde edeceği kuşk:usuzdur^{13c}. Bunun gibi, karşı tarafın kazandırıcı zamanaşımından yararlanamaması, onun ölümünde kazandınıcı zamanaşımını şartlanrun bu defa mira.sçılan için gerçekleşmesine engel olmaz. Görülüyor ki, sadece bu örnekler dahi "sonsuz dek" ifadesinin, ilk baloştta sanılacağı kadar geniş bir uygulama alanına sahip bulunmadığını yeterince açıklar.

1J3a) Tasamıf işlemlerinin illi (sebebe bağı) olduğu ilkesinin taşınmaz devirlerinde geçerli olduğu;ru hususunda görüş birliğı vardır. Taşınırlara ilişkin tasarruf işlemleri açısından durumun, İsviçre'de değil, sadece Türkiye'de tartışmalı olduğunu bu vesileyle hatırlatmak isteriz.

113b) Bkz. aşağıda not 117.

113c) Taşınmazlarda bu sonucu açıklayan hüküm, üçüncü kişinin tapu kütüğündeki tescile güvenerek aynı hak iktisabını koruyan MK. m. 1023 hükmüdür. Taşınırlarda, hata, hile veya ikrah etkisi altmda yapılmış sözleşmelere dayanarak malın karşı tarafa teslim edilmesi halinde, tartışmalı olmasına rağmen, hakim görüşe göre mal zilyedin nzasıyla elinden çıkmış sayılır ve MK. m. 988 uyarınca iyiniyetli üçüncü kişi bu ihtimalde de derhal mülkiyet hakkını kazanır (Bu konuda bkz. **Stark**, Basler Komm., Zivilgesetzbuch **N**, 2.A., Basel 2003, Art. 933 2GB, N. 19-20; **Steinauer**, Les Droits reels, tome I, 3. ecl, Beme 1997, N. 430c; **Piotet**, Contributions cboisics, Zürich 2004, s. 595 vd. -**Krş. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, 11. bası, İstanbul 2006, s. 100 ve not 240).

2. İptal Beyanı ve Sonuçları

IP.1J 1^m

71

İptal ha- anılan t~~e~~ndan' hatasını öğrendiği tarihten itibaren işeyen bir y.!!JJJs.hak düşürücü süre içinde kullanılması şarttır. İptal beyanı, yeuulik doğuran bir hukuki i lem oluşur. İptal hakkının kullanılması için ırahxein ye başvunnak ve dava açmak gerekmez¹¹⁴. Geçerliliği açısından herhangi bir şekilde bağlanmamış bulunan bu beyan, karşı tarafa ulaştığı andan itibaren sözleşme ilişkisini (hangi görüş benimsenmiş olursa olsun) kesin hükümsüz hale sokar. Karşı taraf, mahkemeye başvurup, olayda (örneğin esaslı bir hata bulunmadığı için) iptal hakkının şartlarının gerçekleşmediğini veya iptal hakkı doğmuş dahi olsa, bunun (örneğin bir yıllık hak düşürücü süre kaçırıldığı içi_n) düştüğünü iddia ederse, mahkeme iptalin geçerli olup olmadığı ve bunun sonucu olarak sözleşme ilişkisinin kesin hükümsüz hale gelip gelmediğini *tespit* etmeye yönelik bir inceleme yapacaktır. Hiç kuşkusuz, karşı taraf iptalin hükümsüzlüğünü ileri sürmekle kalmamış, yanıldığını iddia edenin henüz yerine getirmemiş bulunduğu ediminin de ifasını istemişse, mahkeme davacıyı haklı bulursa, iptal beyanında bulunan tarafı borcunu yerine getinmeye mahkum eden bir edim (eda) hükmünü buna ekleyecektir.

.. İptal beyanı ilke olarak geri alınamaz. su var ki, icap v~~e~~ kabulün geri alınmasına ilişkin BK. m. 9 hükmü kıya ş la burada da :u.y..gulanabileceğin en, gerial1E a beyanı en geç rntal b~~e~~yJm.1 ile ay anda d.iğ':r tarafa uTaştığı veya daha geç ula sa bi e taiaf.önc.e...g e~~e~~ öğretiliği takdirde iptalbeyan!!! ülç9Jnsüz k~~e~~lL-Bu sınırlar aşılmış bile olsa, a~~e~~iaak:1 imimafaeFe eral Mahkeme¹¹⁵ ve öğreti¹¹⁶ karşı tarafa ulaşmış bir iptal beyanının etkisiz kalmasını kabul etmektedir: Buna göre, karşı taraf bir iptal hakkının doğmadığını veya geçerli bir şekilde kullanılmadığını ileri sürerek iptale karşı çıkıyorsa, iptal beyanında bulunan taraf geçerli olarak bu beyanını geri almak imkanına sahiptir. Zira, iptale karşı çıkarak sözleşmenin geçerliliğini koruduğunu ileri süren tarafın, iptal beyanı geri alınarak onun bu isteğine uyulduğu halde, bu defa da iptal beyanının geri alınamayacağını (dolayısıyla sözleşmenin geçersiz olduğunu) ileri sürmesi dürüstlük kuralı ile (MK. m. 2/I) bağdaşmaz.

114) Yargıtay da aynı görüştedir. Örnek olarak bkz. Yargıtay 13. HD. nin 1.2.1989 tarih ve E. 5415, K. 512 sayılı (ikrah ile ilgili) karar: "Böylece, davacı bu akti kabul etmediğini bir yıllık süre içinde bildirdiğinden, işleme sonradan izin vennesi söz konusu olamaz. Bir yıllık süre içerisinde ayrıca dava açmasına gerek yoktur" (Karabasan, TBH, GH, cilt 1, 1992, s. 308 not 317 ve orada anılan diğer kararlar).

1 J 5) BGE 128.m.70, JdT, 2003 I, 4.

116) **Larenz/Volf**, 9.A., § 15, N. 75; **Bucher**, AT, s. 212; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 157, 907. Ne var ki, öğretide yerinde olarak belirtildiği gibi, bu şekilde iptal beyanını geri alan yanılan sözleşmeye icazet vermiş sayılacağından iptal hakkını ikinci bir defa kullanamaz.

Sözleşmenin geçerli biçimde iptal edilmesi o da, daha önce yerine getirmiş bulundukları için, geri alınması için talepte bulunabileceklerdir. Bu konuda açılacak dava, verilen şey, sebebe bağlı bir fiisaf işlemi ile karşı tarafa devredilmişse, aslında kaybedilmemiş bulunan mülkiyet hakkına dayalı aynı bir dava niteliğini taşıyacaktır. Hukukumuzda, taşınmaz mülkiyetinin nakli sebebe bağlı bir tasarruf işlemi ile gerçekleştiğinden durumun böyle olacağı şüphesizdir. Davacı, MK. m. 683/11 uyarınca açacağı istihkak davası ile diğer tarafa teslim ettiği taşınmazın zilyetliğini geri alacak, MK. m. 1025'e göre açacağı tapu kütüğünün düzeltilmesi (uygulamadaki adıyla "tapu iptali") davasıyla ise, tapu kütüğünde yolsuz olarak karşı taraf lehine gerçekleştirilen tescilin silinmesini ve malik olarak kütüğe kendi adının yazılmasını sağlayacaktır¹¹⁷. Bu gibi durumlarda, bir talep ve dava zamanaşımı yoktur. Böyle bir davayı (kanunda tersine açık bir hüküm bulunmadıkça) ancak kazandırıcı zamanaşımı ile malın iktisap edildiği savunması durdurabilir. Tartışmalı olmakla beraber, İsviçre Hukukunda hakim olan, bizim de üstün tuttuğumuz görüş uyarınca taşınmazların devri de sebebe bağlı bir tasarruf işlemi ile gerçekleştiğinden, aynı bir dava (istihkak davası) açmak imkanı burada da saklı kalacaktır. Mülkiyet hakkının kaybedildiği, bu sebeple de aynı bir dava açılmayan durumlarda ise, bir sebepsiz iktisap (zenginleşme) talebi ile yetinmek mecburiyeti kendini gösterecektir (BK. m. 61 vd.). Örneğin, bata sebebi ile iptal edilen satış sözleşmesinde, alıcının, ödemi oldu-u be eh e ac - ava o n n paranın mti kiyeti karışma yolu ile diğer tarafa geçtiğinden bir sebepsiz iktisap-davasıdır.

İptalden sonra, bir *sebepsiz iktisap davası* açıldığı vakit, bunun tabi olacağı *zamanaşımının başlangıcı* ne olacaktır? Sebepsiz iktisap talebinin bağlı olduğu zaman aşımı süresini düzenleyen BK. m. 66, bu konuda iki ayn süre öngörmüştür. Tartışmalı olmakla birlikte, hizce sebepsiz iktisap talebinin öğrenilmesinden başlayan bir yıllık sürenin başlangıcı olarak,

117) Bu iki talebin tek bir dava çerçevesinde ve bir arada öne sürülmesine hiçbir engel yoktur. Şurasını ayrıca belirtelim ki, tapu kütüğünün düzeltilmesi (uygulamadaki adıyla "tapu iptali") davası (MK. 1025), hukuki niteliği açısından bir tespit davasıdır. Lehine kesinleşmiş bir tespit hükmü elde eden davacının, tapu sicil müdürlüğüne başvurarak, tapu kütüğünün bu hükme uygun hale getirilmesini istemek hususunda Kamu Hukukundan doğan bir talep hakkı vardır. Karşı tarafa teslim edilmiş bulunan taşınmazın zilyetliği tapu kütüğünün düzeltilmesi davası ile elde edilemeyeceğinden, bu konuda MK. 683/11'e dayanan bir istihkak davası açmak gerekir (Bütün bu hususlar için bkz. **Haroisch**, Die Grundbuchberichtigungsklage nach dem schweizerischen ZGB, Bem 1941, s. 7 vd., 108, 110; **Steinauer**, Les droits recls, tome J, 2. ed., Bcme 1990, s. 268, N. 990; s. 282, N. 1026; **Üstündağ**, Tapu kütüğünün tashihi davası, İstanbul 1959, s. 37 vd.; **Homberger**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV/3, 2. A., Zürich 1938, Art. 975, N. 4. -Başka türlü: **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, 11. bası, İstanbul 2006, s. 221; **Teldnay/Akman/Burcuoğlu/Ajtop**, Eşya Hukuku, cilt I, 5. bası, İstanbul 1989, s. 416-417).

hata'nın (dolayısıyla iptal hakkının) öğrenildiği tarih esas alınmalıdır. Böylece, hata sebebiyle iptal hakkı için öngörülmüş bir yıllık hak düşürücü süre ile, verilenin sebepsiz iktisap kurallarına göre geri alınmasına yönelik alacak hakkına ilişkin bir yıllık zamanaşımı süresi aynı anda işlemeye başlayacaktır¹¹⁸. Bu çözüm, "*Müruruzaman alacağın muaccel olduğu zamandan başlar, alacağın muacceliyeti bir ihbar vukuuna tabi ise müruruzaman bu haberin verilebileceği günden itibaren cereyan eder*" diyen BK. m. 128 hükmünün kıyas yoluyla uygulanmasına dayanır¹¹⁹.

BK. m. 66 hüknü sebebiyle sebepsiz iktisap talebini ayrıca bu talebin *doğduğu tarihten başlayan on yıllık ikmci bir ust sure e* bağlamıştır. Bir sözleşmenin *hata, h 1 e, 1* gibi irade bozukluklarına dayalı olarak iptal edilmesi halinde *sozlu geçen on yıllık sürenin başla ngı ç tarilin.iine* öldüğü *son derece* taffişmalıdır. Bu onuda iki ggrüşe rastlanmaktadır:

- İsviçre Federal Mahkemesi¹²⁰ tarafından kabul edilen birinci görüşe göre, ister sözleşmeyi baştan hükümsüz sayan görüşler (özellikle düzelebilir hükümsüzlük görüşü), ister başta hüküm doğuran sözleşmenin sonradan iptal beyanı ile geçmişe dönük olarak hükümsüz hale getirildiğini savunan gerçek anlamı ile iptal görüşü kabul edilsin, sebepsiz iktisap, paranın ödendiği anda gerçekleşmiş ve ödeme anında sebepsiz iktisap talebi doğmuştur. Şu halde, on yıllık süre tediye tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır. Düzelebilir hükümsüzlük görüşü açısından bu sonuç çok rahat anlaşılabilir, çünkü tediye yapıldığı anda ortada geçerli bir borç mevcut değildir (borç olmayan şeyin tediyesi). Federal Mahkemeye nazaran, gerçek anlamı ile iptal görüşünde de, her ne kadar başlangıçta tediye geçerli olsa da, iptalin etkisi geriye yürüdüğü ve sözleşme baştan itibaren hükümsüz sayıldığı için aynı sonuç kabul edilmelidir. Görüldüğü gibi, bu anlayış çerçevesinde ister "iptal teorisi" ister "düzelebilir hükümsüzlük" görüşü kabul edilsin, ortada varlığı sonradan ortadan kalkmış bir sebebe (*condictio ob causam finitam*) dayalı bir tediye değil, ifa sırasında mevcut olmayan bir sebebe (*condictio indebiti*) dayalı bir tediye söz konusudur.

- Gerçek anlamı ile iptal görüşünü kabul eden yazarlar, kendi görüşleri açısından, bu çözüme karşı çıkmışlardır. Onlara nazararı, *bu görüş çerçevesinde, geri alma hakkı ancak sözleşme i e mi e etki • '.*

..m- süz ha e ge iren iptal a' mn kullanıldığı anda doğduğuna göre, on yıllık

118) v. **Tuhr/Peter**, § 39, IV, s. 334, not 31; **Spiro**, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-Verwirkungs-und Fatalefristen, Band I, Bern 1975, s. 62, not 9; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 913. Başka türlü: **Bucher**, AT, s. 700, s. 210, not 55 (sebepsiz iktisaba dayalı bir yıllık süreyi en erken iptal beyanının yapıldığı tarihten başlatıyor).

119) Özellikle bkz. not 118'de anılan **Spiro**, I, s. 61 vd.

120) Bkz. not 107'de anılan Federal Mahkeme karar. Aynı görüşte; **Koller**, I, 2.A., § 14, N.

304; **Gaub**, SAG 61 (1989), s. 159; **Merz**, *ZBN*, 126 (1990), s. 259.

sürenin başlangıcı da tediye tarihi değil, bu an olmalıdır. Aksi takdirde, venleni geri almaya ilişkin sebepsiz iktisap fulebının, dalia dof,1111adan zamanaşımına uğraması *gibi* kabul edilemez bir sonuca ulaşılacaktır¹²¹. Örneğin, sözleşme bugün yapıldığı ve tediye derhal gerçekleştiği halde, hatasını çok geç (Federal Mahkeme kararına esas olan olayda on bir yıl sonra) öğrenen taraf, iptal hakkını (öğrenmeden itibaren bir yıl içinde harekete geçerek) on ikinci yıl içinde kullandığı vakit durum böyledir. İptal anında, tediye tarihinden başlatılan on yıllık zamanaşımı süresi çoktan geçmiş bulunmaktadır. Oysa, bu görüşe göre, geriye yürüme kabul edilmeyecek ve on yıllık süre iptal tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır.

Bizce, bir nokta dışında, bu son görüş çerçevesinde ileri sürülen düşünceler yerindedir¹²². Tediye den itibaren on yılı aşan bir süre geçtikten sonra hatasını öğrenen kişinin bir yıl içinde kullanabileceği iptal hakJo, on yıllık süre ödeme tarihinden başlatıldığı takdirde her türlü pratik değerden yoksundur. Şu noktayı gözden kaçırmamak gerekir ki, BK. m. 66'da öngörülen on yıllık zamanaşımı süresinin işlemeye başlayabilmesi için sebepsiz iktisap talebinin doğmuş ve muaccel (talep edilebilir) hale gelmiş olmasa şarttır¹²³. İptal teorisi açısından, işlem iptalden önce hüküm doğurduğuna göre, iptalden önceki aşamada ortada talep edilebilir bir sebepsiz iktisap alacağı yoktur. Bu alacak ancak sözleşmenin iptal edilmesi üzerine doğmakta ve talep edilebilir hale gelmektedir. Tediye den on iki yıl sonra gerçekleşen iptal beyanı üzerine, tediye tarihinden başlayarak sebepsiz iktisap talebini mevcut ve muaccel saymak şu bakımdan kabul edilemez ki, hataya düşen taraf bilim kurgu roman ve filmlerinde olduğu gibi, zaman içinde yolculuğa çıkarak geçmiş yıllara dönmek ve bu yoldan sebepsiz iktisap talebini süresinde ileri sürmek imkanından tamamen yoksundur. Geçen on yıl içinde herhangi bir talep ve dava hakkına sahip bulunmayan kişiyi, iptal beyanından sonra, "Neden süresi içinde talep ve dava hakJonı kullanmadın?" diye kınayıp sebepsiz iktisap talebini öne sürmekten yoksun bırakmak, hukuk uygulamasını bir komediye dönüştürmek ve adalet sistemine olan güveni sarsmak tehlikelerini bünyesinde taşır. Geçmişe etkili olma (geriye yürüme) kuralı da, hukuk düzeninin temelini oluşturan "adalet" ve özellikle "ölçülülük" i)keleri¹²⁴ göz önünde tutularak, makul ve kabul edilebilir sınırlar için-

121) **Piotet**, A propos de l'arrêt "Picasso", JdT 1988.I. s. 522-523; **Wiegand**, Bemerkungen zum Picasso-Entscheid, recht 1989, s.111; **Bucher**, AT, s. 699, not 181; **Schweizer**, N. 39.27; Schmidlin, Art. 23-24, N. 140 vd.; **M.F. Yıldırım**, Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile, Ankara 2002, s. 242.

122) Bu şekilde, önceki basıda savunduğumuz görüşü terk etmiş bulunuyoruz.

123) **Huwiler**, Basler Komm., Art. 67, N. 3; v. **Tuhr/Peter**, § 80, IV, s. 218.

124) Amaç ve araç arasındaki ölçülülüğü esas alan bu ilke, "münferit olaylarda adaletin sağlanması, çatışan menfaatlerin orantılı bir şekilde denkleştirilmesi çabalarıyla ilişkilidir" (**Y. Metin**, Ölçülülük İlkesi, Karşılaştığımız bir Anayasa Hukuku İncelemesi)

de uygulanmak gerekir. O halde, hiç tereddütsüz, sebepsiz iktisap talebini ileri sürmek hak ve imkanı ancak iptal beyanı ile kazanıldığına göre, on yıllık sürenin başlangıcı olarak iptal tarihini esas almak ve bu yoldan geriye yürüme kuralını ölçülülük ilkesine dayanarak sınırlandırmak yerinde olur.

74

Bizim, bu görüşü savunanlardan ayrıldığıımız nokta şudur: Onlara göre, bu düşünceler sadece "iptal teorisi" açısından geçerlidir. Zira, sözleşmeyi yapıldığı tarihten itibaren büküm doğuran bir işlem olarak gören bu teori çerçevesinde, vaktiyle yapılmış tediye geçerlidir ve iptal gerçekleşmeden sebepsiz iktisap davası açılmaması ancak bu anlayış çerçevesinde bir gerekçe oluşturabilir. Bu bakış açısı kabul edilirse, "iptal" ve "düzelebilir hükümsüzlük" görüşleri arasında önemli bir pratik fark ortaya çıkacaktır. Oysa, gerçek durum böyle değildir. Düzelebilir hükümsüzlük görüşü açısından, sözleşme baştan itibaren hüküm doğurmadığına göre, sebepsiz iktisabın tediye anında derhal gerçekleştiğini ve ödemeyi yapanın hemen bir sebepsiz iktisap talebinde bulunabilme imkanını kazandığını ileri süren anlayış¹²⁵ isabetli olmaktan uzaktır. Gerçekten, bu ihtimalde de, ödemeyi yapanın *sözleşmeyi hata sebebiyle iptal etmeksizin* verdiğini sebepsiz iktisap hükümlerine dayanarak geri isteme hakkı doğmamıştır. Nasıl iptal teorisinde tediyein akıbeti (bozulabilir hüküm doğurma esası çerçevesinde) askıda ise, bu teoride de, bu defa düzelebilir hükümsüzlük esasına dayalı bir askıda olma durumu vardır. *Dunun iptal beyamyla kesinlik kazanmadıkça, yani mevcut belirsizliğe son verip işlem kesin hükümsüz hale getirilmedikçe*, düzelebilir hükümsüzlük görüşünde de sadece "hata ettim" denilerek sebepsiz iktisap talebi ileri sürülemez. Bu açıdan "iptal teorisi" ile "düzelebilir hükümsüzlük" görüşü arasında bir fark yoktur. O halde, oo yıllık sürenin başlangıcının, düzelebilir hükümsüzlük oru ^{r- & » T'ı'...} nde de, iptal beyanının yapı ıgı tarı o arak kabul edilmesi gerekir¹²⁶.

Ankara 2002, s. 21). Kaynağını Kamu Hukukunda bulmakla birlikte genel hukuk ilkesi olarak kabul edilen (Metin, s. 97) ölçülük ilkesinin Özel Hukuk alanında da uygulama alanı bulabileceği hakkında bkz. Metin, s. 74; Y. Oğurlu, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Ankara 2002, s. 26 vd.).

125) Örnek olarak bkz. Piotet, Contributions choisies, Zürich 2004, s. 740; Schmidlin, Art. 23-24; N.141.

126) Petitpierre, CR, Art. 62, N. 57; Art. 67, N. 8 -Şurasını ekleyelim ki, hatasını öğrenen yanılan, düzelebilir hükümsüzlük görüşünde de, *iptal hakkını saklı tutup* sadece "hata ettim" diyerek verdiğini geri almak üzere sebepsiz iktisap davası açamaz. Zira, metinde belirttiğimiz gibi, iptal beyanıyla sözleşmenin hükümsüzlüğü kesinleşmedikçe, yanılan lehine oluşmuş bir sebepsiz iktisap talebinden söz edilemez. Bunun gibi, yine yukandaki metinde işaret ettiğimiz üzere, herhangi bir saklı tutma söz konusu olmaksızın, sadece "bata enim" veya "aldatıldım" yahut "tehdit edildim" denilerek açılacak sebepsiz iktisap temeline dayalı "verileni geri isteme davası" düzelebilir hükümsüzlük görüşü çerçevesinde de reddedilir, meğer ki bu deyimlerle aynı zamanda örtülü biçimde iptal hakkının kullanıldığı sonucuna varmak imkanı bulunsun.

Yukarıdaki ıçıklamalara şü noktayı eklemek istiyonız: İsviçre'de, "ipini teori;ini" kabul eden yeni bir akını, Federal Malikeim:'ünün "sözleşmeden dönme" halimle, :-ö:,-leşmenin geçmişe etkili olarnk son bulımıyıp, sndecc tersine dönerek tarafları (yine sô:1-kşme hiikiimlcri çerçevesinde) aldıklarını geri venne borcu nltmn sokan bir insfiye iliş-kisine dönüşeceği yohındaki görüşünü,¹²⁷ sözleşmenin iptali halinde <le uygulamak istiyor¹²¹¹. İster sözleşmeden dönme, ister sözleşmenin kesin h(ikiimsiizlğü veya iptali sonucunu doğan geri verme borçlanını *de lege faenda* ahenkli bir düzenlemeye kavuşırmnkn hiç şüphesiz yerinde olur. Ancak, yürürlükteki hukukumuz nçısındnn, geçerli bir sözleşmeden (örneğin borçlunun temerride düşmesi gibi sözleşmenin kurulmasımılanı sonra gerçeklşen bir olay ilzerinc) dönmek ile. dal!'.' b_al::11 irade bozulğü sebebiyk sakatlanmış bir sözleşmeyi iptal etmek aynı şey değildi-r . Bu açıdan, irade bozukluğında iptal teorisine üstünlük tanıyan *Schuidlin'in*, hata, hile veya ikrah etkisi altında yapılmış bir sözleşmeyi, tıpkı borçlunun borcunu zamanında ifa etmeyerek temerrüde düştüğü bir sözleşme gibi. iptal edilmedikçe geçerli bir sözleşme sayması isabetsizdir. Gerçi. iptal teorisi açısından, bu sözleşme iptalden önce "geçerli bir sözleşme gibi" bütün hükümlerini doğuracaktır. Ancak, bu sözleşmeyi geçerli bir sözleşme saymak şü bakımdan mümkün değildir ki, eğer böyle olsaydı, sözleşmenin iptal edilememesi gerekirdi. İptal. ancak, kurulduğu anda bir geçersizlik sebebinin etkisi altında kalan sözleşmeler için söz konusu olabilir, geçerli sözleşmeler ise iptal edilemezler. Sözleşmenin, iptalden önce bütün hükümlerini doğumrnsı, onun, kuruluşunda mevcut bir geçersizlik sebebine dayanılmak suretiyle iptal edilebilir olduğunu unuttunmalıdır. Böyle bir sözleşmeyi, iptal edilmedikçe geçerli bir sözleşme saymak yerinde görülmez¹²⁹⁰. Diğer taraftan, geçerli bir sözleşmeden dönüldüğü vakit, verileni geri almak için yine sözleşmeden doğan bir kişisel talep ile yetinilmesi normaldir. Buna karşı, bir sözleşme irade bozukluğu sebebiyle iptal edildiği vakit, sebebe bağlı tasarruf işlemiyle karşı tarafa devredilen (bu yüzden tasarruf işleminin geçersiz sayılması sonucu mülkiyeti karşı tarafa geçmeyen) şeyi geri almak isteyen tarafın aynı bir dava açmak imkanından yoksun bırakılması ve sadece kişisel bir talep hakkına sahip sayılması, tatmin edici bir çözüm olmadığı gibi, hukuk tekniği açısından da açıklanmaya muhtaç kalmaktadır¹³⁰.

127) BGE 114.II.152. Alman Hukukunda hakim olan bu görüş için ayrıca bkz. **Larcnz**, SR I, s. 403 vd.; **Gauch**, Wirkung des Rücktritts und Verjiihrung des Rückforderningsansl?ruchs bei Schuldnerverzug, recht 1989, s. 122 vd.; **Scrozun**, Sözleşmede!..dönme, İstanbul, 1975, s. 78 vd.; **Eren**, s. 1076 vd.; -Bu görüşe karşı: **Oğuzman/üz**, 4. bası, s. 415 vd.; **V. Buz**, Borçlunun Temerrüdüde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, s. 133 vd.; **Koller**, I, 2.A., § 14, N. 281; § 31, N. 23.

128) **Wiegand**, not 104'da age, s. 11 l; **Schmidlin**, Art. 31, N. 48 vd.; 56 vd.; **Huguenin**, OR, N. 528. Federal Mahkeme de, hayli yeni bir kararında bu görüş karşısında olumlu bir yaklaşımı benimsiyor (BGE.129.III.320; JdT 2003, I 331). -Aksi görüşte: **Glasl**, Die Rückabwicklung im Obligationenrecht, Zürich 1992. s. 252, 266-267; **Gauch**, recht 1989, s. 126-127; **Schwenzer**, N. 39.23 vd.; **Guhl/Koller**, § 16, N. 28 ve bu görüşü ağır biçimde eleştiren **Koller**, I, 2.A., § 14, N. 281. Bu yazarın isabetle belirttiği gibi, iptal beyanı üzerine taraflar arasındaki borç ilişkisi kesin hükümsüz (batıl) işlemlerle bir tutulacak duruma girer. Oysa, kesin hükümsüz işlemlerde sözleşmeye dayalı geri isteme taleplerine yer yoktur.

129) Özellikle bk.z. **Piotet**, La restitution apres resolution du contrnt, Bnurecht 1984, s. 11.

129a) Ayrıca bkz. yukanda N. 43.

130) Ayrıca bkz. **Gauch**, not 128'de age, s. 127, not 43. Bu yazar, haklı olarak, mülkiyeti geçiren işlemleri illi (sebebe bağlı) sayan bir sistemle, sırf kişisel nitelikte geri alma taleplerine yer veren bir görüşün buğdaşnmnyacağına işaret ediyor.

3. İptal Hakkının Düşmesi

76 Sözleşme, bir yıllık hak dü ürücü siir:e içinde iptal edilmediği takdirde, kenailiğmden ve geriye yürümek suretiyle kurulduğu andan başlayarak --geçerlilik-kazanır. Ne var ki, bir yıllık süre geçmeden de, yanılanın açık veya ortuuii icazeti ile iptal hakkını Q_çlQşmesi ve sözleşmenin yapıldığı andan itibaren geçerli durumagelnlesi mümkündür. Yanılan, batasım öğren-dilcten sonra, bu sözleşmeyi geçerli saydığını beyan eders-e açIKça icazet vermiş olur. 73unTTarşı, atasını öğrendiği halde, karşı tarafça gerçekleştirilen ifayı kabul edenin icazeti örtülü (zımni) icazet halleri için bir örnek oluşturur.

77 Kanunumuzda, hata sebebiyle iptal için öngörülen bir yıllık süre çok uzundur. Alman Hukukunda, BGB § 121'e göre, yanılan, hatasını öğrenir öğrenmez gecikmeksizin iptal hakkını kullanmalıdır. Bu durumda, şu problem önem kazanır: Karşı taraf, yanılanın hataya düştüğünü herhangi bir yoldan öğrendiği vakit, ona bir yandan bunu bildirirken, diğer yandan örneğin 15 günlük bir süre tanıyıp onu iptal hakkını bu süre içinde kullanmaya davet edebilir mi? Karşı tarafın, bu konuda durumun bir an önce aydınlanmasını istemek hususunda korunmaya değer bir menfaati oldudu açıktır. Öğretide, yanılanın böyle bir süre tayin edilmesini kabul eden bir görüşün ³¹ bulunmasına rağmen, bizce, karşı tarafın kanun tarafından tanınmış bir yıllık düşünme ve karar verme süresini bir taraflı olarak kısaltmaya hakkı yoktur. Şu var ki, hataya düştüğü bu şekilde kendisine bildiren yanılan, makul bir sebep olmaksızın (örneğin piyasadaki dalgalanmaların takip edip kendisi için en elverişli olacak zamanı beklediği için) iptal hakkını kullanmakla gecikirse, onun bu davranışı, yerine göre BK. m. 25/I anlamında dürüstlük kuralına ters düşen bir davranış olarak değerlendirilip iptal hakkının düştüğü sonucuna varılabilir¹³².

Borçlar Kanununda, öğrenmeden itibaren başlayan bir yıllık süre yanında, sözleşmenin kurulduğu tarihte harekete geçen ve iptal hakkını sınırlandıran bir *üst* (azami) *süre* öngörülmemiştir. Tartışmalı olmakla birlikte, hakim görüşüne göre böyle bir üst süre yoktur. Olsa olsa, aslında MK. m. 2'nin bir yansıması olan BK. m. 25/1 hükmünden (hiç değilse kıyas yoluyla) yararlanarak, çok uzun zaman (örneğin yirmi yıl) geçtikten sonra iptal hakkının kullanılması, somut olayın tüm özellikleri dikkate alınmak suretiyle, :\\ ;tı<1 dürüstlük kuralına aykırı sayılarak önlenebilir¹³³.

4. Sürekli Borç İlişkisi Doğuran Sözleşmelerde İptalin Etkisi

78 Kirar-b-iz-met. vs gibi b.azı sözleşmeler sürekli bir harç ilişkisi doğurur. B*ö* i. . elerin ifa a amasına e ildikten ve sözleş me bir süre uygulanıktan sonra, iptal yolu ile söz eşmeyi baştan itibaren kesin hükümsüz
- ale getirme o sı ntı ı urum ar ara unu önlemek üzere, sürekl.Ji
oorç ilişlidsi yaratan sözleşmelerde, iptalin olağanüstü bir es akkına

131) Becker, Art. 31, N. 7.

132) Kocayusufpaşaoğlu, not J'de age, s. 128-129.

133) Bu konunun daha geniş olarak incelenmesi için bkz. aşağıda § 37, N. 27 vd.

dönüşerek sadece *ex nunc* (ileriye doğru) sonuç doğuracağı, bir başka deyimle iptal tarihine kadar geçen süre için sözleşmenin hükümsüz sayılacağı kabul edilir¹³⁴.

Bu görüş bir an için bir yana bırakılsa bile, sürekli borç ilişkilerinde hata halinde iptalin sonuçlarının geriye yüriiemesine, hatanın dürüstlük kuralına aykırı biçimde öne sürülmesini yasaklayan BK. m. 25/I'in engel olduğu ileri sürülmüştür.

5. Kısmi iptal

BK. m. 20/11'de öngörülen kısmi hükümsüzlük yaptırımının bir sözleşmenin iptali halinde de uygulanabilmesi bugün genellikle kabul edilen bir çözümdür. Burada, aşağıda incelenen "Kısmi Hükümsüzlük" bahsine yol-
lama yapmakla yetiniyoruz.

6. Hatanın Dürüstlük Kuralına Aykırı Biçimde Öne Sürülememesi (BK. m. 25).

BK. m. 25/1, aslında MK. m. 2 hükmünün bir uzantısı ve somutlaştırılmış özel bir hali olarak nitelenebilecek bir kural¹³⁶ içeriyor. Buna göre, hata eden taraf dürüstlük kuralına ters düşecek biçimde hatasına dayanamaz.

Bu hillanün esaslı hata kavramı ile ilişkisi açısından ortaya çıkan göiüş ayrılıklarına yukarıda değinmiştik¹³⁷.

Şu halde, örneğin piyasası olan mallarda s özle şriinin..1cu:ulmas.ından sonra hatasını öğrenen taraf, sırf ıtlY-asadaki gelişmeleri izleyip karş 1 taraf aleyhine spelciffasyon yapmak amacı ileJ.1ZJill-Süre..bekle1:se-V.eya-J.:atalı söz- ..leşmenm olaiiğiigf6ılr1ması o andaki şartlara...gör.e-)!anılaıu çin.önemli bir z-ar?mryol aç"madığı halde, !E.taChakla1ı.ınJaiJlanı)ması...hiçbi.r...kusuru- bulunmayan lcarşı tara f)-crş:r]5ii..zarara- uğratacaksa, BK. m. 25/I iptal-hakkının ? ş 1JU..ön1er^{1 8}.

Karşı tarafın, iptal beyanının kendisine varmasından sonra, *derhal (vakit geçirmeksizin)* ³⁹ sözleşmeyi yanılanın gerçek iradesine göre yerine

134) Buradaki açıklamalar için bkz. **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 942 vd.; **Schwenzer**, Basler Konun., Vorbem. zu Art. 23-31, N. 7; Art. 25, N. 6; **Huguenin**, OR, N. 529. Federal Mahkeme de bu görüşü paylaşmakta ve bu görüş benimsenince artık fiili borç ilişkisi kavramına başvurmaya hiç gerek kalmadığını özellikle belirtmektedir (BGE 129.III.320; JdT 2003.1.331).

135) **Gaub/Schluep/Schinid**, N. 944.

136) **Bucher**, AT, s. 215.

137) Bkz. yukarıda. N. 45.

138) Bkz. **Engel**, s. 341; **Bucher**, AT, s. 215-216; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/AJtop**, s. 438; **Schwenzer**, Basler Konun., Art. 25, N. 4. Federal Mahkemeye göre, BK. m. 25/I'n uygulanması için, hak.kın meşru bir menfaate dayanmadan kullanılması veya çıkarlar arasında çok açık bir nispetsizlik bulunması gerekir (BGE 123.III.200).

139) BGE 57.11.284. Öğretide ileri sürülen bir fıkre göre, bu beyanın yapılması gereken süre açısından (bir başka deyimle, "derhal" kavramının sınırlarını çizerken), icabın kabulü-

getirmeye hazır olduğunu beyan etmesi gerekir ki, bu nokta BK. m. 25/II'de açık biçimde ifade edilmiş değildir. Süresinde yapılan böyle bir beyan üzerine, yanılanın iptal bildirimi hükümden düşer. Örneğin, A, yanlışlıkla 1 0.000 yerine 1 000 diye yazdığını ileri sürerek sözleşmeyi iptal ettiği vakit, diğer taraf, 10.000 üzerinden borcunu ifaya hazır olduğunu hemen bildirirse, durum böyledir. Bu ihtimalde, BK. m. 25/II'nin karşı tarafa yenilik doğuran bir hak bahsettiğini kabul etmek yerinde olur¹⁴⁰.

- 83 BK. m. 25/II, beyan hataları için öngörölmüş bir hükümdür. Bu hükümün kıyas yolu ile temel hatasında da uygulama alanı bulabilip bulamayacağı tartışmalıdır¹⁴¹. Federal Mahkeme, bu konuda şimdilik bir sonuca varmamayı ve görüşünü saklı tutmayı tercih etmiştir¹⁴². *Bizce*, BK. m. 25/II'nin temel hatasında hiçbir zaman uygulanamayacağını söylemek yerinde değildir. Yerine göre, BK. m. 25/II'den kıyas yolu ile temel hatalarında da yararlanmak mümkün olabilir. Bunun için şöyle bir örnek verilebilir: A, B'ye ünlü ressam C'nin "Güneşin Batışı" adlı tablosunu satıyor. Daha sonra, tablonun sahte olduğunu öğrenen B, temel hatası sebebiyle sözleşmeyi iptal ediyor. Bu durumda, arada (örneğin miras yolu ile) tablonun aslını eline geçirmiş bulunan A, B'ye bunu vermeye hazır olduğunu vakit geçirmeden bildirirse, BK. m. 25/II'den (kıyas yoluyla) yararlanmamak için sebep yoktur.

7. Hataya Düşenin Tazminat Ödeme Yükümlülüğü (BK. m. 26)

a. Genel Olarak

- 84 Kusuru ile hataya düşen ve sözleşmeyi iptal eden taraf kar 1 . fin söz eşmenin geçer 1 ıgine  mesınd n  tjir  u r.adı. ı-.ol-uinsuz. zararı razmın etrrie yükümlülüğü altındır.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, hakim in bu konuda sert davranması ve kusursuzluk savunmasını kolay kolay kabul etmemesi yerinde olur¹⁴³.

ne ilişkin Borçlar Kanunu hükümlerinden kıyas yolu ile yararlanılmalıdır (**Bucher**, AT, s. 217, not 75; **Schmidlin**, Art. 25, N. 20).

- 140) **Becker**, Art. 25, N. 6; **Kocayusufpa o lu**, not I'de age, s. 165; **Tandoğan**, La nullite, l'annulation et la resiliation partielles des contrats, Geneve 1952, s. 261, not 16. - **Schmidlin**'e göre (Art. 25, N. 18), burada yenilik doğuran hakkın kutlanması sonucu, sözleşmede kanun gereği bir * evirme* (tahvil, konversiyon) gerçekleşmektedir. Bu düşünce bize de uygun gözükmektedir.
- 141) BK. m. 25/II'nin temel hatalarında da uygulama alanı bulabileceği görüşünde: v. **Tubr/Peter**, § 37, V, 3, s. 315; **Koller**, I, N. 1154, 1208; **Schwenzer**, Basler Korum., Art. 25, N. 8. Aksi görüşte: **Gauch/Schlu p/Schmid**, N. 849; **Schmidlin**, Art. 25, N. 22 vd.; **Piotet**, De l'invalidite partielle des actes juridiques, specialement en cas de vice du consentement, ZSR, N.F. 76 (1957), s. 119.
- 142) BGE 96.II.101.
- 143) Bkz. yukarıda § 13, N. 9 ve orada not 8'de anılan Federal Mahkeme kararına ek olarak BGE 105.II.27, 113.II.27.

Olumsuz (inenfi) zararın tazminini, olumlu (müspet) zararın tazmininden dikkatle ayırmak gerekir. Olumlu tazminat ile, *sözleşme ifa edilmiş olsaydı* sağlanmış olacak çıkarların tazmini istenir. Buna karşı, olumsuz tazminat talebi, *varlığına ve geçerliliğine güvenilen sözleşme hiç kurulmamış olsaydı* hangi durum gerçekleşecek idiyse, o durumun elde edilmesini sağlar¹⁴⁴.

Alacaklının sözleşme hiç kurulmamış olsaydı sağlamı olacağı çıkarlar ile KWiılmış trirsözte fa e fülüne inış Olması SOJ!!!C!!LYU lca dığı
çi k lar tamamen birbirinden fa kl esasl rn. gilre hesapla l fil! j i ayn p
zarara yol açtığı için, hiç bir zaman bir dayq (f4-olumlı v alwnsuz zararlar
rm "birlikte, tazmininin isteumesi...&ÖLJQllUSU olamaz. Bunun gibi tazmi-
liatin kısmen olumlu zararları, kısmen olumsuz zararları karşılayacak bi-
çimde talep edilmesi de mümkün değildir¹⁴⁴³.

Sözleşmeyi hata sebebiyle iptal etmek isteyen tarafı, iptal hakkını kul-
lanmadan önce iyice düşünmeye sevk etmesi gereken BK. m. 26 hükmü
uyannca, t mini gerekce k ol arar., ka em.lerinç_QO)ek_oJ.arak_özel-
likle şunlar gösterilebilir¹⁴⁵.

85

- Sözleşip.enin ge cer l iJigine g iivenerek diğ er t a karşı veripe getiri-
len edilir j li ş !cinzarai;;. Ş :v,ar,Jci-,-,-,ver:ileni i • ak-.dav.aswlergeri-istemek
iinfainı dey c! f fi diyorsa, } ?ir baş l ça...-deyiml e,n üzerindeki mülkiyet
i k zj,-bedilnemiş eb.ir..z.aFardan balrs-editemeyeceğin en umsui az-
minat talebine yer yoktur. Buna karşı, yanılana teslim edilen mal bir kaza
s UCü vök olını.işsa.-BK. m. 26'ya dayanarak onun değerinin tazmini iste-
nebi¹⁴⁶.

144) **Bucher**, AT, s. 342. -Şu noktayı ekleyelim ki, BK. m. 108/11, ilci tarafa borç yükleyen geçerli sözleşmelerde, borçlunun temerrüde düşüp borcunu ifa etmemesi üzerine, sözleşmeden dönme şıkkını tercih eden alacaklıya ayrıca bir tazminat talep etme hakkını tanımıştır. Tartışmalı olmasına rağmen, bu tazminat talebi, hakim görüşe göre bir olumsuz tazminat talebidir. Ne var ki, bu durumda "sözleşmenin geçerliliğine" güvenilmiş olması sonucu doğan zararların tazmini söz konusu değildir (v. **Tuhr/Peter**, § 12, IV, 2, s. 86; **Kutlu Sungurbey**, Yetkisiz temsil, İstanbul 1988, s. 140, not 101). Sadece, "alacaklının sözleşmeyi yapngı için uğradığı, sözleşmeyi yapmamış olsa idi uğramayacağı zarar"ın tazmini istenmektedir (**V. Buz**, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, s. 240).

144a) **Lüchinger**, Schadenersatz im Vertragsrecht, Freiburg Schweiz 1999, N. 215-216; **Anex**, L' interet negatif, sa nature et son etendue, Lausanne 1977, s. 91; **Kolier**, I, N. 1170.

145) Özellikle bkz. **Med.icus**, AT, N. 783; **Bucher**, AT, s. 342; **Kutlu Sungurbey**, not 144'de age, s. 146 vd.

146) Bu konuda bkz. **Kutlu Sungurbey**, not 144'de age, s. 146 ve not 111; v. **Tuhr/Escher**, § 73, VII, s. 156; v. **Tuhr/Peter**, § 45, not 40; **Aner**., not 144a'dn age, s. 153 (Bu son yazarın, istihkak davası açılabilen hallerde de böyle bir tazminat talebine imkan tanınması yerinde değildir); **Larenz/Wolf**, § 36, N. 132. -Başka türlü: **Buz**, not 144'de age, s. 245.

Bunun gibi, taşınır mal yanılan tarafından, onun üzerinde MK. m. 90 l gereği mülkiyet hakkım kazanan iyiniyetli üçüncü bir kişiye devredilmişse, yine BK. m.. 26 uygulama alanı bulabilecektir. Yanılana karşı ileri sürülebilecek bir sebepsiz iktisap talebinin bulunması, olumsuz tazminat talebinin de yanışan bir talep olarak ileri sürülmesine engel değildir¹⁴⁷.

- Sözleşme olunması-için yapılan giderler (Örneğin, sözleşmeyi imzalamak üzere başka bir şehre gitmek zorunda kalan tarafın seyahat giderleri, ödenen noter harçları).

- Sözleşmenin ifasına irilm. işse bunun için yapılan giderler (örneğin, malın karşı tartla gönderil*me*si için yapılan ambalajlama ve taşıma giderleri). Edimin kabulü için yapılan giderler de buraya girer. Her iki halde de, sözleşme bata sebebiyle iptal edilince, boşuna yapılmış bu gibi giderlerin tazmini gerekir.

- İptal edilen sözleşmenin varlığına güvenilerek üçüncü bir kişi ile yapılmış sözleşmenin yerine getirilmemesi dolayısıyla ödenmesi gereken tazminatlar veya ceza şartı dayalı yükümlülükler (örneğin, satıcı tarafından iptal edilen satış sözleşmesiyle elde edeceği malı, alıcı, üçüncü bir kişiye satmış olup şimdi bu yükümlülüğünü yerine getirememektedir).

- Diğer önemli bir olumsuz zarar kalı ise, zarar görenin, sözleşmenin varlığına ve geçerliliğine venerek başka bir sözleşmeyi yapma fırsatını kaçırmış olmasından dolayı uğradığı zarardır. Burada, çok defa, olumsuz zarar kalemi olarak yoksun kalınan karın tazmini söz konusu olacaktır. Bunu iki örnek ile açıklayabiliriz:

= *Birinci örnek:* A, bir malı B'ye satarken, yanılıp 600 yerine 400 üzerinden icapta bulunuyor ve sözleşme karşı tarafın kabul beyanıyla 400 üzerinden meydana geliyor. Sözleşmenin kurulmasından sonra, bu sözleşmenin geçerliliğine güvenen alıcı B, aynı mal için Ü tarafından 500 üzerinden yapılan teklifi reddediyor. Bir süre sonra, malın piyasadaki fiyatı 800'e fırlıyor ve tam o sırada satıcı A, sözleşmeyi hata sebebiyle iptal ediyor.

Bu örnekte, B, sözleşmede öngörülen 400 ile, iptal anındaki piyasa fiyatı olan 800 arasında mevcut 400 tutarındaki zararın tazminini isteyemez. Zira, bu, onun olumsuz değil, sözleşmenin *ifa edilmemiş* olması dolayısıyla doğacak *olumlu* zarardır (400 üzerinden kurulan sözleşmede satıcı borcunu ifa etmeyince, alıcı aynı malı piyasadan 800'e tedarik etme zorunda kalmaktadır). İptal sebebiyle kesin hükümsüz hale gelen sözleşmede ifa söz konusu olamayacağına göre, o, sadece satıcı A ile yaptığı sözleşmeye güvenip Ü'nün 500'lük icabını kabul etmemiş olmasından dolayı uğradığı

147) ÖZ. Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990, s. 71.

ı umsz zararın tazıllinini (800 - 500 = 300) BK. m. 26/J uyarınca talep oobilecektir.

= *İkinci Örnek:* Müteahhit (yüklenici) A, iş sahibi B ile yaptığı inşaat ,z.kşmesinden sonra, C tarafından teklif edilen bir başka karlı inşaat işini telindeki personel ve ekipman her iki işi birlikte götürmesine imkan ver-mooiği için) mevcut sözleşmenin geçerliliğine güvenerek reddetmek zorun-da kalıyor. Daha sonra, iş sahibi B sözleşmeyi hata sebebiyle iptal ederse, A. *iptal edilen bu sözleşme ifa edilmiş olsaydı elde etmiş olacağı karı* (söz-leşmenin ifa edilmemiş olması dolayısıyla yoksun kalınan kar) BK. m. 26'ya dayanarak talep edemez. Zira, bu talep bir olumsuz değil olumlu taz-minat talebi olurdu. Buna karşı, o, B ile arasındaki sözleşmeye güvenip, C *ile yapmakfırsatını kaçırdığı sözleşmeden doğacak karı*, olumsuz tazminat olarak istemek hakkına sahiptir¹⁴⁸.

Görülüyor ki, JOKsun kalınan karın hiçbir zaman olumsuz tazminat ta-lebine konu olamayacağını sanmaLd..oğni, cl"eğildir. Hata sebebiyle *iptal ❖:Meii sözleşmeden* doğacak kar, hiç kuşkusuz, ancak anılan sözleşmen.in yerine getirilmemesi dolayısıyla uğranılan bir kar yoksunluğu olarak nite-lenebilir ve bir olumlu zarar kalemi oluşturur. Örneğin alıcı, sözleşme ifa edilseydi satılan malı üçüncü bir kişiye daha yüksek fiyattan satıp elde ede-ceği karın tazminini isterse, durum böyledir. Böyle bir talep BK. m. 26'da öngörülen tazminatın konusu olamaz. Buna karşı, iptal edilen sözleşmeye güvenip *bir başka sözleşme yapma fırsatını kaçırmaması halinde, kıl111l-mamlş bulunan diğer sözleşmeden elde edilecek net kar*, bir kar yoksunluğu kalemi olarak "kaçırılan fırsatlar" kavramı içinde yer alır ve BK. m. 26 çerçevesinde bir olumsuz tazminat talebine konu olur¹⁴⁹.

Uğranılan olumsuz zarar, sözleşme iptal edilmeseydi o.nwiif❖iluu❖- 86
❖olay.ısı:.n:e tazınıDi....i&teHesilece.LolumlU-.Zarar-miktacıoı wyorsa,
bunun da tazmini isten❖1'- ilir mi? Bir başka deyimle, olumsuz tazminat mik-
tarının olumlu tazminaL<ilurak talep edilebilecek❖miktarı a}inasma iziil...Y.eri-

148) Kaçırılan fırsat karşılığı olumsuz tazminat talep edebilmek için, mutlaka somut bir tekJfin reddedilmiş olduğunu ispat mecburiyeti olmayıp, alacaklının piyasadaki du-rumu, iş kapasitesi, piyasa şartları vs. gibi unsurlar değerlendirilip, onun benzer bir sözleşme yapma imkanına sah.ip olduğu yolunda bir kanaate ulaşılabilir, bu kadarı yeterli sayılabilir. Burada, hak.imin, BK. m. 42/11 çerçevesinde takdir yetkisini J,aılla-nacağı bir farazı zarar söz konusudur (**Buz**, not 144'de age, s. 252 vd.).

149) Kurulmamış başka bir sözleşmeye ilişkin kaçırılan fırsat olarak yoksun kalınan karın bir olumsuz tazminat talebine konu olabileceği hak.kında bkz. **Gnuch/Schlupe/Rey**, N. 2731, 3128; **Eren**, s. 1080, **Stanislas**, Le droit de resolution dnns le contrat de vente, Geneve, 1979, s. 48 vd.; **Lüchinger**, not 144a'da age, N. 294 vd.; 301 vd.; **Hugucnin**, OR, N. 613 ve Federal Mahkeme'nia 22.3.1974 tarihli kararı (Sem. Jud. 1975, s. 6) - Bu ilkelerin diğer olumsuz tazminat hallerinde, özellikle BK. m. 108/II'ye duyalı ta-leplerde de uygulama alanı bulacağı kuşkusuzdur.

lecek midir? Bu soruya olumlu cevap verilirse, bir çok hallerde rahatsız edici bir sonuç karşımıza çıkacak ve hata sebebiyle sözleşmeyi iptal eden taraf, iptal hakkını kullanmayıp borcunu ifadan kaçınıyorsa ödeyeceği tazminattan daha fazlasını ödemek zorunda kalacaktır.

Bu konuda üç görüşe rastlanıyor;



- Birinci görüşe göre, tıpkı Alman Hukukunda olduğu gibi ¹⁵⁰, BK. m. 26 uyarınca istenebilecek olumsuz tazminat, daha baştan, o olayda istenebilecek olumlu tazminat miktarı ile sınırlı olup, bunu aşamayacaktır¹⁵¹.

- İsviçre öğretisindeki çoğunluk tarafından benimsendiği görülen ikinci görüş şu noktadan hareket ediyor: Olumlu ve olumsuz tazminat kavramı, *farklı olgulardan doğan, iki ayrı ve bağımsız tazminat biçimini* ifade eder. Bu sebeple, bunlardan birini (olumsuz tazminat), diğerinin (olumlu tazminat) ulaştığı miktar ile önceden ve kesin biçimde sınırlamak mümkün değildir¹⁵². Esasen, kanunumuzda, BK. m. 8/II, c. 1 hükmü dışında böyle bir sınırlamaya rastlanmamaktadır¹⁵³. Şu var ki, sözleşmeyi hata sebebiyle iptal eden tarafın, iptal hakkını kullanmasaydı ödeyeceği olumlu tazminat miktarını aşan ödemelerde bulunmasını önleyen bir emniyet supabı kanunumuzda mevcuttur. Bu, hakime, olaydaki bütün hal ve şartları dikkate alarak tazminat miktarını belli etme hususunda bir takdir yetkisi veren BK. m. 43 hükmüdür. Hakim, bu hüküm çerçevesinde, gereğinde (olumlu tazminat miktarından yüksek olan) olumsuz tazminat taleplerini olumlu tazminat miktarına, hatta bunun altına çekmek imkanına sahiptir¹⁵⁴.

- Üçüncü bir görüşe göre, bir aynın yapmak yerinde olur:

150) Alman Hukukunda, BGB §§ 122/I ve 179/II ve (değişiklikten önce yürürlükte olan) 307/I'de öngörülen hallerde, olumsuz tazminat miktarının olumlu tazminat miktarını aşmaması kabul edilmiştir (Bunlardan, § 122'de öngörülen hal hata sebebiyle sözleşmenin iptali ile ilgilidir). Bunun dışında kalan hallerde de böyle bir sınırlamanın yapılabiliyor yapılamayacağı tartışmalıdır (Özellikle bkz. **Anex**, not 144a'da age, s. 89 vd. ve oradaki yollamalar; **Lüchinger**, not 144a'da age, N. 555 vd.). Yargıtay da, (BK. m. 26 ile ilgili olmayan) bir kararında, hesap edilecek olumsuz zarar tutarının hiçbir durumda olumlu zarar tutarını geçemeyeceğini kabul etmiştir (15. HD., 28.9.1993, E. 1992/5474, K.1993/3691, YKD.1994/8, s.1298).

151) Bu konuda özellikle bkz. **Piotet**, *Culpa in contrahendo et responsabilite precontractuelle en droit prive suisse*, Beme 1963, s. 89 vd. daki açıklama ve yollamalar.

152) **Anex**, not 146'da age, s. 91; **Stanislas**, not 149'da age, s. 54.

153) Bkz. v. **Tuhr/Peter**, § 12, not 30, s. 87; **Bucher**, AT, s. 342, not 54. **K.rş. Lüchinger**, not 144a'da age, N. 598 vd.

154) **Stanislas**, not 149'da age, s. 55; v. **Tuhr/Peter**, § 12, not 30, s. 87; § 37, VI, s. 316; **Koller**, not 101'de age, N. 449 vd.; özellikle N. 453; **Lüchinger**, not 144a'da age, N. 594 vd., 597; **Schwenzer**, *Basler Komm.*, Art. 26, N. 7.

= Sözleşmenin geçerliliğine güvenerek daha elverişli bir başka sözleşme yapma fırsatının kaçırılmasına, yani kar yoksunluğuna (*lucrum cessans*) dayalı olın1 l1suz tazminat taleplerinde, olumsuz tazminat isteminin ifa çıkarlarını aşmaması, yani olumlu tazminat olarak istenebilecek miktar ile sınırlı olması gerekir.

= Buna karşı, sözleşmenin geçerliliğine güvenilmiş J.masmda ötürü uğranılan fiili (efektif) zararlar (*damnum emergens*2. Örn.!: ğin borcun ifası veya 1 anın abulü için yapılan giderler veya sözleşmenin geçerliliğine güvenerek diğer taraf kı: yeine @!TI:Umış edim dola 1 la ugramtan ianrttaracsındafioöyle bir sınırlama söz konusu olmamalıdır r:.

İsviçre Hul(ukunda *Kol/er*, birinci görüşe uygun biçimde, olumsuz tazminat miktarının mutlak biçimde olumlu tazminat miktarı ile sınırlanılmasının nasıl hakkaniyete aykırı sonuçlara götürebileceğini göstermek için şu örneği vermektedir: A, tamamen duygusal sebeplerden ötürü, piyasa değeri 5000 Frank olan bir atı 6000 Frank'a satın alıyor. Satıcı B, esaslı bir hataya dayanarak sözleşmeyi iptal ederse, A'nın hiçbir ifa çıkan ihlal edilmiş değildir, bir başka deyimle, onun olaydaki olumlu zararı sıfırdır. Buna karşı, A, örneğin at için bir ahır kiralamış ve bu yüzden kira bedellerini ödemek yükümlülüğü altına girmiş olabilir. Bu durumda, olumlu zarar sıfır olan A'nın, B'den, BK. m. 26'ya dayanarak hiçbir olumsuz tazminat talebinde bulunamayacağını kabul etmek mümkün değildir¹⁵⁶. Derhal belirtelim ki, bu eleştiri, üçüncü görüşün getirdiği çözüm için geçerli değildir. Zira, sözleşmenin geçerliliğine güvenerek bir ahır kiralanması sonucu uğranılan zarar, bir kar yoksunluğu kalemi oluştunmayıp fiili (efektif) zararlar kalemi içerisinde yer aldığından, bunun olumlu zarar sınırlamasına tabi olmaksızın tazmini icap edecektir¹⁵⁷.

Bizce, sözleşmenin geçerliliğine güvenilmiş olmasından dolayı uğranılan olumsuz zararlarda (her ikisi de savunulabilir olan) ikinci ve üçüncü görüşlere dayanarak varılacak sonuçlar genellikle farklı olmayacaktır. Zira, ikinci göüiışe göre de, hakim olumsuz tazminat olarak ifa çıkarlarını (yani sözleşme geçerli olup ifa edilseydi elde edilecek olan karı) aşan bir miktarın kar yoksunluğu çerçevesinde talep edilmesini hemen hemen her zaman hakkaniyete aykırı sayacak ve BK. m. 43'e dayanarak, bu tazminatı hiç değilse olumlu tazminat olarak istenebilecek miktara indirecektir. Kar yoksunluğu dışında kalan olumsuz tazminat talepleri ise, yine BK. m. 43 açısından, ifa çıkarları ile bağlantılı göüilmeyecektir. Meseleyi tamamen BK. m. 43'e terk eden ikinci göüiışün avantajı ve üstünlüğü, bir yandan esnekliği, diğer yandan da sözleşmenin geçerliliğine güvenilmiş olması ihtimali dışında kalan olumsuz tazminat hallerinde de bir çözüm getirebilmesidir.

155) Kutlu/Sungurbey, not 144'de age, s. 154-155.

156) Koller, not 101'de age, N. 451-452. Ayrıca bkz. Stanislas, not 149'da age, s. 54.

157) Nitekim, Kutlu Sungurbey'e göre (not 144'de age, s. 155) "ifa çıkarlanmn SJfir olduğu, eşdeyişle alacaklının sözleşme ifa edilseydi herhangi bir kazanç elde etmeyecek olduğu bir durumda da, alacaklı sözleşmenin geçerliliğine güvenerek yuplığı gider ve harcamalarla yerine getirdiği edimi isteyebilir."

Açıklam ki, borçlu temerrüdü halinde, BK. m. 106/II'nin verdiği seçimlik hakkım, ..ifadan vazgeçip olumlu tazminat istemek" şıkkı lehine kullanmayan ve "sözleşmeden dönerek olumsuz tazminat talep eden" (BK. m. 108/II) alacaklı açısından, onun, sözleşmenin geçersizliğine değil, *geçerli* bir sözleşmenin borçlu tarafından *ifa edilmemiş* olması sonucu sözleşmeden dönülmüş olmasına dayanan bu talebinin, (sadece yoksun kalınan kar kalem açısından dahi) mutlaka ve her zaman olumlu tazminat miktarı ile sınırlı olması gerektiğini kabul etmek kolay olmadığı gibi uygun da değildir¹⁵⁸. Bu düşüncelerle biz de İsviçre öğretisindeki çoğunluğun benimsediği ikinci görüşe katılıyoruz.

b. BK. m. 26'ya Dayanarak Olumsuz Tazminat Miktarını Aşan Bir Tazminat İstenebilmesi

- 88 Olumsuz tazminatın olumlu tazminattan daha düşük olacağı esassından (uygu amada; her zaman olmasa bile, çok defa durum böyledir) talep eden Borçlar Kanunu (m. 26/III İstisna e çöl gırsuz zararın tazmininin istenebilmesi ilkesine bir *istisna* tanıyor ve hakkaniyet gerektiriyorsa, hakim *"fazla tazminata"* hükmetmesine izin veriyor. Burada sözü edilen "daha fazla tazminat"tan maksat, hakim olan görüşe göre, "olumlu tazminat" miktarına ulaşabilen bir tazminattan ibarettir¹⁵. Ne vakit hakkaniyetin böyle bir çözümü gerektirdiği, olayın bütün özelliklerini dikkate alan bir değerlendirme sonucu belirlenebilir. Her halde, yanılanın ağır ihmali sonucu hataya düşmüş olması, BK. m. 26/II'nin uygulanmasına yol açabilecek en önemli örneği oluşturur¹⁶⁰.
- 89 Şu noktayı önemle ekleyelim ki, BK. m. 26/II'nin uygulandığı durumlarda, tazminatın bir bölümünün olumsuz, diğer bir bölümünün olumlu tazminat olarak ödendiğini sanmak yanlış olur. Daha önce gördüğümüz gibi, tazminat miktarını aşmayan olumsuz zararları göz önüne alarak hesaplama mümkün değildir. Hükümün maksadı, hakkaniyeti her vakit hakime olumsuz tazminat yerine, -danayüksek miktardaki olumlu tazminata hükmetmek idk anı tanımaktan ibarettir¹⁶¹. Hiç kuşkusuz, hakim tarafından yetkisini kullanarak (BK. m. 43; olumsuz tazminat miktarını aşan, fakat olumlu tazminat miktarının altında kalan bir meblağa da hükmedebilir.

158) Ayrıca bkz. **Stanislas**, not 149'da age, s. 54; **Buz**, not 144'de age, s. 277 vd.; **Lüchinger**, not 144a'da age, N. 667 vd. s. 674.

159) **Koller**, not 101'de age, N. 442; v. **Tuhr/Peter**, § 37, VI, s. 317; **Schwenzer**, Basler Komm., Art. 26, N. 8; **Eren**, s. 357.

160) Bkz. **Koller**, not 101'de age, N. 443; v. **Tuhr/Peter**, § 37, VI, s. 317. -Bu konuda öğretilde verilen diğer bir örnek, iptal yüzünden karşı tarafın sıkıntılı (zor) duruma (Notlage) düşmesidir (**Bucher**, AT, s. 218).

161) **Koller**, I, 2.A., § 14, N. 140.

c. Tazminat talebinin söz konusu olamayacağı hal (BK. m. 26/1, c. 2)

Karşı taraf, sözleşme kurulurken yanılanınJatY-a düştüğünü bildiği ve ya bilmesi gerektiği zaman tınat talebine yer:x_ktur. 90

Bu hüknün uygulama alanını iki ihtimale göre ayn ayn ele almak icap eder:

- Beyan /atalannda, BK. m. 26/1, c. 2 uygulanamaz': Z ira, karşı taraf, yanılanın beyan hatasprcı-dü tüğünün farkına varnlışa veya varabilecek duhltndaysa,Tnesele güven ilkesinin ışığında bir hata meselesi oınıaktan çıl<ar ve sözleşmenin kurulup kurnlmadığı, kurnlmuşsa hangi içerik üzerindeifRüfu duğu meselesine (BK. m. 1) dönüşür. Bu gibi durumlarda BK. m. 1T v . da düzenlenen hata hükümleri (bu arada BK. m. 26) tamamen saf dışı kalır¹⁶¹³.

- Temel hatasında (BK. m. 24/1, b. 4) durum farklıdır. Yanılanın hatalı saiklerinin (bir başka--deyimle içine düştüğü temel hatasının) karşı tarafça bilinmesi veya bilinebilir olması, beyan hatalarından farklı olarak sözleşmenin kurulmasını engellemez. Daha önce de belirttiğimiz gibi, bu sonucu haklı gösteren en önemli dayanak, Borçlar Kanunu'nun hile'yi düzenleyen hükümleridir (BK. m. 28 vd.). Hile halinde, aldatan, karşı tarafın saik hatasına düşmesini bizzat kendisi bilerek ve isteyerek gerçekleştirdiği halde, bu durum, kanun tarafından sözleşmenin kurulnmsına engel sayılınlamış ve aldatılana sadece kurulmuş sözleşmeyi iptal etme hakkı tanınmıştır¹⁶². O halde, *tazminat talebini tamamen bertaraf eden BK. m. 26/1, c. 2 hiilmii, yalnız temel hatalarında uygulanabilecek bir hükiimdir*¹⁶³.

Acaba, BK. m. 26/1, c. 2'nin şartları gerçekleştiği vakit, yerine göre, tazminat hakkını tamamen ortadan kaldırmayan ve BK. m. 44 uyarınca tazminat miktarında bir indirim yapılması ile yetinen bir çözüm düşünülebilir mi? Bu sorunun cevabı tartışmalıdır. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, hataya düşenin kusuru ağır, buna karşı tazminat talebinde bulunan karşı tarafın kusuru hafif ise, hakim BK. m. 44'ü uygulayabilmelidir¹⁶⁴. 91

Yukarıda söylenenler, hep karşı tarafça, *sözleşmenin kurulması aşama* 92

161a) Bkz. yukarıda N. 3.

162) Özellikle bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, not l'dc age, s. 130, not 263 ve yukarıda N. 5.

163) **Kramer**, Art. 1, N. 149; **Schwenzcr**, Basler Kom., Art. 26, N. 4-5; **Gauch/Schlup/Schmid**, N. 851; **KoUcr**, J, N. 1161; **Kocayusufpaşaoğlu**, not l'de age, s. 130 ve not 263, 264; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 93. -Krş. **Eren**, s. 356-357.

164) Bucher, AT, s.218; Schwenzcr, Basler Komm., Art. 26, N. 6; Schmidlin, Art. 26, N. 30 -Federal Mahkeme, eski bir kararında, BK. m. 26 çerçevesinde istenen tazminatlarda BK. m. 44 gereğince indirim yapılmasını kabul etmemiştir (BGE 69.II.234). l<İş. BGE I 13.(1.31 ve Schmidlin, Art. 26, N. 31.

smda hatanın farkına varılması ihtimali ile ilgilidir. Oysa, karşı taraf, hatayı sözleşmenin kurulmasından *sonra* öğrerunış veya bilebilecek duruma gelmiş olabilir. Bu halde, ondan, dürüstlük kuralı gereği yanılanı hataya düş-tüğü konusunda ikaz etmesi beklenir. Bunu yapmayıp ihmali ile beklemiş ve bu yüzden zararın doğmasına veya artmasına yol açmışsa, o, iptalden sonra BK. m. 26'ya dayanarak açacağı tazminat davasında, hakim BK. m. 44'e dayanarak yapacağı indirim katlanmak zorundadır¹⁶⁵.

d. BK. m. 26'dan Doğan Sorumluluğun Hukuki Niteliği

93 Hakim olan görüşe göre, burada kanun tarafından açıkça önoörülüp dü-zenlenen bir *culpa in contrahendo* sorumluluğu söz konusudur;¹⁶⁶. Federal Mahkeme ise, bir kararında, şartları kanunda bağımsız biçimde düzenlen-miş kendine özgü bir sorumluluktan söz açmaktadır¹⁶⁷.

94 BK. m. 26'dan doğan sorumluluğun hukuka uygun bir eyleme mi dayandığı (buna göre, sorumluluk ön planda, kanun tarafından tanınan iptal hakkının kullanılmasından doğmaktadır), yoksa burada huh.'Uka aykırı eyleme dayalı bir sorumluluğun mu söz ko-nusu olduğu (bu düşünce açısından, sorumluluk, esas itibarıyla sözleşme kurulurken ge-rekli özenin kusurlu olarak gösterilmemiş olmasının sonucudur) tartışma! Jdır¹⁶⁸. Hiç kuşkusuz, birinci görüşü kabul edenler açısından, BK. m. 26'daki "kusur" sözcüğü, ger-çek ve teknik anlamda bir kusur olarak görülemeyecektir. Bize, ikinci görüş daha isa-betli gözükmemektedir. Gerçekten, burada sorumluluğun gerçek kaynağı iptal hakkına kullanılması olmayıp (her iptal beyanı tazminata yol açmamaktadır), kusurlu olarak ha-ta edildiği halde sözleşmenin iptal edilmesi, yani iptal beyanının temelinde ihmali bir davranışın yatmasıdır.

5Cn¹-f., ver :

§ 37. Hile -orlecle,. c,ldl'.h-._ dvr~> ovw)

-- (uVC



Ot.ç-

I. Hile Kavramı ve çeşitleri

1. Hile Kavramı

a. Genel Olarak

1 Hile halinde, bir kimse., diğerini hit..sözle.sme y.ap.m ay..a s evketmeJ< için,
sş zleri vey.a çJavranışlu:ı-ile-kasteıwmda-y-cm..bş-bir-anaat--uyandırmakta
veya J meV.c.ut yao.lışJın..kanaat.i.güçlendire:ek..onı.in.--devamını sağla-
maxşg!l; Görüldüğü gibi, hilede, bir kimsenin hukuken caiz olmayan vası-

165) Bkz. **Koller**, not 101'de age, N. 441; **Kocayusufpaşaoğlu**, not 1'de age, s. 130. Ayrıca bkz. **Schmidlin**, Art. 26, N. 25.

166) **Schwenzcr**, Basler Komm., Art. 26, N. I; **Bucher**, AT, s. 217; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 851; **Eren**, s. 358; **Huguenin**, OR, N. 533, 953.

167) BGE 113.II.31.

168) Bu konudaki farklı görüşler için özellikle bkz. **Koller**, not 101'de age, N. 437; v. **Tuhr/Peter**, § 37, VI, s. 316; **Schmidlin**, Art. 26, N. 10 vd.

talara başvurulmak suretiyle bilerek ve isteyerek hataya düşürülmesi söz ronusudur. I file sonucu cluşulen hata esaslı ise, aldatılan hile hükümlerinden (BK. m. 28) yararlanabileceği gibi, hata hükümlerine de (BK. m. 23 Yd.) dayanabilir. Ne var ki, hata hükümlerine dayanarak sözleşmeyi iptal edebilmek için hatanın esaslı olması gerektiği halde, hile hükümlerine dayanıldığı vakit, aldatılan tarafın hile sonucu düştüğü hatanın esaslı olması aranmaz. Nitekim, BK. m. 28/I, bu noktayı açıkça belirtmiştir.

Hile'nin gerçekleştirilmesi için, genellikle şu iki unsurun birlikte bulunması aranmaktadır :

a) Ortada bir aldatıcı davranış (hile eylemi) bulunmalıdır;

b) Söz konusu hile eylemine bağlı olarak (şu halde bile eylemi ile hile sonucu arasında bir illiyet bağının bulunması şarttır), karşı taraf yanılmış ve irile olmasaydı hiç veya bu şekilde yapmayacağı bir sözleşmeyi yapmış olmalıdır.

Aşağıda bu unsurları ana hatları ile ele alıyoruz:

b. Birinci Unsur: Hile Eylemi

Aldatanın aldatıcı davranışları, hakim olan görüşe göre, ya aktif bir davranış-ya-da-ta-mamen--pasif-biıdavranış (susmarbıçiminde gerçekleşebifo.

aa. Aktif Bir Davranış Sonucu Gerçekleşen Hile

aaa. Genel olarak

Aktif davranış yolu ile hilede, ya gerçekte var olmayan olgular varmış gibi gösterilir, ya da gerçek bazı olgular gizlenir. Gerçek olguların gizlenmesi de, ya gerçek durumun tersi açıkça beyan edilerek veya sözleşme konusu eşya üzerinde bazı hususları saklamaya yönelik maddi eylemler ika ederek (örneğin satılan otomobildeki paslanmış bölümler veya çarpma izleri boya sürülerek kamufle ediliyor) gerçekleştirilir². Bununla beraber, bir çok hallerde, var olmayan olguların varmış gibi gösterilmesiyle, gerçek olguların gizlenmesi bir arada bulunur ve bunları birbirinden ayırt etmek kolay kolay mümkün olmaz. Örneğin, sattığı otomobildeki çürümeleri üstüne boya çekerek gizleyen kişi, bir yandan mevcut bir olguyu gizlerken, diğer yandan da, otomobili kusursuz gibi takdim edip var olmayan bir olguyu varmış gibi gösteriyor sayılabilir. Bu açıklamaların ortaya koyduğu

1) özellikle bkz. **Koller**, I, N. 1180 vd.

2) Bu açıklamalar için bkz. Schmidlin, Art. 28, N. 16 vd.; Engel, s. 349, 351; Schwenzcr, Basler Komm., Art. 28, N. 7.

3) Schmidlin, Art. 28, N. 20; Bucher, AT, s. 219, not 89.

gibi, hile için, mutlaka sözlü veya yazılı beyanlar şart olmayıp, aldatıcı bir fiili durum yaratmak da yeterlidir.

- 4 Hile eyleminin kasta dayanması gerekir. Ancak bilerek ve isteyerek yapılan eylemler hile sayılabilir. Ne var ki, bunun için "doğrudan kast" (aldatan karşı tarafı bilerek ve isteyerek yanıltıyor) zorunlu olmayıp, "ihtimale dayalı (ihtimali') veya dolaylı kast" (*dolus eventualis*) dahi yeterlidir. Bu son ihtimalde, bir kimse, karşı tarafı aldatma niyeti ile hareket etmediği halde, onwı bu hareket tarzı sonucu hataya düşebileceğini gömmekte, fakat "ne yapalım, aldanırsa aldansın" deyip içinden bu sonuca razı olmaktadır⁴.
- 5 Bir kimse "ihrnali" ile karşı tarafın yanıltmasına sebep olursa, hile hükümleri uygulanamaz. Bu ihtimalde, yanıltan, hatası "esaslı" ise hata hükümlerine dayanıp sözleşmeyi iptal edebileceği gibi, bunun dışında, ihmali ile kendisini yanıltan taraftan "culpa in contrahendo" ilkesine göre tazminat isteyebilir⁵.
- 6 Şu noktayı önemle ekleyelim ki, karşı taraf, ayrıca aydınlatılmaya muhtaç bulunmaksızın gerçek durumu öğrenebilecek durumdaysa, ona bu konuda bilgi verilmemiş alınası hile sayılmaz⁶. Bu konuda meseleyi güven ilkesi açısından ele almak ve kimsenin, güven ilkesinin ışığında karşı tarafça bilinebilir veya fark edilebilir saymakta haklı sayılacağı konularda, ayrıca açıklama yapma zorunluluğu altında bulunmadığı sonucuna varmak doğru olur⁷. Şu halde, ancak olayın özelliklerine göre, dürüstlük kuralı (güven ilkesi) gerektirdiği halde uyanda bulunmamak bir hile oluşturur⁸.
- 7 Hile eyleminin hukuka aykırı olması da gerekir. Kamın koyucu, bu şartın her zaman gerçekleşeceğini düşünerek, bunu BK. m. 28'de ayrıca anlamamıştır⁹. Oysa, şimdi göreceğimiz gibi, *hazan bir hile eylemi bulunduğu halde, hukuka aykırılık şartı gerçekleşmediği için hile sebebiyle iptal hakkı kullanamaz*. Bunun en başta gelen örneği, bir kimseyi işe alacak (bir başka deyimle onunla bir hizmet sözleşmesi yapacak) işverenin veya evini kiraya verenin, karşı tarafa, yapılacak sözleşme ile doğrudan doğruya ilgili olmayan, bu sebeple de hukuken caiz sayılınayan, örneğin "Hamile misiniz?", "Yakın bir gelecekte evlenecek misiniz?", "Dini vecibelerinizi düzenli bir biçimde yerine getiriyor musunuz?", "Hangi siyasi partiye üyesiniz veya hangi partiyi destekliyorsunuz?" kabilinden sorular sorması halidir. Bu gibi sorulara bir sınır çizen hüküm, Medeni Kanunun kişilik hakla-

4) Engel, s. 352; Eren, s. 360; Schwenzcr, BasJcr Komm., Art. 28, N. 11; Koller, I, 2.A., § 14, N. 162; Oğuzman/Öz, 4. bası, s. 95. Ayrıca bkz. KJausberger. Die Willensmangel im schweizerischen Vertragsrecht, Zürich 1989, s. 34-35.

5) Schwenzcr, Basler Komm., Art. 28, N.11; Schmidlin, Art. 28, N. 82.

6) Gauch/Schluep/Schmid, N. 862; Eren, s. 360.

7) Huguenin, OR, N. 495.

8) Oğuzman/Öz, 4. bası, s. 94.

9) Schwenzcr, N. 38.09.

nm koruyan 24. maddesi hükmüdür. İstisnai durumlar dışında, yukarıdaki gibi sorular karşı tarafın kişilik hakları alanına haksız bir müdahale anlamını taşır ve bu sebeple bu gibi sorulara cevap verme yükümlülüğü altında bulunmayan taraf, gerçek dışı cevaplar verse bile, hukuka aykırılık şartı gerçekleşmediği için BK. m. 28 anlamında hile yapmış sayılmaz¹⁰.

Buna karşı, bazı hallerde, sonuç farklı olacaktır. Örneğin, veznedar olarak işe alınacak kişiye, daha önce güveni kötüye kullanma (emniyeti suiistimal), dolandırıcılık, vs. gibi suçlardan mahkûm olup olmadığı sorulmuşsa, yapılacak iş ile sorulan sorular arasında mevcut objektif ve makul bağlantı, doğru cevap verilmesini zorunlu kılar.

bbb. Reklam yolu ile hile yapılabilir mi?¹¹

Bu sorunun cevabını verirken aşağıdaki noktaları dikkate almak gerekir:

- Bir defa, ilke olarak hilenin r.uLoğğ aşama ile rekla rol oynadığı e et i olduğu aşama farklıdır. Hile sözlmenin kurulması aşamasında görüşmeleri sırasında etkisini gösterir. Buna karşı, reklam bundan önce yer alan bir aşama ile ilgilidir. Reklam yapıldığı sırada henüz sözleşme görüşmeleri başlamamış olup, reklamın amacı esasen överek tanıttığı mal ve hizmetlere ilişkin olarak tüketicilerin dikkatini çekmek ve onları (icap ve icaba davet kavramlarının devreye gireceği) sözleşme kurma aşamasına geçmeleri için özendirir¹².

10) Gauch/Schluep/Schmid, N. 859; Koller, I, 2.A., § 14, N. 166-167; Medicus, AT, N. 793; Rehbinder/Portmann, Basler Komm., Art. 320, N. 5 vd.; Schwenzer, N. 38.09; Huguenin, OR, N. 496. -Koller'in de benimsediği bir düşünceye göre, burada, yalan yolu ile meşru savunma hakkı söz konusudur.

11) Reklam, ya malı tüketen nihai kişilere yönelik olarak yapılan "tüketici reklâmı", ya da dağıtım kanalında yer alan kuruluşlara, yani dağıtım ve toptancılara yönelik olarak gerçekleştirilen "aracı reklâmı" olarak karşuza çıkar (Kocabaş/Elden, Reklamcılık-Kavramlar, Kararlar, Kurumlar, İletişim Yayınları, İstanbul 1997, s. 25-26). Biz, melinde yaptığımız açıklamalarda, esas itibarıyla birinci grup reklamları (tüketici reklamları) göz önünde tutuyoruz.

12) Schmidlin, Art. 28, N. 92 vd.; Schmidlin, CR, Art. 28, N. 23. Aynı yönde açıklamalar: Kurşat, Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, İstanbul 2003, s. 23. -Bu açıdan, Göle'nin (Ticaret Hukuku açısından aldatıcı reklamlara karşı tüketicinin korunması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü yayını, Ankara 1983, s. 45), reklamı esas itibarıyla icaba davet sayan görüşüne katılmak imkânını göremiyoruz. Hele esas olarak icaba davet görüşünü benimsemekle birlikte, yerine göre bir icaptan söz açmak imkânı bulunduğu ileri süren düşünce (Aslan, Tüketici Hukuku, 3. baskı, İstanbul 2006, s. 256) hiç kabul edilemez. Reklamda, fiyatı gösterilmiş bir mal için belirli bir banka hesabına bedeli yatırılıp sipariş verilmesi üzerine malın derhal alıcıya gönderileceği belirtilmişse, bu beyan reklamı icaba çevinmez, sadece reklama bir de umuma yapılmış bir icabın "eklendiğini" gösterir. Kaldı ki, reklam çok defa üretici veya dağıtım (distribütör) tarafından yapıldığı halde, sözleşme bunlarla değil, satıcılarla (bayilerle) kurulur. Sözleşmenin tarafı olan satıcıdan gelmeyen bir beyanı icaba davet veya icap olarak nitelemek bu açı-

- Diğer taraftan, abartmalı övmeler içeren reklamların her zaman aldatıcı olduğu da söylenemez. Kaldı ki, abartmalı ifade ve görüntülerin kullanılması reklamlarda kaçınılmaz bir nitelik taşır. Öğretide işaret edildiği gibi, bunlar reklamın gereğidir¹³. Özellikle, reklamın hitap ettiği kitledeki vasat (ortalama bilgi ve dikkat sahibi) tüketici, bu abartmaların farkına varacak ve reklamda yer alan övgülerin ciddiyet derecesini gereği gibi takdir edebilecek durumdaysa, artık aldatmadan söz edilemez.⁴

- Buna karşı, bazı hallerde, bilerek ve isteyerek, tüketicileri, aldatacak nitelikte yanlış-söylenen reklam-yapmak yoluna gidilmişse durum geği şir. Bu ihtimalde, reklamın etkisi, sözleşmenin kurulması aşamasına bulaşabilecek bir yönlüğe ulaşır ve hile sebebiyle iptal gündeme gelebilir. Örneğin, reklamı yapılan malda bulunduğu öne sürülen tüketiciyi o malı almaya sevk edecek nitelikler gerçekte mevcut değilse, (üreticinin veya genel dağıtımının reklam veren konumunda olduğu durumlarda, BK. m. 28/11 uyarınca satıcı dâherçek durumu bulunduğu veya bulaşabilecek durumda olduğu zaman) bu sonuç gerçekleşir^{15 153}.

cbn da söz konusu olamaz. Anılan son ihtimalde bir icaba davetten söz edilebileceği yolundaki düşünce (Aslan, s. 256) yerinde değildir.

13) Göle, not 12'de age, s. 79.

14) Göle, not 12'de age, s. 74. Öğretide verilen bir tarife göre, *Reklam Hukuku açısından*, reklam verende aldatma kastı veya niyeti bulunmasa bile, "tüketicilerin ekonomik davranışlarını etkileyebilecek nitelikte yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgi içererek hitap ettiği kitlede, orta seviyedeki (makul) tüketiciyi aldatan veya aldatma ihtimali bulunan reklamlar aldatıcı reklamlardır" (E. İnal, *Reklam Hukuku ve Aldatıcı Reklamlar*, İstanbul 2000, s. 104). Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde hazırlanan "Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına dair Yönetmelik" (RG. no. 25318), 5. maddesinin (e) bendinde "Reklamlar, ortalama reklam izleyicisinin algılama düzeyi ile reklamın tüketici üzerindeki olası etkisi göz önünde bulundurularak hazırlanır" demektedir. Buna karşı, TKHK m. 16/II'de yer alan ve "Tüketiciyi aldatıcı, yanıltıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici..." reklamları yasaklayan hükümden hareket ederek ve hakim görüşten ayrılarak, uygulanacak kriterin ortalama bilgi ve tecrübeye sahip tüketicinin biraz daha altına düşürüldüğü, buna bağlı olarak bilgisiz ve tecrübesiz kişilerin ölçü alınması gerektiği görüşünde: Aslan, not 12'de age, s. 278 ve not 36 (Bu görüşün eleştirilmesi için bkz. İnal, s. 115).

15) Bkz. Schmidlin, Art. 28, N. 99; Oğuzman/Öz, 4. bası, s. 95, not 207.

15a) Reklam Hukuku açısından aldatıcı reklamda hile kastı zorunlu bir şart olmadığı halde, BK. m. 28 hükmüne dayanarak hile sebebiyle bir sözleşmenin iptal edilebilmesi için, aldatan tarafta *hile kastının* bulunması vazgeçilmez bir şarttır. Bu konudaki ispat yükünün tüketiciye ait olduğu kabul edilecek olursa, olayların önemli bir bölümünde bile kastının ispat edilememesi yüzünden sonuç alınamayacaktır. Bu engeli aşmak için öğretide, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da olduğu gibi, bir kanun hükmü gereği karşı tarafı aydınlatmak, ona doğru bilgi vermek yükümlülüğü altında olan kişilerin yanlış bilgi vermeleri halinde, aksini ispat edemedikleri sürece, hile yapmış sayılmalan gerektiği ileri sürülmüş, böylece aldatma kastına ilişkin ispat yükü aldatıldığını iddia eden taraftan alınarak diğer tarafa yüklenmiştir (Oğuzman/Öz, 4. bası, s. 94-95; İnal, not 14'de age, s. 140).

Reklamın hile teşkil ettiği durumlarda karşımıza çıkabilecek en büyük problem şu- 10
dur: Reklam. genellikle üretici veya genci dağıtımçı tarafından yapılmakta, buna karşı sözleşme bu reklama aldanan tüketici ile satıcı (bayı) arasında gerçekleşmektedir. ilke olarak, reklam veren üretici veya genci dağıtımçı, sözleşmenin taraflarına nazaran üçüncü kişi durumundadır ve aşağıda görüleceği gibi, hilenin üçüncü kişi tarafından yapılmış olması halinde, BK. m. 28/11, sözleşmenin diğer tarafının hileyi bildiği veya bilmesi gerektiği durumlar bir yana, sözleşmeyi geçerli saymış, bir başka deyimle üçüncü kişiye yöneltilebilecek bir tazminat talebi saklı kalmak üzere, hile sebebiyle iptale izin vermemiştir. İsviçre öğretisinde, bu engeli hiç değilse bazı hallerde aşabilmek için, şu görüşün savunulduğu görülüyor: Her ne kadar, satıcı üreticinin prospektüslerini (tanıtım broşürlerini) ve diğer reklam malzemesini kullansa bile, bu, üreticinin ona nazaran üçüncü kişi sayılmasını engellemezse de, satıcının, somut olayda müşterinin aydınlatılmasını üreticiye bırakmış. bu konuda ondan yararlanmış olması halinde, üretici, sözleşmenin kurulması açısından satıcının yardımcı kişisi olur ve artık üçüncü kişi sayılamaz¹⁶. Bizce, reklam veren üretici veya genel dağıtımçı ile satıcı aynı şirketler grubuna dahil bulunuyorsa, reklam vereni satıcıya karşı yine üçüncü kişi saymamak gerekir¹⁷. Bu gibi durumlarda, bunun tersini ileri sürmek dürüstlük kuralıyla (MK. m. 2/I) bağdaşmaz.

Başta Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (m. 16-17) olmak üzere, mevzuahımızda tüketicileri dürüstlükten uzaklaşan ve aldatıcı bir nitelik taşıyan reklamlara karşı korumak üzere sevk edilmiş çeşitli hükümler vardır¹⁸. TKHK. m. 17 hükmü, ticari reklam ve ilanlarda uyulması gereken ilkeleri belirlemek, bu ilkeler çerçevesinde bunları incelemek ve inceleme sonucuna göre yaptırım uygulamakla görevli bir Reklam Kurulu'nun kurulmasını öngörmüştür. Şurasını önemle belirtelim ki, anılan mevzuat çerçevesinde öngörülen denetleme ve yaptırım uygulama imkanları, tüketicinin, şartları varsa BK. m. 28, 31 hükümleri uyarınca hile iddiasında bulunmasına hiçbir şekilde engel olmaz.

bb. Pasif Bir Davranış (Susma) Sonucu Gerçekleşen Hile

Bu ihtimalde, hile yapan tarafın hiçbir aktif davranışı mevcut değildir. 11
O, sadece karşı tarafca bilinsey O,js,özle şmenin..y.apılma.sını engelleyecek bazı olgular rı açıklamaktan kaçınm_akta, pasif kalmakta, bir başka deyimle bu k_ny_da susmaktadır. Görüld_ğü gffii7carsj tara al<:tif.bır:đavr_anışla hile yapılması ihtimalinde olduğu gibi, hile yapanın davranışları sonucu hataya düşmüş olm Ey_ı >kenduce ilfhg yau7uus."bir aşka7i'iY,7;ile kendi jlatasiun kurbaw_a Imuşur. Ne var ki, hile yapan, onun bu k;nudaki yauu/gısznm

16) Gauch/Schlup/Schmid, N. 866. -Alman Hukukundaki durum için bkz. **Medicus**, AT, N. 812a.

17) Alman Hukukunda, hile sebebiyle iptal imkanını genişletmek amacı ile, üçüncü kişi kavramını dar tutma eğiliminin hakim olduğu, bu konuda menfaatler durumu gözönünde tutulmak suretiyle ve hakkaniyet düşüncesine göre, davranışları karşı tarafa isnat edilebilecek kişilerin üçüncü kişi sayılamayacağı hakkında bkz. **Medh:us**, AT, N. 801.

18) Genel olarak reklam kavramı, çeşitleri ve Türk Hukukunda reklamların ilişkin tilin mevzuatın derlenmesi için bkz. **Avşar/Elden**, Reklam ve Reklam Mevzuatı, Ankara 2005.

*farkına vardığı halde, bir açıklama yapıp hatayı düzeltecek yerde, susmak suretiyle bilerek ve isteyerek bu durumdaki yararlanmakta ve sözleşmenin kurulmasını sağlamaktadır*¹⁹.

- 12 Bu açıklamaların gösterdiği gibi, aktif davranışlarla hilenin bir çeşidi olan "gerçek olguları gizlemek" eylemi ile, "pasif bir davranış (susma)" sonucu gerçekleşen hileyi birbiri ile karıştırmamak gerekir. Birinci halde, satılan bir otomobilin kilometre saati üzerinde oynanması (50.000 km. yapmış bir araba 10.000 km. yapmış gibi gösteriliyor) veya kaportadaki çürüklerin boya ile örtülmesi örneklerinde olduğu gibi, aldatılanın içine düştüğü hata, aldatanın aktif davranışları (gizleme eylemleri) sonucu gerçekleşmektedir. Oysa, pasif davranış (susma) yolu ile hilede, karşı tarafın yanıltılması aldatanın aktif bir eylemi sonucu gerçekleşmiş değildir. O, kendi kendine hataya düşmüştür. Hile, bu durumu bilen aldatanın bir açıklama yapması gerektiği halde susması sonucu gerçekleşmektedir²⁰.

- 13 Söz konusu ihtimalleri dikkatle birbirinden ayırma gereğinin pratik önemi şuradadır: Pasif davranış (susma) yolu ile hileden söz açabilmek için, aktif davranışlarla hilede aranmayan ek bir şartın gerçekleşmesi gerekir. Bu şart, söz konusu olayda, *bir açıklama yapma (bilgi verme) yükümlülüğü* olduğu halde, bilerek ve isteyerek bu açıklamanın yapılmamış olmasıdır. O zaman, ister istemez, şu soru karşımıza çıkacaktır: Hangi durumlarda böyle bir açıklama yükümlülüğü vardır ve dolayısıyla susma hile sayılabılır²¹?

Gerek İsviçre Federal Mahkemesi gerekse öğreti, bir açıklama yapma yükümlülüğünün a) kanun hükmünden, b) taraflar arasında mevcut bir sözleşme ilişkisinden, c) dürüstlük kuralından (MK. m. 2/I) doğabileceğini kabul ediyorlar²². Bir kanun hükmünün veya taraflar arasındaki sözleşmenin açıklama yükümlülüğünü öngörmesi sık sık rastlanan olgulardan olmadığına göre²², bu konuda, dürüstlük kuralı gereği açıklama yükümlülüğü bulunması hali pratik açıdan çok daha büyük önem taşıyacaktır. Ne zaman MK. m. 2/I hükmüne dayanılarak böyle bir sonuca varılabileceği, genel

19) Schmidlin, Art. 28, N. 33; Engel, s. 352.

20) Özellikle bkz. Schmidlin, Art. 28, N. 18 vd.

21) BGE 116.II.431, 117.II.228; Gauch/Schlupe/Schmid, N. 862; Bucher, AT, s. 220; Engel, s. 352-353.

22) Kanun hükmüne dayalı açıklama yükümlülüğüne örnek olarak, MK. m. 646/III, 649ff hükmüleri; sözleşmeye dayalı açıklama yükümlülüğüne örnek olarak, vekalet sözleşmesinde, vekilin BK. m. 392/I'de yer alan vekalet verene hesap verme borcu çerçevesinde yer alan bilgi verme yükümlülüğü gösterilebilir (Bkz. Engel, s. 352-353). Şu noktayı ekleyelim ki, kanundan veya sözleşmeden doğan bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmemiş olmanın, yine kanundan veya sözleşmede öngörülmuş başka yaptırımları olabilir (Ayrıca bkz. Schmidlin, Art. 28, N. 39).

olarak cevaplandırılması mümkün olmayan ve her olayın özellikleri dikkate alınarak çözüme bağlanabilecek bir sorudur. Bununla beraber, bu sorunun cevaplandırılmasında aşağıdaki kriterlerden yararlanılması söz konusu olabilir!>:

- Örneğin satış gibi, her iki tarafın kendi çıkarını koruduğu sözleşmelere nazaran, taraflar arasında çok daha *yoğun bir güven ilişkisine* yol açan vekalet, şirket, hizmet gibi sözleşmeler ile genel olarak sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde, açıklama yükümlülüğü daha kolay ve daha geniş ölçüde kabul edilecektir. Görülüyor ki, *kurulacak sözleşmenin niteliği* bu konuda önemli bir rol oynamaktadır.

- Satış sözleşmesi gibi, (bu konuya ilişkin bir soru sorulmadıkça) karşı tarafça önemli sayılan her konunun kendiliğinden açıklanması beklenemeyecek sözleşmelerde dahi, susan taraf, karşı tarafın *esaslı hata (temel hatası) oluşturacak bir hususta* yanıldığının farkına vannaşsa, onu (gerçeği bilseydi hiçbir şekilde yapmayacağı bu sözleşme ile ilgili olarak) uyannak zorundadır. Bunun gibi, kendi (kastı olmayan) davranışı ile karşı tarafın hataya düşmesine yol açan ve bu durumun farkına varan tarafın da bir açıklama yükümlülüğü mevcuttur.

- Yanılma konusu noktanın *ağırlığı ve ne ölçüde karşı tarafça farkına varılabilir* olduğu da, açıklama yükümlülüğünün olup olmadığı, varsa bunun kapsamının ne olduğu konusunda büyük önem taşıyacaktır. Herhalde, diğer tarafın, konunun uzmanı olmadığı için bilmediği ve farkına varamayacağı özelliklerin ve telmik inceliklerin açıklanması gerekecek²⁴, buna karşı, her iki taraf da konunun uzmanı ise, bir açıklama yükümlülüğünden söz açmak kolay kolay mümkün olamayacaktır.

Hukuken sorulamayacak sorulara karşı yalan cevap vermenin (hukuka aykırılık un- 14 suru gerçekleşmediği için) hile sayılamayacağı durumlarda, susma'nın da hile sebebiyle iptale yol açması mümk. 'Ün değildir²⁵.

c. İkinci Unsur: Hilenin Sonuç Doğurması

Bir taraf ne kadar aldaticı davranışlarda bulunmuş olursa olsun, BK. in. 18 28 anlamında bir hilenin gerçekleşmiş sayılabilmesi için, hileli eylemlerin

23) Bu konudaki açıklamalar için özellikle bkz. **Schmidlin**, Art. 28, N. 36 vd.; **Bucher**, AT, s. 220; **Koller**, I, N. 1182; v. **Tuhr/Peter**, § 38, il, 4, s. 322.

24) Federal Mabkeme'ye göre, teknik bilgiyi gerektiren ve uzmanlık isteyen konularda, uzmanların veya konuyu düzenleyen resmi mercilerin anlayışları değil, makul düşünceli ve dürüst bir kişinin güven ilkesi çerçevesinde buna nasıl bir anlam venniş sayılabileceği esas alınacak ve susan tarafın bilgi verme yükümlülüğü bu esasa göre belli edilecektir. Şu halde, bu gibi durumlarda, uzman bilirkişilerce hazırlanmış raporlara göre karar verilmesi söz konusu olamaz (BGE 116.11.434-435).

25) Bkz. yukarıda N. 7.

sonuç vermiş, yani karşı tarafın yanılp aldanarak, gerçeği bilseydi hiç yapmayacağı fLbLşekilde....yapmay.acağıLbiLsözleşmeyi kurmuş olması gerekir. Şütüü aldatıcı davranışlar-a!1!1!Plar sonuç vermemiş, yani -karşı taraf aldanm3mı_ssa._ş_K_n1.28 anla_inmgLif_hiledn söz edilemez²⁶.

- 16 Hile sonucu karşı tarafın içine düştüğü hata bir saik hatası olabileceği gibi, bir b&1 hatası da Olabilir. Borçlar Kanunu'nun hileye ilişkin hükümlenin- uygulama alanını belirlemek açısından bu iki ihtimali ayn ayn ele almak yerinde olur:

- Hile sonucu iradesi bozukluğa u_ğrayfiq taraf: bi_r beyan haJasma diışmüsse, hileye ilişki Borçlar Kanunu hükümleri (BK. m. 28, 31) uygulanmaz. Eu durumda, aşağıdaki örneklerden de anlaşılacağı gibi, uygulanacak hüküm sözleşmenin kurulmasına ilişkin BK. m. 1 hükmüdür²⁷. İki ihtimali birbirinden ayırmak gerekir:

= Bazı durumlarda, hile sonucu gerçekleşen beyan hatası yüzünden sözleşme hiç kurulmaz (yokluk). Örneğin, sekreter S. patronu A'yı aldatıp bir kutlama mektubu yerine ken_O.i lehine biLb.orç. ikran belgesini imzalattıyor. -S. A'mn iradesinin borçikrarın<! a b lunmEşnelik olmadığını hiç kuş-
-? irakmay !caR-t da bildiğine göre, güven ilkesinin ışığında söü geçen beyanı bu şekilde anladığını ileri süremez. A da, önüne konulan yazıycimzalai'Ken;7<arşı tarafa çok iyi biliribilir biçimde hukuken bağlanıp oorc al ına girme iradesine sahip buhınmadığına g Ortada kurulmuş bir sözleşeyoktur. --

= Bazı durumlarda ise, sözleşme aldatılanın gerçek iradesine göre kurulmuş sayılır. Örneğin, A, evindeki (x) tablosu için 5, (y) tablosu için 10 bin lira talep etmiş ve B'ye, bu tutarları ödemek stiretiyle istediği tabloyu alabileceğini söylemiştir. Ertesi gün, A'nın evine gelen B, beş bin lira ödemeye hazır olduğunu bildirmiş ve A'yı aldatıp, ona on bin liralık (y) tablosunun beş bin liraya kendisine satıldığını ifade eden bir senedi imzalatmıştır. Bu ihtimalde, güven ilkesi yönünden, B, A'mn irade beyanını, (y) tablosuna değil, onun gerçek iradesine uygun biçimde (x) tablosuna yönelik olarak anlamak zorundadır ve sözleşme (x) tablosunun beş bin liraya B'ye satılması şeklinde kurulmuş sayılacaktır. Görüldüğü gibi, burada da, hile

26) Koller, I, 2.A., § 14, N. 155; BGE 129.III.320; JdT 2003.1.331.

27) Kocayusufpaşaoğlu, Güven nazariyesi karşısında borç sözleşmelerinde hata kavramı, İstanbul 1968, s. 130, not 263; Cucnod, Delimitatiton du domaine de l'erreur dans les contrats en droit suisse des obligations, Vevey 1941, s. 61, 91; Patry, Le principe de la confiance et la formation du contrat en droit suisse, Geneve 1953, s. 241; Engel, s. 350; Oğuzman/Öz, 4. bası, s. 93, not 202; Klausberger, Die Willensmangel im schweizerischen Vertragsrecht, Zürich 1989, s. 146 ve not 649. Ayrıca bkz. yukarıda § 13, N. 5 vd.

hülî."Ümlerine (BK. m. 28, 31) dayanıp iptal beyanında bulunmak gerekmeksizin, mesele BK. m. 1 çerçevesinde çözüme bağlanmaktadır.

- Hile sonucu, aldatılan bir *saik hatasma* düşmüşse, uygulanacak hü- 17
lî"Ümler, BK. m. 28. 31'de yer alan hile hükümleridir. Sözü edilen saik hatası, adi bir saik hatası olabileceği gibi, BK. m. 24/I, b. 4 anlamında bir temel hatası da olabilir. Aldatılanın düştüğü hatanın (buna dayanarak BK. m. 23 vd., 31 çerçevesinde iptal beyanında bulunma imkanını verecek biçimde) esaslı olması, işte sadece bu son ihtimalde (yani hilenin bir temel hatasına yol açması halinde) gerçekleşir²⁷³. Ne var ki, bunu önemle tekrar ediyoruz, *lî/e sonucu sadece adi bir saik hatasının kurbanı olan taraf dahi, hile sebebiyle sözleşmeyi iptal etme hakkına sahiptir*. Yalnız, hile sebebiyle adi bir saik hatasına düşen taraf sadece hile hükümlerine dayanabileceği halde, hile sonucu esaslı bir hatanın (temel hatasının) kurbanı olan taraf, hile hükümleri yanında hata hükümlerinden de yararlanabilir.

2. Belli Başlı Hile Ayrırımları

1) a) Asli Hile-Fer'i (Yan) Hil

Aslf hile (dolus causam dans) halinde, aldatılan, hile sonucu aldatılma- 18
yaı hiç x a m ya ağı bir sözleşmeyi yapmaktadır. Öeğin- a dı
jçjn_sakte...bir-Picasso tablosu. Lalan_alıcı, hile. oJmas ydı o tabloyu satın
alma;ıacaktı.

*Fer'f (yan) hile (do/us incidens) halinde ise, aldatılan, yarultılmasaydı o
sözleşmeyi kendisi için daha elverişli şartlarda yine yapacaktı. Ömeğm.
öe •en I00 olan ve-mrsıl-o'lsa-alınma1<-isreien litsse selletlefi;-htle ile150's,e
satılmı3sa durum böyledir-*

Borçlar Kanunumuzun sisteminde, sonuçları bakımından, asli hile ile fer'i hile arasında bir fark gözetilmemiştir.

Oysa, bazı hukuk sistemlerinde (örneğin İtalyan Hukukunda) hile sebebiyle iptal hakkı sadece asli hile için tanınır, fer'i (yan) hile halinde ise, aldatılanın bir tazminat talebi ile yetinmesi öngörülür⁸.

27a) Yukarıdaki açıkJamalanmızdan anlaşılacağı gibi, hilenin yol açtığı hata bir beyan hatası olduğu vakit. aldatanın, karşı tarafın gerçek iradesini bilip bilmemesine göre, sözleşme sözü edilen gerçek iradeye göre kurulmuş veya hiç kurulmamış sayılacak, yani mesele hata hükümlerine değil (BK. m. 23 vd., 31), sözleşmenin kurulmasına ilişkin BK. m. 1 hükmüne göre çözüme bağlanacaktır. Sözleşmenin hileye rağmen, esaslı hata sebebiyle iptal hakkı saklı kalmak üzere kurulmuş sayılabileceği tek ihtimal, bile sonucu düşülen batanın nitelikli bir saik hatasından ibaret olan bir temel hatasına yol açılmış bulunmasıdır.

28) Schmidlin, Art. 28, N. 86.

b) Karşı Tarafın Hilesi-Üçüncü Kişinin Hilesi

5 L J:: re r, , c' .Jt.1/s

- 19 Hile, sözleşmenin karşı tarafınca y_apılı:nı_şsa_karşı_tarafın..hilesinden; üçüncü bir lcişi tarafından y?- mışs?-üçüne? kişinin.hilesinden sö_z edilir. Hile karşı-ıtarafça yapılmışsa mesele yoktur. Üçünç_ü kişirun hilesinde ise, kanun şu özel düzenlemeyi kabul etmiştir (BK. m. 28/II):

- İlk?q_lara?-QçünciLkişinin aldatması sonucu -gerçekleşen sözleşme geçerlidir. Aldatılan, b1.:!. durumda, hile_sebebiyle sözleşmeyi ipt?J ed??eyece ve sadece aldatan üçüncü kişiye karşı bir tazminat talebine sahip olacaktır. - - -

Bu ihtimalde dahi, aldanan bile yüzünden esaslı bir hataya düşmüşse, onun bu defa hata hükümlerine dayanarak iptal hakkı saklıdır.

- İstisna olarak, üçüncü kişinin hilesi, karşı tarafça biliniyor veya bilinmesi gereciyorsa, aldatılan (tıpkı karşı tarafın hilesinde olduğu gibi) sözleşmeyi iptal edebilir.

- 20 Öğretide bazı yazarlara göre²⁹, karşı taraf üçüncü kişinin hilesini biliyorsa, o, susarak bizzat bile yapmış sayılır, yani BK. m. 28/1 uygulama alanı bulur. Bu düşünce, olayların önemli bir bölümü için geçerli olsa bile, bu şekilde ifade edildiği vakit yerinde değildir. Zira, genel kurallara göre, üçüncü kişinin hilesinden haberdar olan karşı taraf, her zaman değil ancak bal ve şartlar gerektirdiği vakit, bir başka deyimle, olayın özelliklerine göre susma'nın hile sayıldığı ihtimallerde bizzat hile yapmış olarak görülebilir³⁰. BK. m. 28ff'i'nin pratik yaran esasen kendini bu noktada gösterir: Üçüncü kişinin hilesini bildiği halde susan diğer taraf, susma'nın genel kurala göre hile sayılmasına yol açan haJ ve şartlar ayrıca araştırılmadan, BK. m. 28ff'i uyarınca sadece üçüncü kişinin hilesini *bilmesi* dolayısıyla hile sebebiyle iptale katlanmak zorunda kalacaktır. Kaldı ki, karşı taraf, üçüncü kişinin hilesini fiilen bilmediği halde, bunun farkına varması gerekiyordu ise, BK. m. 28/TT yine uygulama alanı bulur. Oysa, bu ihtimalde karşı tarafın, bilmediği bir konuya ilişkin olarak bizzat hile yaptığından bahsedilemez.

- 21 Kimin, burada sözü edilen *üçüncü kişi* kavramına girdiği, kimin girmedikleri konusunda aşağıdaki örnekler yol gösterici olabilir:

- Defil ile alacaklı arasında imzalanan-9ii:-k-efale.t.sözleşmesi.w:le, asıl bor lu, alacaklı ı aldatarak bu sözleşmenin a ılmasını sağlamış ise, o, K. m. 28ff'i anlamında üçüncü kişi sayılır.

- Buna karşı, bir temsilci aracılığıyla gerçekleştirilen sözleşmelerde, temsilci Üçüncü kişi sayılmaz y_e-0oun hilesi BK.JJ1. 28/1 uyarınca ietale yol

- a ar:- Aynı esas, sözleşmenin kuruluşunda karşı tarafın yardımcısı olarak hareket eden, örneğin acente, tellal gibi kişilerin hilesinde de uygulanır³¹. Bunun gibi, tüzel kişilerin organları da, ilke olarak, üçüncü kişi değildir³².

29) Örnek olarak bkz. **Oser/Schönenberger**, Art. 28, N. 17.

30) Bkz. **Koller**, 1, 2.A., § 14, N. 172.

31) Bkz. **Bucher**, AT, s. 221-222. -Tellal (BK. 404) açısından, İsviçre öğretisinde ileri sürülen bir görüşe göre şöyle bir aynın yapılmalıdır: Tellal, sadece taraftan bir araya getir-

11. Hilenin Hükünleri

Kanun aldatılana iki hak tanımıştır: O, sözleşmeyi iptal edebileceği gi- 22
bı.aldatandan tazminat da isteyebilir.

1. Hile ile Yapılan İşlemin İptali/ I 'J,1

a. Genel Olarak .""('l\.-,rfç: \e_ le,J<)I{, b-1:J,1< ,p.. \J eda h,/•

Aldatılan, aldatılarak hataya düşürüldüğü nü öğrendiği tarihten itibaren 23
bir yıl bir hak düşürücü sur<Liçide sözleşme-i-(:tı.pki füt@ old\Tğn
gibi) mahkemeye başvurulabilir. zorunluluğu olmaksızın, bir taraflı irade be-
ranı ile iptal edebilir (BK. m. 31/1). Geçerliliği açısından hiçbir şekle bağlı
olmayan bu beyanın, ispat inıkanı sağlamak açısından yazılı biçimde, hatta
daha iyisi noter aracılığı ile yapılması yerinde olur. Hiç kuşkusuz, aldatılan
dilerse, mahkeme dışı bir iptal beyanında bulunacak yerde doğrudan doğ-
ruya sözleşmenin hile sebebiyle iptaline yönelik bir dava da açabilir. Bu
bakımdan da, hata ile hile arasında bir fark yoktur. Bu son halde, dava di-
lekçesi, aynı zamanda bir maddi hukuk işlemi olan iptal beyanını da içerir.
Ne var ki, bir yıllık süreye uyulmuş sayılmak için, dava dilekçesinin de ana
ilkeye uygun biçimde bir yıl içinde karşı tarafa tebliğinin gerekip gerekme-
diği tartışmalıdır³³.

İptal beyanında, bir geçerlilik şartı olarak, hangi irade bozukluğuna dayanıldığıнын 24
(örneğin hile sebebiyle Ttal halinde hilenin iptale esas olduğunun) bel-tilmesi şart mı-
dır? Bazı hukukçulann³, bunu şart koşmalarına rağmen, günümüzde İsviçre öğretisin-
deki büyük çoğunluk irade bozukluğuna dayalı olarak yapılan iptallerde "hata", "hile",
"ikrah" hallerinden hangisine dayanıldığıнын gösterilmesine gerek bulunmadığı kanı-
sındadır. Sadece iptal beyanından, bunun bir irade bozukluğu dolayısıyla yapıldığı anla-
şılmalıdır. Federal Mahkeme de aynı doğrultuda görüş bildirmiştir³⁵. Bu anlayışın bir

mekle yetinmiş ve bunun dışında sözleşmenin kurulmasına bir kat.kısı olmamış ise,
üçüncü kişi konumundadır. Buna karşı, bununla kalmayıp, taraflardan birinin hizmetine
giren ve onun menfaatlerini koruyan bir yardımcı sıfatıyla sözleşmenin kurulmasını ha-
zırlayan tellal, hizmetinde bulunduğu tarafa nazaran üçüncü kişi sayılamayacaktır (Bu
düşünce: **Schmidlin**, Art. 28, N. 119, 124-125).

32) Organ'ın, tüzel kişiye nazaran, ne vakit üçüncü kişi sayılmayacağı İsviçre Hukukunda
tartışmalıdır. Bu konuda ileri sürülen görüşler için bkz. **Schmidlin**, Art. 28, N. 117-118.

33) Özellikle bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö**, s. 455 ve not 4a ile oradaki yollama-
lar.

34) **Oser/Schönenberger**, Art. 31, N. 16; **v. Tuhr/Peter**, § 39, III, s. 332. Ne var ki, Peter
tarafından 1984 yılında çıkan EK Kitap'ta (Supplement, s. 50). Federal Mahkemenin
not 35'de anılan kararına dayanarak bu görüş terk edilmiştir.

35) **Schmidlin**, Art. 31, N. 70; **Bucher**, AT, s. 212; **Gnuch/Schluep/Schmid**, N. 905:
Schwenzer, Basler Komm., Art. 31, N. 9; **Huguenin**, OR, N. 519; BGE 106.11.349. -
Türk öğretisinde aynı yönde açıklamalar: **Eren**, s. 374; **Kurşat**, not 9'da ııgc, s. 83. Bu
sonuca vanna için kullanılan en önemli gerekçelerden birisi de. iptal hakkı örneğın
sözleşmeye dayalı olarak teslim edilen malın iade edilmesi suretiyle örtülü biçimde

sonucu olarak. örneğin "temel hatasına" dayanarak iptal hakkını kullanan kişinin daha sonra "hile" iddiası ile ortaya çıkmasına bir engel bulunmayacaktı. Bunun gibi, bu an- la)'lş çerçevesinde, irade bozukluğu sebebiyle iptal hakkını düzenleyen BK. m. 31 hükmünü anarak yapılan bir iptal beyanında, hata, hile veya ikrahtan hangisinin söz ko- nusu olduğunun açıkça belirtilmesine de gerek yoktur.

15 Buradaki iptal yaptmmmm hukuki niteliğwwaLbey aJ>=
nuçlan, ö l'ellikle c !l acak sebe siz iktisa davasıda zaanaşımının hangi
tarihten itibaren işlemeye başlayacağı, bir yıllık hak düşürücü süre ve bu
süre-gmed n sozle-şmeye icazet verilmesi gibi konularda, yukarıda hata
seoeoıyleiptali incelerken yapttğınllz açıklamalar geçerli olduğundan, ora- ya yolla m'a yapmakla yetiniyoruz³⁶.

16 Bir yıllık hak düşürücü süre açısından şu noktaya önemle değineLim ki, hile birden fazla konu ile ilgiliyse ve aldanan bu konulara ilişkin olarak aldatıldığını farklı tarihler- de öğrenmişse (örneğin satılan mal, ünlü bir sanatçıya ait olmadığı gibi, kullanılan mal- zeme de satıcının iddia ettiğinden farklıdır), bunlardan her biri için, o konudaki bilenin öğrenildiği tarihten başlamak üzere ayrı bir süre işler. Verilen örnekte, birinci konuda aldatıldığını bugün öğrenen aldanan açısından bir yıllık süre işlemeye başlayacak, buna karşı, ikinci konuda hile yapıldığı üç ay sonra öğrenilmişse, o konuya ilişkin olarak, öğ- renme tarihinden başlayarak yeni bir süre harekete geçecektir³⁶.

27 Acaba, hile halinde, hilenin -Gğrenildiği-tarihten başlayan bir yıllık hak düşürükü sü;e yanında, *sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren işleyen* ve *üst süre* niteliğini taşıyan bir başka hak düşürücü süre var nıldır? Borçlar Kanununda böyle bir üst süreye açıkça işaret eden herhangi bir hüküm mevcut değildir. Oysa, Medeni Kanunda, gerek evlenmenin gerekse ölüme bağlı tasarrufların iptalinde (İvIK. m. 152, 559) hata, hile, ikrah hallerine müşterek olmak üzere, normal altı aylık ve bir yıllık iptal sürelerinin yanın- da, bir de evlenmede beş yıllık, ölüme bağlı tasarruflarda ise (davalının iyi veya kötüniyetli olmasına göre) on ve yirmi yıllık üst süreler öngörülmüş- tür. Böyle bir üst süre borç sözleşmeleri için de kabul edildiği takdirde, sözleşmenin yapiiiiasio.d n iib arç n'ışfayec ek üst süre geçelı sonr hile nangı tarihte öğrenilmiş olursa olsun, hile sebebiyle iptal hakkı düşmüş sayılacaktır.

Problem, borç sözleşmelerinde, bile açısından büyük pratik önem taşımaktadır. Zira, hatada, dürüstlük kuralına ters düşen biçimde hata hükümlerine dayanmayı engelleyen BK. m. 25/1 hükmü, yerine göre, sözleşmenin kurulmasından çok uzun süre sonra ileri sürülen bata iddialarını engelleyebilir. İkrah (korkutma) halinde ise, ikrahın etkisi de-

(zımnen) kullanıldığı vakit, iptal sebebi belli olmadığı halde bunun geçerli sayılmasıdır. **Kurşat'ın** ifadesiyle "Örtülü olarak bile iptal mümkün olduğuna göre, sebep bildirilme- den de sözleşmenin iptal edilmesi mümkün olmalıdır". Ne var ki, metinde belirtildiği gibi, açık iptal beyanlannda hiç değilse bir irade bozukluğuna dayanıldığı şu veya bu şekilde ifade edilmiş olmalıdır.

36) Bkz. yukanda § 36, N. 63 vd.

36a) Bkz. **Koller**, 1, 2.A., § 14, N. 177.

vam ettiği sürece korkutulanın iptal hakkını kullanınsı beklenemez. Esasen, bu yüz-dendir **ki. BK. m. 31**, bu halde iptal için öngöüilen bir yıllık sürenin ancak korkunun ortadan kalk. l lği tarihten itibaren işleyece_ foini belirtmiştir. Bu düzenleme bir üst süre ön-görme ihtiyacına yer bırakmamaktadır³.

Son derece tartışmalı olan bu konuda iki görüşe rastlanıyor:

- Birinci görüşe göre, kanunda yazılı olmamasına rağmen, bu konuda 28 kanunda bir boşluk olduğu kabul edilmeli ve bu boşluk, özellikle BK. m. 125'e (bazı yazarlara göre BK. m. 60/I'e veya diğer bazı kanun hükümleri-ne) kıyasen on yıllık veya (yürürlükten kalkmış bulunan) eslci MK. m. 119, 501'e kıyasen beş yıllık bir üst süre kabul edilerek doldurulmalıdır³⁸. (Tek-rar hatırlatalım ki, yeni MK. m. 152 evlenmede beş yıllık üst süreyi muha-faza etmiş, yeni MK. m. 559 ise ölüme bağlı tasarruflarda davalının iyini-yetti olup olmamasına göre on ve yirmi yıllık üst süreler öngörmüştür).

- Bizim de katıldığımız hakim görüş³⁹, böyle bir üst sürenin varlığını reddetmekte ve meselenin çözümünü, tıpla BK 25/I hükmü gereği hata halinde olduğu gibi, MK. m. 2/I'de yazılı dürüstlük kuralına terk etmekte-dir⁴⁰. İsviçre Federal Mah.kemesi⁴¹ ve Yargıtay⁴² da bir üst sürenin bulun-madığı görüşünde birleşmektedir.

37) Bkz. **Feyzioğlu**, s. 178; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 911; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 106, not 272.

38) Bu görüşte olanların çoğu on yıllık bir üst süreyi öngördükleri halde (örnek olarak bkz. **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 9 10-911; **Schwenzer**, N. 39.16; **Tekinay/Akman/Bur-cuoğlu/Altop**, s. 454), **Wiegand** (Bemerkungen zum Picasso-Entscheid, recht 1989, s. 108), beş yıla üstünlük tanımaktadır (Krş. **Acemoğlu**, İrade bozukluk.lan yüzünden söz-leşme ile bağlı kalmak istemediğini bildirme bir üst süre ile sınırlandırılmış mıdır? İÜHFM, cilt XXX, sayı 1-4'ten ayn bası, İstanbul 1965, s. 3 ve 6). -Türk öğretisinde, BK.. m. 125 hükmünden hareket ederek on yıllık üst süre görüşünü benimseyen **Kılıçoğ-lu'nun** (7. bası, s. 137), bu görüşü hakim görüş olarak sunmasına katılmak imkanını gö-remiyoruz. (Aynca bkz. aşağıda not 42).

39) Örnek olarak bkz. v. Tuhr/Peter, § 39, not 22, s. 333; Bucher, AT, s. 213; Oğuzman, Bir akdin hile sebebiyle iptali azami bir müddetle tahdit edilmiş midir? iBD, cilt XXVII, sayı 4, nisan 1953 nüshasından ayn bası, s. 15; Oğuzman/Öz, 4. bası, s. 106; **Eren**, s. 373-374; **Kurşat**, not 9'da age, s. 117-118; **Yıldırım**, Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile, Ankara 2002, s. 263; **Schmidlin**, Art. 31, N. 132 vd.)

40) Bu konuda, hataya ilişkin BK. m. 25/I'in kıyas yolu ile uygulanması veya esasen BK. m. 25/I'e de dayanak teşkil eden MK. m. 2'den doğrudan doğruya yararlanılması bir fark yaratmaz. Tartışmaları önleme açısından, hile halinde MK. m. 2 hükmünü esas almak daha yerinde görülebilir.

41) BGE 114.II. 131.

42) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 30.5.1951 tarih ve E. 1/244, K. 100 sayılı kararında "Borçlar Kanununun 3 l. maddesindeki bir yıllık müddet hileyi öğrenme tarihinden baş-larsa da, öğrenme daha sonra da olsa satış tarihinden itibaren on yılın geçmesinden son-ra şeyin geri istenemeyeceği" sonucuna varırken (**Karabasan**, TBH, GH, cilt 1, 1992, s. 313), iptal hakkının tabi olduğu süre ile, iptalden sonra verilenin geri alınması için açı-lacak davanın yerine göre tabi olabileceği süreyi birbirine kanştınnış bulWluyordu.

- 29 Hile sonucu yaptığı! sözleşme.)!i o-lai:ihte aldatıldığını bilmediği için, süresi içinde hataya dayanarak iptal 'l de kişi, sgn radgn aldatı cı ğını öğ-remrse-btrdejafdl \!e aajia.ijira/_şen] bir iptal beyanında bulunabilir mi ? '115.kım olan görüşle birlikte, bu soruya olumlu cevap vermek ve böyle bir iptal hakkını tanımak gerekir⁴³. Bu yoldan, aldatıldığını geç öğrenen tarafın mağdur edilmesi de önlenmiş olur. Zira, o, hata sebebiyle iptal ettiği sözleşme dolayısıyla, BK. m. 26 hükmü gereği karşı tarafa bir tazminat ödeme riski altındadır. Oysa, sonradan sözleşmeyi bu defa hileye dayanarak iptal edince, böyle bir tazminat ödemekten kurtulmakta ve tam tersine, o, hile yapan karşı taraftan tazminat talep etmek imkanını kazanmaktadır. Görüldüğü gibi, iptal edilmiş bir işlemi bu defa bir başka iptal sebebine dayanarak yeniden iptal etmekte, verilen örnekte olduğu gibi, büyük hukuki yarar olabilir. İkinci iptal beyanı, olayımızda, birinci iptalin doğurduğu bazı olumsuz sonuçları ortadan kaldırmaktadır. Bu konuda esas alınacak temel kural şudur: Hükümsüzlük birden fazla sebebe (örneğin, olayımızda olduğu gibi, biri hata, diğeri hile sebebiyle yapılmış iki ayrı iptal beyanına) dayandığı vakit, i etal edenin en ziyade yararına olan hukuki sonuçlara üstünlük tanınacaktır⁴⁴.

- 30 Bu çözümün temelinde, Alman Hukukunda, ilk defa 1911 yılında yayımlanan bir yazı ile *Kipp* tarafından savunulmuş, dilimize "çifte hüküm" veya "çifte etki" diye çevirebileceğimiz "Doppelwirkung" kavramı yatmaktadır⁴⁵. Bu yazı, hukukçuların dikkatini, fiziksel alem ile (orada ölen bir kişinin bir daha öldürülmesi söz konusu olamaz), hukuki sonuçların tartılıp değerlendirildiği normatif hukuk dünyasını birbirine karıştırmamak gereği üzerine çekmeyi başarmıştır⁴⁶. Önceki iptal ile hükümsüz hale gelen (fa-

Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, 17.3.1989 tarih ve E. 1989/333, K. 1989/3063 sayılı kararında, "Ancak, hata ve hilenin öğrenilmesinden itibaren BK. nun 31. maddesi uyarınca, davanın bir yıl içerisinde açılmış bulunması zorunludur. Bu madde on yıllık bir tavanla sınırlandırılmış değildir. Mahkemenin hükmüne dayanak yaptığı HGK'nun 30.5.1951 günlü gerekçesiz kararından dönülmüş, yargısal uygulamalar açıklanan yönde kararlılık kazanmıştır" diyerek, bir üst sürenin söz konusu olmadığını açıkça belirtmiştir. (YKD 1990/1, s. 19). Zamanaşımı sürelerine ilişkin BK. m. 125'in, yenilik doğuran iptal hakkı ve bunun tabi olduğu hak düşürücü süreye uygulanamayacağı halanda ayrıca bkz. Federal Mahkemenin yukarıda not 41'de anılan karar; Yarg. 1. HD., 22.4.1982, E. 4158, K. 5151; 19.1.1984, E. 434, K. 112, **Karabasan**, TBH, GH, cilt I, 2003, s. 360; **Oğuzman**, not 39'da age, s. 9 vd.

- 43) **Schmidli**, Art. 23-24, N. 177; **Koller**, I, N. 1274, 1337; **Lareoz**, AT, s. 406; **Flume**, § 31, 6, s. 566-567; § 30, J, s. 548. Ayrıca bkz. **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 717.
- 44) Bkz. not 43'de anılan **Larenz**.
- 45) **Kipp'in** anılan yazısı "Über Doppelwirkungen im Recht" başlığı altında *Festschrift für F. v. Martitz*, s. 211 vd. da (Beriin 1911) çıkmıştır. Yazarın ku)landığı "Doppelwirkung" deyiminin isabetli olmadığı hakkında bkz. **Larenz**, AT, s. 406, not 135.
- 46) Özellikle bkz. **Dölle**, *Juristische Entdeckungen (Festvortrag)*, in: *Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages, Tübingen 1958*, Bd. 11/teil B, s. B 12 vd.; **Ennecerus/Nipperdey**, § 203, III, 7, s. 1229. Tartışmalı olmasına rağmen, Almanya ve İsviçre'de çok sayıda taraftar toplayan bu görüş, Türk Hukukunda, **Çağa** (Rızadaki fesat sebeplerinden biri veya gabin ile malili sözleşmelerde fesih beyanı ve bunun süresi,

k.-nt ilerde "hukuki işlemlerde hükümsüzlük" bahsinde göreceğimiz gibi hukuk alemin-den silinip yok olmayan) işlemin, dayanılan geçersizlik sebebi dolayısıyla doğurduğu bazı olumsuz sonuçları, bu defa bir başka sebebe dayanıp bertaraf etmek ve başlangıçta iptalin yan sonuçları bakımından aleyhe olan hukuki durumu, ikinci iptal sayesinde lehe çevirmek, hiç k.ı.1 şkusuz hukuki himayeye 15yık bir davranıştır.

b. BK. m. 25/II Hile Halinde Uygulanabilir mi?

Anılan hükme göre, yanılanın hata sebebiyle sözleşmeyi iptal etmesin- 31
den sonra, diğer taraf, onun gerçekte kürmayı istediği sözleşmeyi Kabul
ettiğini derhal bildirirse, ta raflar arasın a-yanılanın gerçekte ir <! CI sine uygun
Dir sözleşme ilişkisi kurulmuş sayılır⁴⁷. Bu hükmün, kıyas (örnekseme) yo-
luite, lule a iinde de uygulama alanı bulabilip bulamayacağı tartışmalıdır.

- Bir görüşe göre, BK. m. 25/II, özellikle, fer'ı (yan) hile durumunda uygulama alanı bulabilecektir. O halde, hile sonucu, B'nin 100 değerindeki malını 70'e satın alan A, onun iptal beyanı üzerine, 100 üzerinden sözleşmenin gerçekleşmesine razı olduğunu beyan ederse, borç ilişkisi 100 üzerinden geçerlilik kazanacaktır⁴⁸.

- Bizim de katıldığımız ikinci görüş, bu imkanı hile halinde reddedi-yor⁴⁹. Gerçekten, böyle bir imkanın tanınması hile yapan kişilere bir çeşit açık kart vermek anlamını taşır. Zira, bu çözüm çerçevesinde, B ile sözleşme yapan 6 şöyle düşünecektir: "B'yi aldatıp 100'lük malını elinden 70'e alır ş am, buşten colcl<arlı çkanm. B, hilenin farkına VcİPP sözleşmeyi iptal ederse, nasıl olsa bu defa da BK. m. 25/II'den yararlanıp 100 üzerinden ödeme---yapmayı kabul eder ve durumu yine kurtarıyorum. Şu halde, işe hile yaparalt"oaşlamamda benim açımdan sakınca değil, tam tersine yarar var-
ar." Diğer taraftan, olayda, B'nin iptal hakkını kullandığı sırada malın ckgeri 120'ye fırlamışsa, BK. m. 25/II hükmü sayesinde A, 70'i 100'e tamamlayıp 120'lik malı muhafaza etmek imkanına kavuşur ki, bu, aldatan lehine büsbütün haksız bir sonuç olur.

EÜHFD, yıl 1, 1980, no. 1-4'den ayn baskı, s. 43) ve **Akyol** (s. 294) tarafından benimsenmiştir. (**Çağa'nın**, irade bozukluktan ve gabin hallerinde söz konusu olan iptal beyanını "fesib beyanı" diye adlandırması açık bir yanıldır).

47) Bkz. yukarıda §. 36, N. 80.

48) **v. Tuhr/Peter**, § 38, II, 5, s. 323; **Spiro**, Können übermassige Verpflichtungen oder Verfügungen in reduziertem Umfang aufrechterhalten werden? ZBJV, 88 (1952), s. 506-507, 510 not 8.

49) **Piotet**, De l'invalidité partielle des actes juridiques spécialement en cas de vice du consentement, ZSR, N. F. 76 (1957), s. 119; **Hürlimann**, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, Freiburg Schwiz, 1984, s. 100, not 39. Her iki yazar da, bu sonuca ulaşmak için, BK. m. 25/II'nin sadece beyan hatalarında uygulanabileceği gerekçesine dayanıyor. Biz, bu gerekçeye katılmıyoruz (bkz. yukarıda § 36, N. 83) ve metinde belirttiğimiz düşüncenin esas alınması gerektiği kanısını taşıyoruz. -BK. m. 25/II hükmünün, ikrah (korkutma) ve gabin hallerinde de uygulanmayacağı hakkında bkz. aşağıda § 38, N. 15; § 39, N. 29.

32

Buraya kadar söylenenlere, üçüncü kişinin hilesi halinde bir istisna tanınabilir mi? Bizce, bu soruyu cevaplandırırken aşağıdaki ayrılan yapmak yerinde olur:

- Karşı taraf, üçüncü kişinin hilesini bilmiyorsa, bilmesi de gerekmiyorsa, aldanan esasen iptal hakkına sahip olmadığından BK. m. 25/II'nin uygulanması düşünülemez.
- Karşı taraf, üçüncü kişinin hilesini biliyorsa, bu durumda onun bu davranışı çok defa bir taraf hilesi olarak değerlendirilebileceğinden⁵⁰, BK. m. 25/II'nin uygulanmasını önlemek üzere yukarıda söylenenler geçerli kalacaktır. Taraf hilesinin şartları gerçekleşmiş olmasa bile, üçüncü kişinin hilesini bilerek sözleşme yapan karşı tarafı korumak söz konusu olamayacağından çözüm yine değişmeyecektir.
- Karşı taraf, üçüncü kişinin hilesinden fiilen haberdar olmamakla birlikte, onun bu hileyi (gerekli özeni göstermiş olması halinde) hal ve şartlara göre bilmesi gerekiyor idiyse, artık üçüncü kişi yanında, onun da (bilmediği bir konuda) hile yaptığından veya susarak üçüncü kişinin hilesinden bile bile yararlandığından söz edilemeyecektir. Ne var ki, BK. m. 28ff, bu durumda aldanana bir iptal hakkı tanımıştır. İptal beyanı üzerine üçüncü kişinin hilesini öğrenen karşı tarafın, hile olmasaydı gerçekleşecek sözleşmeyi aldanana derhal teklif etmesi üzerine, BK. m. 25/II'nin kıyas yoluyla uygulanmasına bir engel yoktur⁵¹.

c. Hile'nin defi yolu ile öne sürülmesi

33

Haksız fiillerle ilgili BK. m. 60/III hükmüne göre, haksız fiilin (hile ve ikrahın birer haksız fiil oluşturduğunu bu vesileyle hatırlatmak isteriz) zarar gören aleyhine bir alacak hakkının doğumuna yol açtığı durumlarda, tazminat alacağı zamanaşımına uğrasa bile, borçlu kendi borcunu ifa etmekten kaçınabilir.

Öğretide pek çok eleştiriye ve görüş ayrılıklarına yol açan bu hükümden, bugün hiç değilse çoğunluğun fikrinde çıkarılan sonuç şudur: Hile sonucu sözleşmeyi yapan aldatılan, bir yıllık iptal süresini kaçırırsa oile., sözleşmecen **dogan** borcunu henüz ifa etmemişse, BK. m. 60ffil'ün tanıdığı sürekli defi hak/szndan yararlı a. n. b. ile cek vs sözleşmenin bir yıllık hak düşürücü surerun geçirilmesi sonucu geçerlilik kazanmış olmasına rağmen, hileyi defi yolu ile ileri sürüp ifadan kaçınabilecektir. Ne var ki, BK. m. 60/ITI, sadece bir yıllık bak düşürücü sürenin *susarak* geçirilmesi dolayısıyla sözleşmedeki hükümsüzlüğün düzelmesi ihtimalinde uygulanacaktır. Sözleşmedeki hükümsüzlük bir başka sebepten ötürü düzelmişse (hileyi öğrenen aldatılan bir yıl geçmeden sözleşmeye açıkça veya örtülü biçimde icazet veriyor), sürekli defi hakkı kabul edilmeyecektir⁵².

50) Bkz. yukanda N. 20.

51) Ayrıca krş. **KoUer**, I, 2.A., § 14, N. 180.

52) Bkz. **Engel**, s. 356; v. **Tuhr/Pcter**, § 39, not 56, s. 342. -v. **Tubr'un** bu hükme yönelttiği eleştiri şöyledir: BK. m. 60/III hükmü, BGB § 853'ten alınmış bir hükümdür. Oysa, İsviçre Hukuku'nun bu konudaki sistemi Alman Hukukundan çok farklıdır. Alman Hukukunda, yukarıda belirtildiği gibi (bkz. § 36, N. 66) gerçek anlamı ile iptal görüşü benimsenmiştir. Bu sebeple, hile veya ikrah sonucu meydana gelen sözleşme başlangıçta hüküm doğurur ve aldananı yahut korkutulanı, aldatan veya korkutana karşı bir borç al-

Sürekli defî hakkını kullanan aldatılan, daha önce karşı taraftan aldıkları (onwı bu şekilde ifayı kabul etmesinin, henüz hileyi öğrenmediği aşamada gerçekleşmiş olması dolayısıyla sözleşmeye icazet anlamını taşımadığı farz ediliyor), MK. 111. 2/I'de yazılı dürüstlük kuralı gereği, diğer tarafa iade etmek zorundadır⁵³. 34

2. Tazminat Talebi

a. Sözleşmenin iptaline ek olarak tazminat istenmesi

ile sebebiyle sözleşme i sür! içinde iptal eden aldatılan, ayrıca iptal 35
be am ile karşılanamayan olumsuz zararının tazmini aldatandan isteyebilir.

- Aldatan karşı taraf ise, bu tazminat talebi *haksız fiil* (BK. m. 41 vd.) hükümlerine dayanabileceği gibi (hile bir haksız fiildir), *culpa in contrahendo* (sözleşme müzakereleri sırasındaki kusur) ilkesine de dayanabilir⁵⁴ ve bu son halde kıyas yolu ile sözleşmeye aykırılık (BK. m. 96 vd.) hükümleri uygulanır⁵⁵. Davacı davasını haksız fiil esasına dayandırmış olsa bile, HUMK. m. 76 l!yannca dava ailel<.çesinde yer alan akıllara uygulanacak huku kurallarını taleple bağlı olmayıp re'sen araştırılacak olan hakim, ister isemez avacı için çok daha elverişli *culpa in contrahendo* ilkesi çerçevesinde davayı inceleyip karara bağlar.

Bizim de katıldığımız görüşe göre, ilke olarak, olumsuz zararın tazmini söz konusu 36
olmakla birlikte, bata ile ilgili BK. m. 26/II hükmüne kıyasen, hakkaniyet gerektiriyorsa, hakim bunu aşan bir tazminata hükmedebilir⁵⁶. Gerçekten, yanılanı, tamamen kendi riziko alanında meydana gelen hatasından ötürü daha ağır bir sorumluluk altına

tına sokar. Üstelik Alman Hukuku, iptal hakkı yanında, bu şekilde meydana gelen alacağın ortadan kaldırılmasına yönelik (aynen tazmin tarzında) bir tazminat hakkını aldatılan veya korkutulana tanımaktadır. İşte bunun sonucu olarak, iptal hakkı düşse bile, sözü geçen tazminat alacağının (zamanaşımına uğramış olmasına rağmen) bir defî olarak ileri sürülmesine imkan tanınmıştır. Oysa İsviçre-Türk Hukuklarında, aldatılan veya korkutulan, hile veya ikrah sonucu başta karşı tarafa karşı bir borç altına girmemiştir, bir başka deyimle aldatan veya korkutanın ona karşı bir alacak hakkı doğmuş değildir (Böyle bir alacak, bu sistemlerde, ancak şu veya bu biçimde sözleşmeye icazet verilirse doğacaktır). Şu halde, yazara göre, doğmamış bir alacak hakkının ortadan kaldırılmasına yönelik bir tazminat talebinden ve bu talebin, zamanaşımı süresi geçtikten sonra dahi, defî olarak öne sürülebilmesinden söz açmak mümkün bulunmamaktadır.

53) v. Tuhr/Peter, § 39, VI, s. 342; Schwenzcr, Basler Komm., Art. 31, N. 21, BGE 84.IJ.625; 106.TT.349.

54) KoUer, I, N. 1217; Bucher, AT, s. 222; Eren, s. 362; Schwenzcr, Basler Komm., Art. 31, N. 23.

55) Bkz. yukanda § 2, N. 8 vd.

56) Bu düşüncede: Merz, Vertrag, N. 140; Schwenzcr, Basler Komm., Art. 31, N. 23; Becker, Art. 31, N. 17; Gauch/Schluep/Schmid, N. 870.

sokabilen bir hukuk sisteminde, aynı esas, aldatan için *afortiori* (öncelikle, evleviyetle) uygulanabilir⁵⁷.

- 37 - Hile *üçüncü kişi* tarafından yapılmış ise, üçüncü kişiye karşı açılacak tazminat davası haksız fiil hükümlerine (BK. m. 41 vd.) dayanır.

b. Sözleşmeyi İptal Etmekten Vazgeçmek Suretiyle Öne Sürülen Tazminat Talebi

- 38 Aldatılan, sözleşmeye açıkça ve örtülü biçimde icazet verir yahut hileyi-c>grendiği h d b.1r yıllık hakedüşürücü süreyi susarak geçirir, bunun sonucu olarak da sözleşme geçerlilik kazanırsa, aldatandan tazminat istemek nallııı muhafaza eder mi? Bu soruyu cevaplandırırken şöyle düşün-
- *niek kabildir: İptalden vazgeçmek suretiyle sözleşmenin geçerlilik kazanmasına kendi tutum ve davranışıyla sebep olan aldatılanın, bizzat kendisinin gerçekleşmesine yol açtığı bir zararın tazminini isteyememesi gerekir.* Buna rağmen, BK. m. 31/II hükmü, hile halinde (aynı çözüm bu maddede ikrah için de öngörülmektedir), sözleşmeye icazet vermenin mutlaka tazminat talebinden de vazgeçildiği anlamını taşımayacağını belirtmektedir. Hakim olan görüşe göre, bu hüküm şöyle anlaşılmalıdır:

- İlke olarak, sözleşmeye (açıkça veya örtülü biçimde, özellikle bir yıllık iptal süresini susarak geçirmek suretiyle) icazet veren aldatılanın tazminat talebi düşer⁵⁸.

- İstisna olarak, aldatılan sözleşme i i tal etmesi halinde kendisi aley ine oğabilecek çok daha sakıncalı sonuçları önlemek için, bu yolu üstün-ttımak-z n aJs.almı ssa , tazminat talebi saklıdır. Görülüyor ki, bu aurumda, aldatılanın tazminat isteyebilmesi için mevcut hal ve şartlar altında sözleşmeyi iptal etmesi kendisinden beklenilemez olmalıdır⁵⁹. Aşağıda, bununla ilgili iki örnek veriyoruz:

= A. her iki evin d-e dğı yukao...a.ynLdeğerde -0-ldu.ğu-humısttn<:ja--B'yi kandıf111!\$. Y Q!!D.urı. sorı:ucu olar: B. İzmirde.kLe.v-i-i-le--A:run İstanbul'daki evinin trampa (değiş-tokuş) edilmesine QIB. m. 23 2) ı:azLJ>.lmuşng. istanbula yerleşe-nB, daha sonra aldatıldığını öğrenirse, tekrar İzmir'e gidip yer-

57) Not 56'da anılan **Becker** de aynı doğrultuda bir gerekçeye dayanmaktadır.

58) Federal Mahkemeye göre, aldatılan, iptal yoluyla uğradığı zararı bertaraf etmek imkanına sahipken sözleşmeye icazet vennişse tazminat talep etme hakkını kaybeder (BGE 109 Ia, 10). Yüksek Mahkeme, aynı kararda, sözleşmeyi iptal ederek zararını "azaltabilecek" durumda olan aldatılanın, BK. m. 31/II'ye göre talep edebileceği tazminatta bir indirim yapılmasını öngörmektedir.

59) Bucber, AT, s. 223; Gauch/Schlucp/Schmid, N. 871; **Schwemer**, Basler Komm., Art. 31, N. 22; Eren, s. 363; **Kollcr**, I, N. 1224; **Engel**, s. 359; **v. Tubr/Peter**, § 39, V, 3, s. 340.

le◆menin gcrtlk iş hayatı, gerekse özel hayalı açısından doğurnbilcccği sa-
k.ıncalan göz önüne alarak. sözleşmeye icazet verip BK. m. 31/11 gereğince
tazminat istemekle yetinebilir®◆-

= A. saf kan olmayan bir köpeği. cins bir köpek gibi göstererek B'yc
yüksek fiyatla satmıştır. Hileyi öğrenen B, eşinin ve çocuklarının hayvana
bağlanmaları ve ondan ayrılmak istememeleri yüzünden, iptal hakkını kul-
lanarak köpeği geri vennekten vazgeçip A'dan bir tazminat istcyebilir⁶¹.

§ 38. İkraha (Korkutma, Tehdit)

I. Genel Olarak

Bazen, bir hukuki işlemin, özellikle bi◆◆özl◆şmeni.n meydana gelmesi 1
telidit yolu ile s?ğlanır. Bununla kastedile◆L korkut◆◆ll.Tsleaiğı hulfukı
işlem yapılmazsa, karşı tarafta bizzat kendisinin veya yakınların an ırının
bir kötülüğ-ehedef olacağı- olundbir kana aJ uyaiiclrnlasıdır. ÖyleKi◆böy-
lebırlförkutma sonücu; korkutulan iki şıktan birini seçmek zorunda bıra-
kılmaktadır: O :YLlelıdide konu olan kötülüğün gerçekleş_rnın rizikosunu
göze alacak, ya da ("ehven-i şer" saydığı) tehdide boyun ◆p kendisine
empoze edilen işle-niı yapma mecl5uı,yeffni hissedecektir¹. Bu son şıkta,
: tehdit altmaa sözleşme yapma iradesini açığa vuran korkutulanın iradesi ile
oeyanı arasında bir uygunsuzluk mevcut değildir. irade bozukll!,ğu, bu ih-
tirnaTcie;-(BK. m. 28'in7<apsainma giren hile faraziyesinde ◆lduğu gibi)
iradenin oluşması aşamasında yer almaktadır².

Tehdit eden, sadece karıda be.liriilen anlamd◆:ko.rkutmakJ◆ yani 2
I J manevi cebir kullanmakla yetinmemiş ve karşı tarafa kar ı "maddi cebir"
ırotlanmrş;-&ire-ğm a allcasını "aşma dayadık!an sÖm◆-kolunu tutup zorla
! ' imzasını al:linnı is◆e, art&-BK. m◆ vd.nın uygulanmasına yol açan bir
•mım an .söz edilemez. Bu son --ihtimalde, işlem-hiç meydana gelmemiş
sayılır3.

60) Bu örnek için bkz. von Tuhr/Peter, § 39, V, 3. s. 341.

61) Bu örnek için bkz. Koller, I, 2.A., § 14, N. 197. Aynı yazarın belirttiği gibi, anılan ör-
nekte, köpeğin gerçek değeriyle ödenen bedel arasındaki fark tazminat olarak talep edi-
lebilecektir.

1) özellikle bkz. Larenz, AT, s. 401.

2) Hugucnin, O◆ N. 505; Eren, s. 363. Bu açıdan bir Yargıtay kararında (1. HD.,
2.5.1978, E. 3138, K. 6251, Karabasan, TBH, GH, cilt 1, 2003, s. 348) "İkrahta irade
ve beyan uygunluğu yoktur" denmesi açık bir yanılgıdır. Korkutulan, sözleşmeyi yap-
mayı ister, fakat buna tehdit altında zorlandığı için irade beyanı sakatlanmıştır. Korkutu-
lanın biç iradesi olmaksızın bir sözleşmeyi yapmaya zorlanması ancak, metinde belirtil-
diği gibi, maddi cebir kullanılması halinde söz konusu olur.

3) Bkz. yukanda § 12, N. 2.

3 Kork.'Utmanın hukuken dikkate alınabilmesi için aşağıdaki şartlar aranır:

1. Herşeyden önce, ortada diğer tarafı korkutmak suretiyle belirli bir hukukî işlemin yapılmasını sağlamaya yönelik qir ey:}em bul.!.!nrmalıdır.
Frefnangrbir-sekilde}ehrrır eqıl!Jledıgıfıalde, örneğin diğer tarafın saldırgan
 7<arakteriiii ve _a geçqişteki bazı olayları dikkate_alarak kendi kendine kor-
 kan taraf, BK. m. 29 hükmüne dayanamaz⁴.

4 Tehdit *olumlu bir davranışa* yönelik olabileceği gibi (örneğin "öldürürüm", "döverim", "kızını kaçıırım" vs.), *olumsuz bir davranışa* (bir kaçınmaya) yönelik de olabilir. Gecenin ilerlemiş saatlerinde تنها bir sokakta, bir trafik kazası veya uğradığı saldırı sonucu ağır x_aralı ❖tarak yerde yatan B'yi gören A, elindeki borç senedini derhal imzalamadığı takdirde onu orada kaderi ile başbaşa bırakmakla tehdit ederse, sözü edilen ikinci ihtimal gerçekleşir⁵.

Öğretide ileri sürülen bir fikre göre, bu örnekte, A, B'ye "Şu borç senedini imzalarsan seni hastaneye götürürüm" derse, ortada bir tehdit olmadığından, bu, karşı tarafın zor durumda (müzayaka halinde) bulunmasından yararlanılarak gerçekleştirilen bir gabin (BK. m. 21) halidir. Buna karşı, A, "senedi imzalamazsan, seni hastaneye götürmem" dediği takdirde, (işe bir de tehdit unsuru karışacağından) gabin ek olarak ikrah (kork'İltma) da gerçek.leşir⁶. Bizce, bu iki ihtimal arasındaki fark sadece 1-..'Ullanılan ifade tarzındadır. Yoksa, özde bir fark yoktur. Zira, "şu borç senedini imzala, seni hastaneye götüreyim" şeklindeki beyanın arkasında, örtülü biçimde de olsa, "aksi halde seni burada bırakm" tehdidi yatar⁷. Şu halde, her iki ihtimalde de, B'nin, hem gabin, hem de ikrah hükümlerine dayanarak iptal hakkını kullanabileceği kabul edilmelidir⁸. Buna

4) Koller, I, N. 1241; Oğuzman/Öz, 4. bası, s. 98.

5) Koller, I, N. 1231.

6) Koller, I, N. 1244.

7) Tehdidin örtülü biçimde de yapılabileceği hakkmda bkz. Kramer, MünchKomm. § 123, N. 33; Akyol, s. 303.

8) Alman Hukulrında yaygın olan bir görüşe göre, bir kimse, (yukandaki örnekte olduğu gibi) başka bir sebepten ötürü zor duruma düşmüş karşı taraftan, yerine getirmekle yükümlü olmadığı bir yardımdan kaçınacağı tehdidi ile ve bu yardım karşılığı bir bedel elde ederse, artık ikrah'tan söz açılmaz. Burada, sadece (Borçlar Kanunumuzun sisteminde gabin hükümlerinin uygulanmasına yol açabilecek) karşı tarafın müzayaka halinin (zor durumunun) istismarı vardır. İkrah'tan bahsedebilmek için kanun veya sözleşme gereği "yardım etme yükümlülüğü altında olan" bir kimsenin, karşı tarafı bu yardımı yapmama (yani yükümlülüğünü yerine getinmemekle) tehdit etmesi gerekjr (Örnek olarak bkz. Flume, § 28, I, s. 534, İsviçre-Türk Hukuklarında aynı görüşte: v. Tuhr/Peter, § 38, 111, 3, s. 326; Akyol, s. 309). Buna karşı, Kramer (MünchKomm. § 123, N. 33, 45), bu çözümü, BGB § 123'ün korkutulanın karar verme serbestisini koruyucu amacı ile bağdaşmaz bulduğu için haklı olarak eleştirmekte ve hukuken yardım etme yükümlülüğü olmasa bile, ikrah sebebi ile iptale ilişkin BGB § 123 hükmünün kıyas yolu ile uygulanabilmesine imkan tanımaktadır. Bizce, metinde de belirttiğimiz gibi, bu gibi durumlarda (yerine göre açık veya örtülü olarak) yardımdan kaçınmak suretiyle karşı tarafın içine düşmüş bulunduğu zor durumun ağırlaştırılması tehdidi söz konusu olabilir (örneğin hemen hastaneye götürülmeyen kanlar içindeki ağır yaralı kişi, gecikme yüzünden daha kö-

knrşı. yerde yaralı olarak yatan B oradnn geçen A'yn "sann 5000 lira vereyim, beni hastaneye götür" demişse, o. 5000 liralık borç senedini karşı tarafın katkısı ve tehdidi bulunmasına karşın içine düştüğü zor durumdan kurtulmak için iinznlamış olacağından artık ikrahtan söz açılmaz⁸.

2. Korkutma esas/ı Ck<!nundaki ifade ile "muteber") olmalı, yani korkutulanda, kendisinin veya bir yakuumu, hayatlarına, şahıslarına, namuslarına yahut mallanna yönelik ağır ve derhal gerçekleşecek bir tehlike altında bulundukları kanaatini uyandırmış bulundunnalıdır (BK. m. 30/I). Derhal belirtelim ki, burada tehdit konusu varlıklara ilişkin olarak kanunda öngörülen sayım hiçbir şekilde sınırlayıcı değildir. Maddede anılmadığı halde, örneğin bir kimsenin "özgürlüğüne", "özel hayatının gizliliğine" veya "diğer kişisel varlıklarına" (bu arada ruhsal dengesine) yöneltlen tehditler de buraya girer⁹. Kanunumuz, bir kimsenin şahsı yanında, "yakın akrabasından birine" yapılan tehditlerden de söz açmaktadır. Buradaki "yakın akraba" deyiimi, eş, nişanlı, bazı hısımlar, çok samimi ve sevgili bir dost gibi, karşı tarafa "yakın olan" veya "yakından bağlı olan" kimseleri ifade etmektedir. Bir başka anlahınla, öyle kimseler söz konusudur ki, korkutulan, bunlara yönelik olarak yapılan tehditleri bizzat kendisine yapılmış gibi algılamaktadır¹⁰.

Bir tüzel kişi tarafından yapılan sözleşme, ikr!!chıll. tüzel kişinin yetkili organını oluşturan kişi v@a Kısıletketkisi affina alın :ıis O ?a ?ı g?reki.r. Bu ihtimalde, ikrah doğrudan do?ya tüzel ?si ?e y?pıl ?2_ş sayı ?ır¹¹.

Acaba, bir tüzel kişi, BK. m. 30n anlamında korkutulan tarafa yakından bağlı olan kişiler arasında yer alabilir mi? Her ne kadar, İsviçre öğretisinde hakim olan görüşün sadece gerçek kişileri korkutulanın yakını olarak kabul ettiği belirtiliyorsa da¹², biz, bu

tü duruma düşebilir, batta ölebilir). O halde, incelediğimiz faraziyede, korkutanın herhangi bir katkısı olmaksızın meydana gelmiş zor ve tehlikeli bir durumun istismar edildiğinden söz açarak ikrahı reddetmek ve ancak gabin hükümlerinin uygulama alanı bulabileceğini söylemek yerinde değildir. Yardımdan kaçınma sonucu, karşı tarafın içinde bulunduğu zor durum lusa sürede daha da ağırlaşacak, daha da tehlikeli hale gelecek ise, korkutan, artık olumsuz davranışı ile kendi katkısı olmaksızın gerçekleşmiş "mevcut durumu" değil, önlemek iktidarında olduğu ve onun yardımdan kaçınmasına bağlı olarak gerçekleşecek bu "gelişmeyi" bir tehdit aracı olarak kullanmaktadır. Bu sebeple de, gabin yanında, ikrah hükümlerinin de uygulanabilmesi imkanı vardır. Kaldı ki, yukanda verilen örnekte, Türk Ceza K. m. 98 veya Karayolları Trafik K. m. 82/a uyarınca, ceza yaphnımına bağlanmış olarak yaralıya yardım yükümlülüğü öngörüldüğünden, Alman HuJ..-1.ıkunda yaygın olan görüş açısından dahi, ikrah (korkutma) kabul edilmelidir.

8a) Schmidlin, Art 29-30, N. 14 ve v. Tuhr/Peter, § 38, M, I, s. 325'de yer alan açıkJama-lar (krş. Engel, s. 365), ancak bu çerçevede anlaşıldığı takdirde değer taşır.

9) Schwenzcr, Basler Komm., Art. 30, N. 2; Gauch/Schlucp/Schmid, N. 879; Eren, s. 364; v. Tuhr/Peter, § 38, III, 4, s. 326.

10) Özellikle bkz. SchmidUn, Art. 29-30, N. 27; Buchcr, AT, s. 225.

11) Gauch/Schlucp/Schmid, N. 876; Oğuzman/Öz, 4. bası, s. 97, not 220; Akyol, s. 304.

12) Örnek olarak bkz. Schwenzcr, Basler Komm., Art. 30, N. 5.

görüŖe kayıtsız Ŗartsız katılmak imkanını göremiyoruz. Bizce, yerine göre, bir tüzel kiŖi de korkutuJana yakından bağlı kiŖi durumunda olabilir. Örneğin, bir kimseyi istemediği bir sözleşmeyi lı."U.mlaya zorlamak için, onun üyesi (özellikle yönetici üyesi) veya ortağı olduğu, bu sebeple de çok yakından ilgilendiği tüzel kiŖi aleyhine medyada ağır bir karalama kampanyası açtırma tehdidi, pekala BK. m. 30'un aradığı Ŗartı gerçekteŖimliŖ sayılabilir¹³.

1) Bir kimsenin, diğerine "sana yaptığım...sözleşme teklifini JrnbuLetmezsen, intihar ederim" demesi, BK. m. 29-30 anlamında ikrah olarak nitelene-
-1)!! 1!. m! "?"uşk Os 1 !Z~~2~~D~~2~~ kon~~2~~da çok i~~2~~atlı davranma-k gerekir. Bununla beraber, bu tehdidin karşı tarafta panikle karışık manevi bir Ŗok yarattığı urumlarda,-korlcütmgebebiyle iptal nakkınmtanın-ması mümkün oJabilis. Şurasın,ıekleyelim kı,intibar tehdidinde bulunan taraf, diğerinin öme-
-ėin eŖi, oğlu gibi "yakını" olan bir kimse ise, ikrah çok daha kolaylıkla kabul edilebilir.

s Kanunumuz, tehdidin hem "ağır" hem de "derhal vuku bulacak" bir tehlikeye iliŖkin olmasını aramıştır. Ne var ki, ortada BK. m. 30 anlamında karşı tarafın karar verme serbestisini ortadan kaldırııcı güçte bir korkutmanın olup olmadığı araştırılırken, objektif değil, sübjektif bir ölçü kullanılacaktır. Ŗu halde, normal ve makul bir kimsenin ("*a reasonable man*"), mevcut hal ve Ŗartlar altında bu tehditten ne tarzda etkilenmiş sayılacağı araştırılacak değildir. Tam tersine, yaŖı, cinsiyeti, öğretim durumu vs. gibi özellikleriyle, *olaydaki korkutulan*, fiilen bu tehdidi ciddiye almış, bunu kendisinin yahut bir yalanının kişisel varlıklarına veya malına karşı ağır ve hemen gerçekteŖecek bir tehlikenin bildirilmesi olarak algılamış mıdır, buna bakılacaktır. Örneğin, bir sözleşmeyi imzalaması için tabanca ile tehdit edilen kiŖi, bu tabanca boş olsa veya sadece oyuncak bir tabancadan ibaret bulunsa bile, fiilen, dolu ve gerçek bir tabanca ile tehdit edildiği kanaati ile hareket etmişse, kanunun anladığı anlamda ikrah gerçekteŖmiştir. Aynı Ŗartlar altında bulunan nonnal bir insanın, biraz özen göstererek gerçek durumu fark edebilecek olması sonucu deėiŖtirmeyecektir¹⁵. Aynı Ŗekilde, korkutan, tehdit konusu kötölüğü fiilen gerçekteŖtinneyi düşünmemiş olsa bile, tehdit eylemi karşı tarafça ciddi görölmüş ve esaslı bir

13) uy alan" kavramına sadece gerçek kişilerin girdiği yolundaki anlaŖıya sadık kalan diğer bir göriŖe göre, çok defa tüzel kiŖiye yönelik tehdidin tüzel kiŖiyle iliŖkili bulunan sözleşmenin karşı tarafınca bizzat kendisine yapılmış bir tehdit olarak algılanması söz konusu olur (Schwenzer, Basler Komm., Art. 30, N. 5; **Bucher**, AT, s. 225). Ayrıca krs. Eren, s. 365.

14) Bu konuda bkz. ve k:rs. Schmidlin, Art. 29-30, N. 17. **Bucher**, AT, s. 225 ve not 113; **Eren**, s. 365; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 98, not 223; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 879.

15) Özellikle bkz. **Bucher**, AT, s. 226 ve not 120; **Engel**, s. 367; v. **Tuhr/Peter**, § 38, M, 5, s. 326 ve not 42; **Koller**, I, N. 1237; Yarg. HGK., 7.11.1973, E. 971/4-24, K. 845 (**Karabasan**, TBH, GH. cilt 1, 2003, s. 345).

korkunun doğnlasına yol açmışsa, yapılan işlemi ikrah sebebiyle iptal etmek yine münlkündür¹⁶. Diğer taraftan, korkutulanın tehdidin mutlaka gerçekleştirileceği konuswıda kesin bir kanaat sahibi olmasına da gerek yoktur. Onun, tehdidin gerçekleştirilmesini (örneğin kızının kaçınlması) mümkün sayması yeterlidir¹⁷.

3. *Korkutma hukuka ayları olmalıdır*¹⁷³. Korkutmaya esas teşkil eden eylem ("Öldürürüm", "Döverim", "Kaçırırım" vs.) hukuka aykırı ise, bu şart kendiliğinden gerçekleşir. Buna karşı, bir hakkın veya kanuni yetkinin kullanılacağı tehdidi ile sözleşmenin yapılması sağlanmışsa (örneğin, "sözleşmeyi imzalamadığınız takdirde dava açarım", "icra mercilerine başvurup mallarınıza haciz koydururum" vs. gibi), BK. m. 30/II hükmü uyarınca, böyle bir tehdidin hukuka aykırı sayılabilmesi için korkutulanın zor durumundan ("müzayaka halinden") yararlanılarak "fahiş menfaatler" yani aşın çıkarlar sağlanmış olması gerekir¹⁸. Örneğin, bir bonoda ifadesini bulan borcwıu ödeyecek durumda olmayan A, karşı tarafın derhal icra takibi yapıp haciz koydunna tehdidi karşısında, 2 milyonluk borcu için, 6 milyonluk yeni bir senet imzalamak mecburiyetinde bırakılmışsa durum böyledir.

İşlenen bir SJ.İCJ.m P-olise veya s avc ıl!ğ ihpar y c! qut ş!c et edil eği yo-
lu?aki tehditlerde b ir ayn O.II} g?retir¹⁹: 10

- *Yapılması istenen sözleşme ile, işlenmiş suç arasında objektif bir bağlantı varsa*, tehdit hukuka aykırı değildir, meğer ki "fahiş menfaat" sağlanmış olsun (BK. m. 30/II). Örneğin, B, kusurlu davranışı ile kendisini yaralayan veya mallarının hasara uğramasına yol açan A'yı, uğradığı zarar karşılığı hemen beş bin liralık bir borç senedini imzalamazsa polise ihbar etmekle tehdit ettiği vakit, bakılacaktır:

= B'nin u- adı-ı zarar er e e b bin lira civarındaysa, hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmediğinden, A'n.UJ, bu sene e ı a esini baj an J,9rc sözleşm u ikrah se6efilyle iP.!aLetme.s.i...iPümkiio değildir.

16) v. Büren, s. 222.

17) KoUer, I, N. 1233.

17a) Ayrımın "hukuka aykırı korkutma" ile "hukuka uygun korkutma" değil, "bir hakka dayalı tehdit" ile "bir hakka dayanmayan (haksız) tehdit" arasında yapılması gerektiği görüşü için bkz. Schmidlio, Art. 29-30, N. 35 vd.; Schmidlio, CR, Art. 29-30, N. 14 vd.

18) Bu hükümdeki "fahiş menfaatler" deyimini, gabin halinde (BK. m. 21) öngörülen "açık nisbetsizlik" kavramına paralel biçimde anlamak yerinde olur (Schmidlin, Art. 29-30, N. 56. Başka türlü: Koller, I, N. 1256). -Kramer {Art. 21, N. 66), daha da ileri gide rek, BK. m. 30/II'de, gabinin özel bir halinin düzenlendiğini ileri sürmektedir.

19) Koller, I, N. 1251-1252, 1254; Schwenzcr, Basler Komm., Art. 30, N. 9; Engel, s. 366; Kramer, MünchK.omm. § 123, N. 36; Larenz, AT, s. 402-403. Türk Huku.Jomda aynı düşüncede: Akyol, s. 320. -Krş. Bucher, AT, s. 226.

= B, gerçekte bin lira civarında bir zarara uğradığı halde, "Derhal imzala, aksi halde beni yaraladığını veya malıma zarar verdiğini polise bildireceğim" deyip beş bin liralık bir senet imzalatmışsa, A'nın zor durumundan yararlanmak suretiyle aşın çıkar (fahiş menfaat) sağladığı için, tehdidi hukuka aykırıdır.

- *Yapılması istenen sözleşme ile, işlenmiş suç arasında objektif bir bağlantı bulunmuyorsa*, durum değişir. Bu halde, B'nin, uğradığı zararın tazminini sağlamak amacı ile başvurduğu vasıta, konu ile olan ilgisizliği dolayısıyla uygun olmayan bir vasıta ve sırf bu sebepten ötürü (ayrıca BK. m. 30/II gereği "fahiş menfaat elde etme" şartı aranmaksızın), BK. m. 30/1 uyarınca hukuka aylan sayılır. Örneğin, aynı olayda, yaralanan veya malı hasara uğrayan B, A'nın bir süre önce işlemiş olduğu, kendisi tarafından tesadüfen öğrenilen ve olayla herhangi bir bağlantısı bulunmayan, ırza geçme, kaçakçılık gibi başka bir suçunu gündeme getirir ve A'yı bu suçu ihbar etmekle tehdit ederse, durum böyledir.

- 11 4. Nihayet, korkutma ile kurulan sözleşme arasında bir *illiyet bağı* bulunmalı, yani korkutma olmasaydı hiç veya bu şekilde kurulmayacak bir sözleşme, korkutmanın etkisi altında kaldığı için meydana gelmiş olmalıdır.

II. Belli Başlı İkrah (Korkutma) Ayrırımları

J. Asli İkrah-Fer'i (Yan) İkrah

- 12 Tıpkı hilede olduğu gibi, asli korkutmada, bir kimse ikrah olmasa hiç yapmayacak olduğu bir söz le spieyi yapmaya zorlanmıdır. Buna karşı, fer'i -(yan) korkutma halinde, korkutma olmıdır. m. y dına gelen sözleşmenin körlcufulan için dahc! elverişli başka şartlarla ger çekleşmes-ı söz konusu olacak-ıat. -

Her iki korkutma hali de iptal hakkı verir.

2. Karşı Tarafın İkrahı-Üçüncü Kişinin İkrahı

- 13 a. Tehdit eden kişi, tehdit altında gerçekleşen sözleşmenin karşı tarafı ise, yukanda sayılan şartlar gerçekleşmiş olmak kaydı ile, sözleşme korkutulanca iptal edilebilir. ==

B Tehdit eden kişinin mutlaka karşı taraf olması şart değildir. Tehdit, üçüncü bir kişiden de gelebilir²⁰. Üçüncü kişinin korkutmasında, BK. m.

20) Üçüncü kişinin kimliğinin bilinmesi şart değildir. Örneğin, imzasız tehdit mektupları, isim vermeden yapılan tehdit telefonları da buraya girer (**Schwenzer**, Basler Konun., Art. 29, N. 1 J; v. **Tuhr/Peter**, § 38, DI, 7, s. 328).

29, üçüncü kişinin hilesine nazaran farklı bir çözüm kabul etmiştir. Orada, hile sebebiyle sözleşmenin iptal edilebilmesi için, karşı tarafın üçüncü kişinin hilesini bilmesi veya bilebilecek durumda olması şart koşulmuştur. Oysa *ikrah (korkutma) halinde, karşı taraf, üçüncü kişi tarafından yapılan ikrahi bilmese ve bilebilecek durumda olmasa bile, sözleşme yine iptal edilebilir*. Bu çözüm, kanun koyucunun ikrahi, hileye nazaran çok daha ağır bir hukuka aykırılık hali olarak gördüğünü göstermektedir²¹. Yalnız, bu ihtimalde, iptal hakkını kullanan korkutulanın, gerçekte hukuka uygun bir eylem olan iptal beyanı dolayısıyla, iyiniyetli (tehdidi bilmeyen ve bilebilecek durumda olmayan) sözleşmenin karşı tarafına, hakkaniyet gerektiriyorsa fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesine dayalı bir tazminat ödemesi gerekir (kusursuz sorumluluk)²². Korkutulanın, iyiniyetli karşı tarafa ödemek zorunda kaldığı tazminatı, kendisini tehdit eden korkutandan (üçüncü kişiden) talep edebilme hakkı saklıdır²³. Bu tazminat, ilke olarak, olumsuz zararların tazminine ilişkin bir tazminat olacaktır.

Öğretide, (bizce çok tartışma götürür biçimde) yerine göre (özellikle, BK. m. 26/II kıyas yolu ile uygulanarak), üçüncü kişinin ikrahi halinde iyiniyetli karşı taraf lehine ve iptal hakkını kullanmış korkutulan aleyhine olumlu tazminata da hükmedilebileceği ileri sürülüyor²⁴. Ancak, korkutulanın durumu ile yanılanın durumunu kıyaslamak ne dereceye kadar doğrudur? Tehdit altında bir sözleşmeyi imzalayan kimse, ihmali sonucu hata eden kişi için kanunda öngörülmüş ağır sorumluluğa tabi tutulabilir mi?

III. İktisadi Hukukun Ertesi - I. İptal Hakkı

Korkutulan, tıpkı hata ve hile hallerinde olduğu gibi, sözleşmeyi bir tarafa varması gerekli ifa ve an ile ilgili olarakta ifa edilir. BUKonuda, yulcanda, ifa ve liif dolayısıyla yaptığımız açıklamalara yollamak. la yetiniyoruz²⁵. Burada da; iptal falocii iinkül anı ması bir yıllık bir hak düşürlüğü sureye bağlanmıştır. Ne var ki, sü: eiiin-eas, laagieı, hat-a-ve-hHede-otduğı-gibi öğrenme tarihi olmayıp, korkutulanın korkumJJ. 1-eJkisi.. altıdaıLçıkilğı JMIDJjr. (BK. m. 3 ıl, c. 2).Korkunun etkisi altından çıkma, çeşitli biçimlerde gerçekleşebilir. Örneğin, tanınmış kabadayı Ü'nün tehdidi altında A ile bir

21) Koller, I, N. 1228.

22) Eren, s. 368; Bucher, AT, s. 227. Fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi için bkz. Uluşan, Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, İstanbul 1977.

23) Oğuzman/Öz, 4. bası, s. 99.

24) Bkz. Koller, Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, Freiburg Schweiz, 1985, N. 474; Schwenzler, Basler Komm., Art. 29, N. 13; Engel, s. 368. - Koller'e göre, bu sonuç, ancak korkutulanın bir kusurunun bulunduğu hallerde kabul edilebilir (Kş. Koller, I, N. 1271). Schwenzler ise, korkutulan, korkulan üçüncü kişiden tam bir tazminat elde ederse, böyle bir imkanın düşünülebileceğini kaydediyor.

25) Bkz. yukanda § 36, N. 63 vd.; § 37, N. 23 vd.

sözleşme yapan B, Ü'nün işlediği bir suçtan ötürü 20 yıla mahkum edilip özgürlüğünden fiilen yoksun bırakıldığı gün, korkunun etkisi altından çıkmış sayılabilir. Bunun gibi, suç ihbarı tehdidinin fiilen yerine getirilmesi halinde, korkutulan durumu öğrenmişse, olan olmuş (suç ihbarı ilgili makamlara ulaşmış) ve artık korkmaya mahal kalmamıştır²⁶.

Tıpkı hile'de olduğu gibi, BK. m. 25/11 hükmü, kıyas yolu ile burada da uygulanamaz. Bu konuda hile dolayısıyla yaptığımız açıklamalara yollama yapmakla yetiniyoruz²⁷.

Korkutma'nın *def'i* yolu ile öne sürülmesi için, hile bahsinde yaptığımız açıklamalar geçerlidir²⁸.

2. Tazminat İsteme Hakkı

- 16 İkrah (korkutma) bir haksız fiildir. Korkutan karşı taraf ise, ona karşı açılacak tazminat davası haksız fiil hükümlerine (BK. m. 41 vd.) dayanabileceği gibi, *culpa in contrahendo* ilkesine de dayanabilir. Hile hali için yaptığınız açıklamalar burada da geçerlidir. Buna karşı, üçüncü kişiye karşı açılacak tazminat davasında uygulanacak hükümler haksız fiil hükümleridir.

Sözleşmeye icazet verilmesine rağmen tazminat istenebilmesi, hile halinde belirtilen esaslar çerçevesinde mümkündür²⁹.

§ 39. Gabin

I. Kavram

- 1 Aşağıda göreceğimiz gibi, hukukumuzda b.tlj.tlLsını:lan..aşınamak kaydı ite, sozie me inbestisi esastır. Ne var ki, taraflardan biriD;i n zt!'.ıf olduğu 1 tımallerde, daha güçlü olanın za ıfı• stismar tm,e_S.i_s.QD.YfU=karşılıklı edimle r arasında açık nispetsizlik bulunan sözleşmeler meydana gelebilir. Omeğin: ıger tara ın tecrübesizliğfnde.n y.ararlanar ak:=iiiiion bin lira eden malıaort1Jintira lfarşılığı satın alınmışsa durum bşyledi r..:İ. te J3K. m. 2 I 'de düieiTienengabın(uygulamada çöl<.sılc-kÜllanılan bir deyimle "aşın yararları1tna7--;bugilir9urumlarda sömürülene bir i tal hakkı tanıyarak onu korumaktadır.

26) Kramer, MünchKomm. § 124, N. 2.

27) Bkz. yukarıda § 37, N. 31.

28) Bkz. yukarıda § 37, N. 33.

29) Bkz. yukarıda § 37, N. 38.

il. Hukuki Niteliği

Bu konuda iki görüş çarpışmaktadır.

2

- Bir görüşe göre, gabin, tıpkı hata, hile, ikrah gibi bir irade bozukluğu oluşturur¹.

- Bizin de katıldığımız ve öyle sanıyoruz ki, çoğunluğun görüşü diye niteleyebileceğiniz görüşe göre ise, Borçlar Kanunundaki yerinin de gösterdiği gibi (gabin, sözleşme serbestisi ve sınırlarını düzenleyen BK. m. 19-20'den hemen sonra düzenlenmiştir) bu kavram, sözleşme serbestisine getirilen bir sınırlamadan ibarettir². Bununla birlikte, iki sebepten ötürü, gabin ile (dar anlamda) irade bozuklukları arasında yakın ve sıkı bir ilişki vardır ve öğretiler belirtildiği gibi, gabin bu iki farklı alanın birleştiği dikiş yerini oluşturur³:

= Birinci sebep, gabinde, sadece tarafların karşılıklı edimleri arasındaki nispetsizlikle yetinilmemesi, bunun yanında, bu nispetsizliğin karşı tarafın zayıf durumundan (kanuna göre, müzayakasından, hafifliğinden veya tecrübesizliğinden) yararlanarak gerçekleştirilmiş olmasının aranmasıdır. Böylece, çok defa, gabinle birlikte irade bozukluklarının şartları da gerçekleşir, yani sömürülen hem gabne hem de yerine göre temel hatası, hile veya ikrah hükümlerine dayanmak imkanını elde eder⁴.

1) v. **Büren**, s. 226; **Birsén**, Borçlar Hukuku Dersleri, Borçların Genel Hükümleri, 4. bası, İstanbul 1967, s. 78; **Serozan**, Einschränkung der Vertragsfreiheit durch soziale Schutzgedanken, Juristische Blätter 105 (1983), Heft 21/22, s. 564; **Zufferey-Werro**, Le contrat contraire aux bonnes moeurs, Fribourg Suisse, 1988, s. 134. İsviçre Federal Mahkemesi de, eski bir kararında, bu anlama gelen bir ibareye yer vermiştir (BGE 84.II.113, JdT 1958.I.535).

2) Örnek olarak bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Tendances actuelles concernant la lésion dans les contrats, in: Tendances Actuelles du Droit Turc et du Droit Français, Actes de la Première Semaine juridique Franco-Turque, 9-12 Mai 1983, İstanbul-Paris 1988, s. 70; **Ossipow**, De la lésion, Lausanne/Paris 1940, s. 288; v. **Tuhr/Peter**, § 40, I, s. 343; **Feyzioğlu**, I, s. 249; **Saymen/Elbir**, s. 232; **Kılıçoğlu**, 7. bası, s. 150. Gabnin "sözleşme adaletini" sağlama endişesiyle kabul edilmiş bir kurum olduğunu belirten **Kalkan** da (Türk Hukukunda Gabin, İstanbul 2004, s. 51) bu eğilimdeki yazarlar arasında gösterilebilir. Ayrıca bkz. **Ç. M. Aslan**, Gabinin Unsurları ve Hukuki Sonuçları, Ankara 2000, s. 42 vd., 59.

3) **Kramer**, Art. 21, N. 5.

4) Bizce, bazı yazarların (**Gauch/Schluep/Schmid**, N. 730, 736; **Kramer**, Art. 21, N. 46; **Huguenin**, Basler Komün., Art. 21, N. I; karşı. **Kurşat**, Borçlar Hukukları Alanında Hile Kavramı, İstanbul 2003, s. 150, 151) yaptığı gibi, gabinde, her zaman sözleşme serbestisinin kötüye kullanılmasının önlenmesi yanında, bir de irade bozukluğunun bulunduğunu, zira, sömürülenin iradesinin bu iradenin oluşumu aşamasında sakatlandığını söylemek yerinde değildir. Bir defa, (beyan hatasından bir şekilde söz açılmayacağına göre) sömürülenin bir saik hatasına düşmüş sayılması, ancak "tecrübesizlik" ve "hiffet" hallerinde söz konusu olabilir. Yoksa, "müzayaka" halinde, içinde bulunduğu zor durum sebebiyle bile bile aleyhindeki sözleşmeyi yapmak mecburiyetini hisseden sömürülen, ilke olarak,

= İkinci sebep, gabinli sözleşme için öngörülen yaptırımın, BK. m. 20'de, sözleşme serbestisinin sınırlarının aşılması halinde öngörülen kesin hükümsüzlük (butlan) yaptırımından farklı olmasında kendini gösterir. Zira, kamın burada kesin hükümsüzlüğe yer vermemiş ve tıpkı hata, hile, ikrah hallerinde olduğu gibi, sömürülene bir iptal hakkı tanımakla yetinmiştir.

Böylece, gabne ilişkin BK. m. 21 h:il.k.münio oeden...dolayı,-Sözleşme serbestisi ve sınırlarına ilişkin BK. m. 19-20'den hemen sonra ve (ön sözleşme) resnemyaüzeri11BX. m. 22 bir yana 1:ırakıJμ-s(?) irade bozukluklarına ilişkin-Blc m.-23-31'den hemen önce yer aldığı da açıklığa kavuşmakta ve bizi, gabi! \ -ırtımunu hata, hile ve ikrah ile birlikte incelememiz kolayca anlaşılabilir hale gelmektedir.

- 3 Gabne ilişkin BK. m. 21 hükmünün temelinde, ahlaki kaygılara dayalı olarak, somut olaydaki zayıf kişinin (kişisel veya bireysel zayıflık), onun bu durumunu istismar eden güçlü karşı tarafa karşı korunması yatmaktadır. Her ne kadar, Alman Hukukunda BGB § 138/II'de olduğu gibi, gabinli sözleşme ahlaka aykırı sözleşmelerle bir tutulup kesin hükümsüzlük (butlan) yaptırımına bağlanmamışsa da, BK. m. 21 hükmü, sözleşmenin karşı tarafının zaafından yararlanıp aşın çıkarlar elde etmeyi sözleşmenin kurulma biçimi açısından dürüstlük kuralına ve buna bağlı olarak ahlaka aykırı sayan bir anlayışın ürünüdür⁴⁸. Buna karşı, öğretide rastlanan (bizim katılmadığımız) diğer bir anlayış, burada sadece zayıf durumdaki karşı tarafın değil, *bir kamu olarak sözleşme serbestisinin* de kötüye kullanmalara karşı himaye edildiğini kabul etmekte, bunun ise bir kamu düzenine aykırılık

herhangi bir hataya düşmüş olmadığı gibi, aldatılmış da değildir. Bu durumdaki kişinin, BK. m. 29-30 anlamında korkutulmuş olduğu da bütün ihtimallerde ileri sürülemez. Vadesi gelen borcunu ödemek için değerli bir malını saunaya çalışan, fakat alıcı bulamadığı için, bunu onun bu durumundan yararlanarak düşük fiyat teklif eden birisine satmak zorunda kalan kimsenin tehdit edildiğinden söz açmak imkanı yoktur. Görülüyor ki, bu örnekte, hata, hile veya ikrah şeklinde herhangi bir irade bozukluğu mevcut olmayıp, sadece gabin vardır. Şu halde, gabinle birlikte bir irade bozukluğunun gerçekleşmesi her zaman değil, olayların büyük çoğunluğunda karşımıza çıkar. (Buradaki gibi: **Kalkan**, not 2'de age, s. 132-133. Bu konuda ayrıca bkz. **Bucher**, AT, s. 233; **Eren**, s. 377).

- 4a) Bu anlayış bir Yargıtay kararında "Aslında gabin, akdın ahlaka aykırı olarak yapılması hallerinden birini oluşturur" şeklinde ifade edilmiştir (Yarg. HGK., 24.1.1973, E. 971/1-376, K. 24, Karabasan, TBH, GH, cilt 1, 2003, s. 297). Bunun gibi, bir başka Yargıtay kararında "ticari ahlak kurallarına aykırı düşen iahiş (aşın) bir nispetsizlik"ten söz edildiği görülmektedir (HGK. 6.1.1. 1974, E. 973/1-956, K. 1146, **Karabasan**, age, s. 300). Yine Yüksek Mahkeme'ye göre "Bu gibi hallerde alış veriş terazisinin bir kefesi havada, öteki yerdedir. Sözleşme serbestliğine rağmen, kanun ve ahlakın hoş karşılamadığı, taraflardan birinin ötekini sömürdüğü bu gibi olağan dışı alış verişlerdir" (Yarg. I. HD., 22.11.1974, E. 10284, K. 8745, Uygur, cilt 1, s. 1044). Ayrıca bkz. **Schwarz**, s. 350, 352; Fczyioğlu, s. 259; Zufferey-Werro, not I'de age, N. 675.

oluşturduğu sonucuna vamlaktadır⁴¹. Sözleşmenin kurulma biçimindeki ahlaka aykınlığın neden dolayı Alman Hukukunda olduğu gibi konusu ahlaka aykırı sözleşmelerle (BK. m. 20/1) bir tutulmadığı ve butlan yaptırımını ile karşılanmadığı her zaman tartışmaya açık bir konudur⁴². Meseleye "kamu düzenine aykırılık" açısından bakıldığı vakit durum daha büyük bir ciddiyet kazanmaktadır. Aşağıda göreceğimiz gibi⁴³, (tam bir tanımını yapmak çok güç olsa bile) kamu düzenine aykırılık, toplumun temel yapısının ve temel çıkarlarının korunması için öngörülmüş ilkelerin çiğnenmesi anlamını taşır. Görülüyor ki, bu görüş çerçevesinde, mesele somut olayda zayıf bir kişinin ahlaka aykırı biçimde istismar edilmiş olmasını aşmakta ve toplwnu ayakta tutan temel çıkarların korunması meselesi haline gelmektedir. Oysa gabin için Borçlar Kanunumuzda öngörülmüş bulunan, sözleşmenin kurulmasınclanitibaren-gececek-bir yıllık hak düşürücü-süre içinde iptal @itebilir olma yaptırımını ile kamu düzenine aykırılık görüşünü bağdaştırmakmünlrn değildir. Bir yıllık süre iptal hakkı kullanılmaksızın geçtikten sônra, kamu yararına ters düşecek biçimde, toplumun temel çıkarlarının çiğnenmesine izin verilmesi düşünölemeyeceğine göre, öngörülen yaptırım, BK. m. 21 hükmünün temelinde kamu düzenini koruma düşüncesinin yatmadığını; kanun koyucunun -Sadece zayıf kişilerin ahlaka aykırı biçimde sömürülmesini engellemeyi amaçladığılllgöstermektedir⁴⁴. Bir başka anla-

4b) **Kramer**, Art. 19-20, N. 1 61; **Belser**, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, Freiburg Schweiz 2000, s. 530. -Hareket noktası olarak sözleşme serbestisinin kötüye kullanılmasını, yani MK. m. 2ffü hükmünü esas alan bu görüşün (günümüzde MK. m. 2m hükmü sadece hakların değil, hukuki kurumların kötüye kullanılması hallerinde de uygulama alanı buluyor), bu hükmü bir sıçrama tahtası olarak kullanmak suretiyle BK. m. 19-20 çerçevesinde kamu düzenine aykırılık kavramına ulaşmasının MK. m. 2ffü hükmünün tali (ikincil) karakteriyle bağdaşmadığı ve hiçbir şekilde kabul edilemeyecek yanlış bir yöntem oluşturduğu hakkında bkz. yukarıda § 23, N. 42. Kurumsal kötüye kullanma için ayrıca bkz. § 41, not 14.

4c) Öğretide rastlanan bir düşünceye göre, burada butlan (kesin hükümsüzlük) yaptırımının kabul edilmemiş olmasının temelinde, gabindeki ahlaka (hatta bu görüşe göre aynı zamanda hukuka) aykırılık ile BK. m. 19-20'de sözü edilen ahlaka ve hukuka aykırılık arasında bir derece farkının bulunmasıdır (**Özkaya**, Gabin Davaları, Ankara 2000, s. 17). Ne var ki, bu derece farkının nereden kaynaklandığı hususunda bir açıklama yapılmamıştır.

4d) Bkz. aşağıda § 42, N. 32.

4e) Yargıtay'a göre "Günümüzün sosyal anlayışı toplumda güçsüz olanın güçlüye karşı belirli ölçüler içinde korunması doğrultusundadır. BK.nun 21. maddesinde yer alan "gabin" müessesesi de yukarıda belirtilen anlayışla sıkı uyum halindedir" (Yarg. 1. HD., 30.J. 1 979, E. 13268, **K.** 999, **Uygur**, cilt 1, s. 1048). Yine Yargıtay bir başka kararında "Gabin dün olduğu gibi bugün de sözleşmelerin güçsüz veya korunmaya muhtaç olan taraflarını korumak imkanını veren, sosyal amaçlı bir hukuk müessesesidir" demektedir (**Uygur**, cilt 1, s. 1049). Gabnin günümüzün sosyal anlayışına uygun, sosyal amaçlı bir hukuk kurumu olduğunu kabul eden bu kararlardan hareket ederek, "kamu düzenine aykırılık" görüşünü desteklemek mümkün gözükmemektedir. Bunlarla kastedilen, somut

tımla, BK. m. 21 ile doğrudan doğruya takip edilen amaç, somut olayda, sözleşme özgürlüğünden ahlaka aykırı biçimde yararlanmak suretiyle zayıf durumdaki karşı tarafın sömürülmesini önlemektir. Bu çözümün sözleşme özgürlüğü kurumuna da yararlı olması olsa olsa dolaylı biçimde gerçekleşir.

Kamu düzenine aykırılık görüşü çerçevesinde, daha da ileri gidilerek, gabin hükmüyle sadece kişi (birey) olarak zayıf olan kişilerin değil, yapısal (*strukturell, stnicture/*) olarak, bir başka anlatımla sosyo ekonomik konumların açısından zayıf durumda bulunan kişilerin de koruma altına alındığı, örneğin sosyo ekonomik açıdan sözleşmenin karşı tarafına nazaran çok daha güçsüz konumdaki tüketicilerin, kiracıların, işçilerin de (birey olarak değil, toplumsal konumları açısından) BK. m. 21'in himayesi altında olduğu ileri sürülmüştür ki⁴, bu hiç kabul edilemez. Tüketiciler, kiracılar, işçilerin hukuk düzenince ayrıca korunmaya muhtaç oldukları açık bir gerçektir. Ne var ki, bu korumayı, sadece bireysel zaafı göz önünde tutan gabin kurumu değil, 'Tüketicilerin Korunması Hakkında Kanun', 'Gayrimenkul Kiralan Hakkında Kanun', 'İş Kanunu' gibi özel kanunlar sağlar. Hiç kuşkusuz, bir tüketici, kiracı veya işçi, "kişisel (bireysel)" zaafı (örneğin hafifliği, tecrübesizliği, sıkıntılı durumu) istismar edilerek bir sözleşme yapmışsa, onun, "tüketici" veya "kiracı" yahut "işçi" sıfatıyla değil, sadece "kişi" olarak BK. m. 21'in sağladığı himayeden ayrıca istifade etmek hakkı saklıdır.

111. Şartları

- 4 BK. m. 21 anlamında gabinden bahsedebilmek için üç şartın gerçekleşmesi gerekir⁵:

olayda zayıfı güçlüye karşı koruyan gabin kurumunun fiilen ve dolaylı olarak sosyal adalet ilkesinin gerçekleşmesine yardımcı olduğunu vurgulamaktan ibarettir.

- 41) **Belser**, not 4b'de agc, s. 578 vd. Bu anlayışa göre, sosyo ekonomik açıdan zayıf olan kişinin, teklif edilen sözleşmeyi reddedip ihtiyacını başka yoldan karşılayabilecek durumda olmadığı, yani objektif bir değerlendirilme çerçevesinde, aleyhine olan sözleşmeyi yapmak dışında başvurması kendisinden beklenebilecek bir alternatifinin bulunmadığı ihtimallerde BK. m. 21 uygulanabilecektir. Bunun sonucu olarak, herkesin evini aşırı biçimde yüksek kira talep ederek kiraladığı veya piyasada tüm satıcıların mallarını son derece pahalı fiyatlarla sattıkları bir ortamda, kiracı veya alıcı (kendisine piyasadaki çok yüksek fiyat üzerinden kiralanan veya satılan mal için) yapısal olarak zor durumda (müzayaka halinde) bulunduğunu ileri sürerek gabin hükmüne (BK. m. 21) dayanmak imkanını elde edecektir (Ayrıca bkz. aşağıda N. 12). Şu noktayı ekleyelim ki, gabin kurumunun temelinde "kamu düzenini koruma" düşüncesinin yattığını kabul edenler de dahil olmak üzere (**Kramer**, Art. 21, N. 39), hiikini görüş BK. m. 21'de öngörülen "zayıf durumun", yapısal değil kişisel bir zaaf olduğu hususunda görüş birliği içindedir (Buguenin, Basler Komm., Art. 21, N. 11; Bucher, AT, s. 233, not 20, 21; Schmidlin, CR, Art. 21, N. 25).
- 5) İsviçre -Türk Hukukunda bakim olan görüşten ayrılarak farklı düşüncede: **Kalkan**, not 2'de agc, s. 52-53, 128 vd.

- Birinci şart, karşılıklı edimler arasında açık bir nispetsizliğin bulunmasıdır. Buna göre şun-r-i elenir"
- ikinci şart, sömürülenin zayıf durumda olmasıdır. BK. m. 2 I, bu konuda, üç un.un an söz açmaktadır: Hiffet (hafiflik veya düşüncesizlik), tecrübesizlik ve müzayaka (zor durum). Bu şart, "sömürülen açısından subjektif şart" olarak adlandırılabilir.
- Üçüncü şart, sömürenin, ivazlar arasındaki açık dengesizliği karşı tarafın, zayıf urumu tla11BrWelryarartaffi:tfaR surefiy e gerçel<leştirirfüş bUlunrnasıdır ki, buna "sömüren açısından subjektif şart" denebilir.

Bir sözleşmenin *temsilci* aracılığıyla yapılması halinde gabin dolayısıyla iptalin mümkün olup olmadığını aşağıda temsil bahsinde inceliyoruz⁶.

1. Karşılıklı Edimler Arasında Açık Nispetsizlik

Gabnin objektif şartının gerçekleşmiş sayılması için, BK. m. 21'e göre, ivazlar arasında (bütün yan edimleri de dik.kate alarak yapılacak bir değerlendinne sonucunda) "açık bir nispetsizlik" bulunmalıdır. Görüldüğü gibi, kamın belirli bir oran öngörmemiş ve hakimın takdirine geniş ölçüde imkan tanıyan bir formülü üstün tutmuştur.

Fransız Hukukunda dw1.im farklıdır. Bir defa, bu hukuk çevresinde, gabin, BK. m. 21'de olduğu gibi şartları varsa bütün sözleşmelerde uygulama alanı bulabilecek genel bir hükümle düzenlenmiş olmayıp, sadece münferit bazı gabin halleri öngörülmüştür. Bunlardan en önemlilerinden biri olan Fransız MK. nun 1674. maddesine göre, taşınmaz satışlarında, 7/12 oranı üstünde sömürülen (yani taşınmazın değerinin 5/12 sinden azını elde eden) satıcı, gabin sebebiyle sözleşmenin iptalini isteyebilir⁷.

Açık nispetsizlik denince, bundan, gerhal her.kec::in .götiine çağ.an bir nispetsizliği anlamak ge:ekir⁸. Yargıtay kararlarında, herhalde UX lamada ..birlik: ve kolaylık sağlamak amacıyla, kanunda yeri ve dayanağı olmadığı batde--ba2rerarlarrespif e'dıldığı görülmektedir. YuR'sek Mahkeme:UXonce 1969 yılında verdiği 61ıkarar0a, nispetsizliğin en az %50 oranında olmasını aramışken, 1976 yılında verdiği bir başka kararda görüşünü şöyle geliştirmiştir: Nispetsizlik % 50 oranında ise, BK. m. 21'in aradığı açık nispetsizlik herhalde gerçekleşmiş sayılacaktır. Buna karşı, nispetsizlik oranı % 25

6) Bkz. aşağıdaş 45, N. 7.

7) **Terre/Simler/Lequette**, Droit civil, les obligations, 5. ed., Paris 1993, s. 230, N. 295.

8) Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 6.1 1.1974 tarih ve E. 973/1-956, K. 1146 sayılı kararı-na göre "Kanunumuzda belli bir miktar üzerinden nisbet gösterilmemiş olmakla beraber, karşılıklı ivazlar arasında aşın farkın tayinindeki ölçü, sahlan mal için ödenen paranın nonnal olarak herkes tarafından kabul ve takdir edilen değerin (piyasa değerinin) çok altında olması ve açıkça göze çaracak bir farklılık göstennesi, toplumdaki ekonomik değer ölçülerini aşan ve ticari ahlak kurallarına aykırı düşen fahiş (aşın) bir nisbetsizliğin mevcudiyeti halidir" (**Karabasan**, S. H., Sözleşmeler, s. 257).

veya daha aşağı ise gabin kabul edilmeyecektir⁹. S..u bal<le.-uisp.e.t.s ??a-
nının % 25 ile % 50 arasında olduğu durumlarda hakimın takdir yetkisini
kullanması gerekecektir: - - -

- 8 Alman öğretisi ve Alman Federal Mahkemesi kararlarında, ilke olarak, karşılıklı edimler arasında %100 oranında bir nispetsizlik aranmakta ve ancak bundan sonra (Yargıtayın görüşünden farklı olarak meseleyi kesin olarak halledilmiş saymayıp) bu nispetsizliğin değerlendirilmesine geçilmek.-tedir¹⁰. Şurasını önemle ekleyelim ki, burada sözü edilen %100 oranındaki nispetsizlik ile Yargıtay kararlarında ifadesini bulan %50 oranındaki nispetsizlik, ilk bakışta sanılacak olanın aksine, aynı şeydir. Piyasa değeri 100 olan bir malın 50'ye satıldığı durumlarda (Yargıtayın yaptığı gibi) piyasa fiyatı olan 100 rakamından hareket ederseniz, nispetsizlik %50'dir. Aynı olayda, satış sözleşmesinde yer alan 50 rakamından hareket edilince, piyasa değerini ifade eden 100 bunun iki misli olduğundan, nispetsizlik oranı ister istemez %100 olarak ifade edilecektir.
- 9 Söz konusu nispetsizliğin *sözleşmenin kurulduğu anda* mevcut olması şarttır. Sözleşme kurulduktan sonra böyle bir nispetsizlik ortaya çıkmışsa, BK. m. 21 uygulanamaz. Bu gibi durumlarda, başta işlem temelının çökmesi (*emprevizyon, clausula rebus sic stantibus*) olmak üzere, başka kurumlara başvurma imkanının bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır¹¹.
- 10 Gabin, "bir akitte *ivazlar arasında* açık bir 11ispetsizlik bulunduğu takdirde bağışlama başlayanBK. m. 21'de açıkça aj edildiği üzere, ancak iki tarafına karşılıklı olarak borçlaftına girdi şisözle şme Jerde uygulama alanı oİThrbtm-btrkunrmlİUf¹.ı:Tsviçre' e (bizim katılmak imkanını göremediğimiz) yeni bir akım ise, bağışlama vaadi sözleşmesi gibi sadece bir tarafa borç yükleyen sözleşmelerde bile gabin bükörnJ rinjn u gulanabileceğini ileri sürüyor¹³.

- 9) Yarg. 1. HD., 4.3.1969, E. 391, K. 1133 (**Olgaç**, Hukuk davalanında gabin, hata, hile, ikrah, Ankara 1975, s. 23; **Karabasan**, S. H. Sözleşmeler, s. 639); 1. HD., 27.12.1976, E. 1976/10791, K. 1976/12751 (YKD 1977/5, s. 620; **Karabasan**, S. H., Sözleşmeler, s. 257-258). Anılan son karara göre "Dairenin sürekli uygulamalarına göre, ivazlar arasındaki 50/100 oranındaki bir fark açık nisbetsizliktir, bu kesindir... Dairenin uygulamalarında ivazlar arasında %25 oranındaki bir farkın açık nisbetsizlik sayılmadığı dahi kuşkusuzdur. Hal böyle olunca, olağan koşullar altında açık nisbetsizlilcten söz edilebilmesi için ivazlar arasında en az %25'ten fazla bir fark olması zorunluğu vardır."
- 10) NJW 1992, s. 899; **Larcen/Wolf**, 9.A., § 41, N. 58; **Mayer/Maly**, MünchK.omm. § 138, N. 119.
- 11) **Thilo**, Note sur la lesion, JdT 1946.I. s. 355; **Engel**, s. 302; **Bucher**, AT, s. 231, not 13.
- 12) Buradaki gibi: **Kramer**, Art. 21, N. 11; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 458. Alman Hukukunda da bu çözüm kabul edilmektedir (**Mayer-Maly**, MünchKomm. § 138, N. I 17). Şu var ki, BK. m. 21 hükmünün, şirket, mirasın paylaştırılması (taksimi), sulh sözleşmeleri gibi diğer bazı sözleşmelere de, hiç değilse kıyas yolu ile uygulanması mümkündür (**Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 735; **Engel**, s. 301).
- 13) Bu düşüncede: **Knoepfel-Kunz**, Willensbildung, Beeinflussung und Vertrags-schluss, Bcm und Stuttgart 1989, s. 326; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 735; **Koller**, I, 2.A., § 14, N. 254; **Huguenin**, Basler Komm., Art. 21, N. 3. Anılan yazarlardan **Knoepfel-Kunz**,

"Tehlikeli (= muhataralı = riskli veya rizikolu) sözleşmelerde"¹⁴ gabin ileri sürülcbi- 11
 lir mi? Bu tip sözleşmelerin özelliği, tırnflardnn hiç değilse birinin ediminin varlığının
 veya kapsamının. ilerde ne şekilde gerçekteşeeği bilinmeyen belirsiz bir olaya bağ-
 lnmnış olmasıdır¹⁵. Bunun en güzel örneklerinden birisini kaydı hayat ile irat sözleşme-
 si (BK. m. 507) oluşturur. A'nın bir taşınmazını, yaşadığı sürece kendisine bir irat
 ödenmesi kaydı ile B'ye devrettiği durumlarda, B'nin irat ödeme borcu bir risk altındadır.
 Zira, A'nın ne vakit öleeği ve dolayısıyla irat ödeme borcunun ortadan kalkacağı
 belli değildir. A, hemen ölüşse, işlem B için son derece avantajlı olacaktır. Tam tersine,
 A, beklenmedik derecede uzun süre yaşarsa, ödenecek iratların B'ye devredilen taşın-
 mazın değerini çok aşması tehlikesi vardır. Bu tip sözleşmelerde (bazı istisnalar tanıya-
 rak da olsa), gabni reddetmek Fransız Hukukunda bakım olan eğilimdir¹⁶. İsviçre-Türk
 HuJ...'Uk.tannda ise, genellikle böyle kesin bir ılke kabul edilmiyor ve hiç değilse, ihtima-
 liyet (olasılık) hesaplarına dayanarak, önceden edimler arasında bir nispetizlik olup
 olmadığı tespit edilebildiği vakit, BK. m. 21 hükmünün uygulanabilmesine izin verili-
 yor¹⁷.

Bir malı (örneğin otomobil yedek parçalarını) rekabet düzeni iyi çalış- 12
mayan bir piyasada-ı-ı-lrerkcs çok yüks-ekil7aılarla satıyorsa, gabin ileri sürü-
refiltirrrri?-öğretiaeJ:u so? -?lumlu biçimde cevaplandırın bir g örüşe
rastlanmakla beraber¹⁸, hakim görüş, yerinde olarak bunu reddetmektedir.
?-?-? , g?bin kurumunun p?y?fiy!ltan !lı aşağı y a çekrn?k, bir ?
deY-imJe, Olı:a?ada r?kabet ilolitikası aracı olarak hizmet görüe bir fiv?

bir sözleşmenin iki tarafa değil de, sadece bir tarafa borç yükler biçimde yapılmış olma-
 sının dahi bir nispetizlik olarak görülebileceğini söyleyecek kadar ileri gidiyor. Ga-
 uch/Schluep/Schrnid'in düşüncesine göre ise, karşı tarafa nispetiz ölçüde düşük bir
 ivaz dahi vermeyen (bir başka deyimle, hiçbir şey vermeyen) sömüren, BK. m. 21 'in
 yapbmından kurtulamamalıdır. Bu düşünceler şu bakımdan yerinde değildir ki, bağış-
 lama sebebiyle (*causa donandi*) yapılan bu gibi işlemler, *uitelikleri gereği*, karşı tarafa
 ivazsız bir kazandırma yapmak amacı ile meydana gelmiştir. Sözleşmenin niteliğinde
 mevcut "karşılıksız olına" unsurunu, şimdi bir kabahat gibi görüp "nispetizlik var" id-
 diası ile ortaya çıkmak kabul edilemez. Koller'in verdiği örnekte olduğu üzere, genç ve
 çekici bir kadın, hayatının üçüncü ilkbaharını yaşayan yaşlı bir adamı etkisi altına alıp
 büyük malvarhđı değerlerinin kendisine bağışlanmasını sağlamışsa, problemi gabin de-
 ğil, "temyiz (ayır etme) gücü" ve ..irade bozuklukları", özellikle "hile" açısından ele
 almak gerekir.

14) Contrats aleatoires, aleatorische Verträge

15) Carbonnier, Droit civil, tome 4, Les Obligations, Paris 1992, s. 45; Engel, Contrats, s.
 617; Feyzioğlu, s. 370.

16) Bu konuda özellikle bkz. Terre/Simler/Lequette, not 7'de age, s. 57, N. 65; s. 236-237,
 N. 302. Türk Hukukunda aynı eğilimde: Feyzioğlu, I, s. 251.

17) Özellikle bkz. Kramcr, Art. 21, N. 12.

18) Bu düşüncede: Stark, Die Übervorteilung (Art. 21 OR) im Lichte der bundesge-
 richtlichen Rechtssprechung, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtssp-
 rechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Festgabe der Schweizerischen Rechtsfa-
 kultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975, s. 389 vd.; Belser, not
 4b'de age, s. 581.

kontrol mekanizması oluşturmak fonksiyonu yoktu¹⁹. Piyasada berkesin sattığı pahalı fiyatttan malı alan alıcı, BK. m. 21'e dayanamaz. Onun, gabin hükmünden yararlanabilmesi için, mal kendisine piyasa fiyatının üstünde ve bu fiyata nazaran açık nispetsizlik oluşturacak tarzda satılmış olmalıdu. Şu var ki, herkesin pahalı sattığı bir piyasada, bir kimseye piyasa fiyatının da üstünde bir fiyatla yapılan satışta, hakim açık nispetsizliği takdir ederken, sömürülen lehine daha yumuşak ve hoşgörülü bir tutum benimsemesi yeniden olur.

- 13 Yargıtay kararlarına göre, hakim önce ivazlar arasında açık nispetsizlik olup olmadığını incelemesi, ancak bu incelemeden olumlu sonuç alınmışsa, gabinin sübjektif şartlarının olayda gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırması gerekir¹. Uygulamada kolaylık ve çabukluk sağlamaya yönelik olduğu anlaşılan bu görüşün hukuki bir dayanağı mevcut değildir.

2. Sömürülenin Zayıf Durumu

BK. m. 21, bu konuda, üç hale işaret etmektedir:

a. Hiffet (Hafiflik)

- 14 '---41 hiffet', oir kimsenin, yaptığı işlemin muhtemel sonuçlarını gereği gibi dikkate almadan, COK ra a ve i:1 uncesızce-hareket etmesi anlamını taşır. Boyle burlôm-se-2 a-y-irt-enne gücünden (temyiz kudretinden) yoksun olmadığı gibi, "hiffutirf" mut aka bir kar ter ve seci e zaafioiçünifüie karşımla çirması aranmaz. \$ıthalde, sırf o olayda (in concreto), hüyük bir umursamazlık ve düşüncesizlikle hareket edilmiş olması yeterlidir²². Federal Mahkemenin hiffeti kabul ettiği bir olayda, evlenme ümidi ile kendisinden genç bir kadının ağına düşen ve tutkusunun esiri olan yaşlı bir erkek, taşınmazın değeri hakkında noterin yaptığı ikazı dahi elinin tersiyle iterek, onunla gabinli bir sözleşme yapmış bulunuyordu²³.

b. Tecrübesizlik {Deneyimsiz}

- 15 Bura a, özel 1 le somü-rülenin genç yaşta bulunması ve yeterli bilgiye sahip olmaması dolayısıyla, *genel hayat tecrübesinin eksikliği* söz konusu olabileceği gibi; *sadece belirli, somut bir işleme ilişkin bilgi eksikliğine*

19) **Bucher**, AT, s. 233, not 21; s. 235-236; **Huguenin**, Basler Komm., Art. 21, N. 11; **Kramer**, Art. 21, N. 39.

20) Huguenin, Basler Komm., Art. 21, N. 7; Kramer, Art. 21, N. 23.

21) Örnek olarak bkz. Yarg. HGK, 21.10.1981, E. 1980/2-2156, K. 682 (İKİD. 1982/254, s. 858); 1 .HD., 28.2.1974, E. 1924, K. 1255 (**Karabasan**, S. H. Sözleşmeler, s. 636).

22) Kramer, Art 21, N. 44; Elbir, Gabinin unsurları, İBD 1951'den ayn bası, s. 13-14; BGE 61.TI.36.

23) Bkz. not 22.

dayalı tecrübesizlik de söz konusu olabilir. İsviçre Federal Mahkemesi, 21.6.1966 tarihli bir ilke kararında, çağdaş gelişmenin teknik problemleri günlük hayatta dahi daha değişik ve karmaşık hale getirdiğini ve kişileri, gittikçe daha geniş ölçüde, kendilerine arz edilen hizmetlerin tam değerini anlayamadan uzmanlara güvenmek zonmda bıraktığını dikkate almış ve genel anlamda tecrübeli sayılabilecek kişilerin dahi, somut olayda, o iş bakımından tecrübesiz addedilmesinin pekala mümkün olduğunu belirtmiştir²⁴. Bu ilke, öğretide de benimsenmiştir²⁵.

❖ Müzayaka (Zor Durum, Sıkıntı Durum)

--- Müzayaka bir kimsenin sıkıntılı bir durumda bulunmasını ifade eder. 16

Bunun, sömürülenin kendi kusurlu davranışı sonucu meydana gelmiş olmasının önemi yoktur. Objektif olarak bakıldığında sıkıntılı bir durum bulunmadığı halde, sömürülen durumu yanlış değerlendirip kendisini zor durumda sanırışsa, BK. m. 21'in aradığı şart yine gerçekleşmiş sayılır²⁶.

Müzayaka çok defa malı (ekonomik) bir sıkıntı şeklinde karşımıza çıkar. Ne var ki, bunu, sömürülenin zengin veya *fakir* olması ile karıştırmamak gerekir. Varlıklı bir kimse dahi, aktiflerini nakde çevirememesi sonucu ödemelerini yapmakta zorluk ç? işi geçici bir süre için, BK. m. 21'in anladığı anlamda zor durumda olabilir²⁷.

Müzayaka 'nın mutlaka malı (ekonomik) bir nitelik taşıması gerekmez. Sömürülenin sıkıntılı durumu tamamen manevi (psikolojik) bir nitelik de taşıyabilir. Örneğin, dağda tur yapan turistlerden biri bir kalp krizi geçirdiği vakit, derhal başvurulabilecek tek hekimin fırsattan yararlanıp normal ücretin kat kat fazlasını elde etmesi halinde, hasta veya onu tedavi ettiren yakınlan manevi anlamda zor durumdadır²⁸. Yerleşmiş Yargıtay içtihatları, yaşlı-

24) BGE 92.II. 168. Buna karşı, bir Yargıtay kararında "Tecrübesizlik, genel olarak, delikanlılık çağında olup hayata yeni atılmış bulunan ve henüz yeteri kadar görgü ve bilgi edinmek fırsatını elde edememiş olan kişilerin yararlanabilecekleri bir durumdur. Bunun dışında, yetişme tarzı, sosyal ve mesleki durumu itibarıyla yaptığı muamelenin mahiyet ve ehemmiyeti bakımından acemi sayılabilecek kimseler için pek istisnai şekilde tecrübesizlikten bahsedilmesi mümkün olabilir" denmektedir (Yarg. HGK., 30.9.1972, E. 229, K. 765, **Uygur**, cilt 1, s. 1054). Bizce, kararda yer alan "pek istisnai şekilde" ibaresi aşın ölçüde bir sınırlama öngönnmektedir.

25) **Kramer**, Art. 21, N. 40; **Huguenin**, Basler Komm., Art. 21, N. 12; **Kocayusufpaşnoğlu**, not 2'de age, s. 506; **Feyzioğlu**, I, s. 258; **Karabasan**, S. H. Sözleşmeler, s. 263. - Alman Hukukunda durum farklı olup, sömürülenin belirli ve somut bir işleme ilişkin olarak tecrübesiz olması yeterli görülmemekte ve onun genel hayat tecrübesinden veya genel olarak iş hayatı tecrübesinden yoksun bulunması aranmaktadır (**Larenz/Wolr**, 9.A., § 41, N. 62; **Mayer-Maly**, MünchKomm. § 138, N. 125).

26) **Kramer**, Art. 21, N. 37.

27) Özellikle bkz. **Feyzioğlu**, I, s. 256.

28) Bkz. **Thilo**, not 11'de age, s. 364.

lık, hastalık veya yalnızlık kısılcasına yakalanmış kişileri de manevi müzayaka halinde saymaktadır. Yüksek Mahkemenin ifadesiyle "*Davacının yaşlı olduğu kadar yalnız olduğu da sezilmektedir. Yaşlılık insan hayatında, bir çok kişilerin en önemli sorunudur. Yaşlı ve yalnız olan bir kişi, bazı hallerde çaresizlik ve acz içinde kıvrınma durumundadır. Yukarıda yazılı 11ede11/erle günün 24 saati çaresizlik ve acz if/ude bulunan bir kimsenin sıkıntı-müzayaka içinde olmadığı söylenemez*"⁹. Bu anlayışın sonucu olarak, söz konusu kimselere, şiddetle ihtiyaç duydukları ilgi ve yakınlığı göstererek onları etkileri altına alan ve bu yoldan bazı değerli malların çok düşük fiyatlarla kendilerine devrini sağlayan kişilere karşı, BK. m. 21'e dayanmak mümkün olabilmektedir.

İlginç bir Yargıtay kararına göre; *E.ş.e..ait olan...borçJ şartları varsq koca !.ç_in bir müzayaka nedeni olabilir. Normal evlilik, dar zamanlarda eşlerin birbirlerine yardımcı olmalarım zorunlu lalar. Eşlerden biri alacafs_lımın takibi tfoleyisiyla korkulu rüya görürken ötekinin rahat uyuduğu 4. üşiiniilemez. Kısaca, evlilikte, taraflardan birinin müzayaka içinde olması,. ötekinin de müzayaka halinde bulunduğunun kabulü.nü gerektirir*". Bu kararın, eşlerden biri için gerçekleşen müzayaka haline dayalı olarak, gabinli sözleşmeyi yapan diğer eşe iptal hakkı tanıyan istisnai bir karar olarak değerlendirilmesi³⁰ yerinde olmaz. Karardan açıkça anlaşıldığı gibi, Yargıtay, olayda eşlerden birinin içine düştüğü ekonomik (mali) müzayakayı, işlemi yapan (örneğin eşinin borcunu ödemek için bir malını çok ucuza satan) diğer eş açısından da bir manevi (psikolojik) müzayaka hali olarak görmüştür. O halde, iptal beyanında bulunan eş, eşinin müzayakasına delil, buna bağlı olarak gerçekleşmiş kendi sıkıntılı durumuna dayanmaktadır a.

- I7 Çok ilginç bir Yargıtay kararına konu olan olayda, bir kız, babasının ölümünden sonra, baba bir erkek kardeşinin evine sığınmış; erkek kardeşin babalarından kalan taşınmazdaki payını kendisine satması için onu sürekli olarak sıloştınnası sonucu, 56.000 lira değerindeki bu payı, ona 3.600 liraya satmak zorunda kalmıştır. Yargıtay, olayda, taraflar arasında adeta bir ast-üst ilişkisi bulunduğunu, kızın erkek kardeşine karşı koyabilecek durumda bulunmadığını, erkek kardeşin "müşterek taşınmazdaki payını bana sat, satmazsan sen bilirsin" demesinin dahi, "dövölme", "canına kastedilme", "evlenmesi önlenerek evde kalmış kız durumuna düşürölme" tehlikelerini yarattığını, genç kızın bu tehlikelerden kendisini kurtarmak için "ehveni şer" olan yolu seçip taşınmazı ister istemez düşük fiyatla erkek kardeşine satmak mecburiyetini hissettiğini belirttiikten sonra, bütün bunlardan, olayda davacıom ileri sürdüğü gibi gabin değil ikrahın söz konusu olduğu sonucuna vamuştır³¹. Bizce, ikrah görüşü isabetsiz olmamakla birlikte, ay-

29) Yarg. 1. HD., 3.5.1979, E. 3824, K. 5938 (YKD. 1979/8, s. 1120; **Karabasan**, S. H. Sözleşmeler, s. 629). Aynı yönde başka kararlar için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, not 2'de age, s. 74, not 27.

30) **Krş. Kılıçoğlu**, 7. bası, s. 150, not 182.

30a) Ailevi sebeplerden ötürü de müzayaka halinin gerçekleşebileceği hakkında ayrıca bkz. **Kramer**, Art. 21, N. 36.

31) Yarg. J. HD., 2.5.1978, E. 1978/3138, K. 1978/6251 (YKD 1979/1, s. 15; **Karabasan**, S. H. Sözleşmeler, s. 632).

nı zamanda, genç kızm mılnevi müzayaka halinden yararlanarak gabinli bir sözleşme yapılmıdığı kabul edilmek ve davacının bu sözleşmeyi iptal etme hakkını hem BK. m. 21 (gabin), hem de **BK. m. 29** (ikrah) sebebiyle tanımak daha doğru olurdu.

Tüzel kişiler de müzayaka halinde bulunabilir³².

18

d. BK. m. 21'deki Üç Hal Sınırlayıcı Olarak mı Gösterilmiştir?

Bu sorunun cevabı tartışmalıdır:

19

- Türk Hukukunda hakim olan³³ ve eski İsviçre öğretisinde³⁴ kabul edilen görüşe göre, BK. m. 21'de öggörülen üç hal sınırlayıcı (tahdidi) olarak gösterilmiştir ve bunların dışında kalan herhangi ır zayıflılc urumuna ctayanarak, BK. m. 21'den yararlanmak imkanı yoktur.

- Bugün İsviçre öğretisirideki büyük çoğunluk tarafından kabul edilen hakim görüş ise, BK. m. 21'deki sayımın sırf örnek göstermek kabilinden olduğunu, bu sebeple kanunda öngörülen üç hal dışında kalan ve bunlarla kıyaslanabilen başka hallerde de, (örneğin "uyuşturucu veya alkol bağımlılığı", "ileri derecede yaşlılık"³⁴ "hasta veya bitik olma durumları", "bir kimseye karşı minnet duygusu içinde olmak", "saldırgan satış metotlarının etkisi altında kalmak" vs.) BK. m. 21'in uygulama alanı bulabileceğini kabul ediyor³⁵.

Bu görüşlerden hangisine üstünlük tanımak gerekir? Kanunun ifade tarzında, maddedeki sayımın sırf örnek vermek amacı ile yapıldığını gösteren bir işaret yoktur. Ne var ki, aksi sonuca götürecek bir açıklık da kanunda yer almamaktadır. Bu durumda yapılacak şey, kanun koyucunun (bugünün şartlarına ve ihtiyaçlarına göre değerlendirilecek) amacını (ruhunu) esas alarak bir sonuca varmaktır. BK. m. 21'in çok açık olan amacı, zayıf durumdaki kişilerin karar verme serbestileri çiğnenmek suretiyle güçlüler tarafından istismar edilmesini önlemektir³⁶. Bütün düzenleyici kurallar kaldırılarak, her şeyin serbest piyasanın özgürlük fakat aynı zamanda acı-

32) v. **Tuhr/Peter**, § 40, I, I, s. 344; **Engel**, s. 303. -**Bucher** (AT, s. 233, not 22), yetkili organın "hiffet" veya "tecrübesizliğinin", MK. m. 48'e dayanılarak tüzel kişinin hiffeti veya tecrübesizliği sayılmasını, kuşku ile karşılıyor (Farklı: **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 115, not 333). Tacir sıfatını taşıyan tüzel kişilerin, ticari işlerinde esasen hiffet veya tecrübesizliğe dayanamayacakları hakkında bkz. aşağıda N. 25).

33) Özellikle bkz. Yarg. 1. HD. 11.4.1989, E. 725, K. 4533 (**Karabasan**, S. H. Sözleşmeler, s. 624); **Elbir**, not 22'de age, s. 5, 8; **Özkaya**, Gabin Davaları, Ankara 2000, s. 27; **Kılıçoğlu**, 7. bası, s. 150; **Tunçomağ**, s. 383; **Fey7Joğlu**, s. 254.

34) Örnek olarak bkz. **Oscr/Schönenberger**, Art. 21, N. 13; **Ossipow**, not 2'de age, s. 243.

34a) Krş. yukarıda N. 16'da sözü edilen Yargıtay uygulaması.

35) **Bucher**, AT, s. 232-233; **Kramer**, Art. 21, N. 35, 45; **Gauch/Schlucp/Schruid**, N. 738; **Gauch**, Die Übervorteilung-Bemerkungen zu Art. 21 OR., recht 1989, s. 97; **Huguenin**, Basler Kornm., Art. 21, N. 10; **Huguenin**, OR, N. 445; **Schmidlin**, CR, Art. 21, N. 6. Türk hukukunda aynı düşüncede: **Akyol**, s. 183.

36) **Kramer**, Art. 21, N. 35.

masızlık dolu rekabet kurallarına terk edildiği çağımızda³⁷, sozu edilen istismar tehlikesi en yüksek düzeydedir. Bu gelişme karşısında durumu seyretmekle yetinmek istemeyen hukukçuların ve yargı organlarının yapmaları gereken şey, hukuk düzenimizde mevcut koruyucu hükümleri, çağın gereklerine uygun biçimde yorumlamaktır. Özel Hukukta, zayıf durumdaki kişileri koruyan hükümlerin başında, bir yandan kişilik haklarına (MK. m. 23) ve ahlaka (BK. m. 20/1) aykırılık butlanını düzenleyen hükümler, öbür yandan da gabin (BK. m. 21) hükmü yer alır³⁸. O halde, BK. m. 21 hükmünün zayıfları koruyucu amacına uygun düşen ve bu hükümde öngörülen üç hali sınırlayıcı saymayan görüşe üstünlük tanımak çok yerinde olur.

- 20 Bu vesile ile hatırlatalım ki, öğretide zaman zaman, burada sözleşme serbestisinin sınırlanmasının söz konusu olduğunu ve "pacta sunt servanda" ilkesi esas sayılmak gerektiği için gabin hükümlerinin dar yorumlanması gerektiğini, hatta BK. m. 21 hükmünün sadece marjinal bir öneme sahip bulunduğunu ileri süren görüşlere rastlannıştır³⁹. Ne var ki, yeni eğilimler, daha ziyade aksi yöndedir⁴⁰. Her halde, sözleşme serbestisi asıldır çliyerek, gittikçe yaygınlaşan zayıftan ezici uygulamalara seyirci kalmak kabul edilebilir bir tutum olamaz.

3. Sömürenin Bilerek Karşı Tarafın Zayıf Durumundan Yararlanmış ol-

- 21 — Gabnin gerçekleşmiş sayılabilmesi için, sömürenin karşı tarafın...zayıf durumu. inuôilereöü!! .!0arar anması g?rekir. Hi ç k !.ışkusuz sömüren, ayrıca ıvaz ararasındaki açık nispetsizliğı) d? farkında olmalıdır. Ne var , er ilUnoktacfa ôa. aurum ol, az daha a ç ıklığa kavu ?lmay?muhtaçtır.
- Karşı tarafın zayıf durumda bulunduğu sırada sözleşmeyi kurduğunun bilinmesi, mutlaka bunun ne tür bir zayıflık (örneğin biffet mi, tecrübesizlik nti, müzayaka mı?) olduğunun tam olarak bilinmesini de gerektirmez. Sömüren, karşı tarafı tecrübesiz sandığı halde, onun gerçekte hiffetle (dü-

37) **Terre/Simler/Lequette** (not 7'de age, s. 273, N. 352), ironik bir ifadeyle, "piyasa" ve "bilimi" Allahsız bir toplumun yeni tanrıları olarak nitelendiriyorlar.

38) Yargıtay da "Gabin, dar ve zor durumlarda kalmalarından ötürü sözleşme yapmaya sürüklenmiş olan kişileri korumak ve zayıfı güçlüye ezdirmemek için daha çok sosyal amaçlarla kabul edilmiş bir müessesedir" diyerek bu noktaya işaret etmiştir. (Bkz. yukarıda not 9'da anılan 1. HD. nin 4.3.1969, E. 391, K. 1 133 sayılı kararı). Ancak, aynı kararda, "Ceza Hukukunda bir eylemin suç sayılabilmesi için kanunda buna ilişkin maddedeki bütün unsurların mevcut olması şarttır. Borçlar Kanununun 21 inci maddesinin - yapısı bakımından- suçu belirten cezai hükümlere benzetilmesi mümkündür" denmesine katılmak, hiçbir şekilde mümkün değildir.

39) Bkz. **Thilo**, not 11'de age, s. 356; **Elbir**, not 22'de age, s. 8; **Bucher**, AT, s. 229.

40) Bkz. **Gauch**, not 35'de age, s. 93; **Oftinger**, Betrachtungen über die Laesio im schweizerischen Recht, Festschrift für Pan j. Zepos, il. Band, Athen-Freiburg i. Br.-Köln, 1973, s. 540.

şüncesizce) hareket ediyor olması, BK. m. 21'in uygulanmasına engel değildir⁴¹.

Yargıtay, bu konuda hayli titiz davranmakta ve bir kararında aynen şöyle demektedir: "Feshi istenilen satış sözleşmesi İstanbul'da yapılmıştır. Nüfusu bir kaç milyona varan bu şehirde oturan taraflar (birbirlerinin)⁴² yabancılarıdır. Davalı taraf davacıların iş ve kazanç durumlarını ve borçlu olup olmadıklarını bilecek mevkiide değildir. Tanıkların hiçbirisi davacıların borçlu olduklarını ve müzayaka içinde bulunduklarını bilerek davalının bu durumdan yararlanmış olduğunu belirtecek açıklamada bulunmamışlardır. Bu yön göz önünde tutulmadan davanın kabul edilmesi yolsuzdur"⁴³.

- Karşılıklı edimler arasındaki ilk nispetsizliğin bilinmesi "miktar" veya nispet o ar esin bir bilgiyi gerektirmez. Sömürenin "çok iyi" veya "karlı" bir iş yaptığını bilmesi yeterlidir.

Diğer taraftan, sömürde diğer tarafı mahvetmek kastının bulunması aranmaz. Onun, karşı tarafın istismar edilmesine yol açabilecek bir sözleşmenin kurulmasına içinden razı olması, yani istismara yönelik olarak bir ihtimali (ihtimale dayalı) kastının (*dolus eventualis*) bulunması, yine BK. m. 21'in uygulanmasına yol açar⁴⁴.

Alman Hukukunda, karşılıklı edimler arasındaki nispetsizlik çok büyük olduğu zaman, bu nispetsizlikten yararlanan tarafın sömürü bilincine sahip olarak hareket ettiği hususunda bir fiili karine kabul edilmektedir⁴⁵. Bu çözüm Türk Hukuku açısından da geçerli olmak gerekir.

Hakim fikre göre, sömürenin diğer tarafın zayıf durumunu ve ivazlar arasındaki nispetsizliği "bilmesi" şart koşulduğu halde, *Engel*, sömürenin, bunları bilebilecek durumda olmasını yeterli sayıyor. Yazara nazaran, sömürenin, anılan husustan bilmese bile "bilmesi gerekiyordu ise", gabnin üçüncü unsuru gerçekleşmiştir⁴⁶. *Kramer'e* göre ise, "de le, fie ferenda" yerinde olan bu görüş, yürürlükteki hukuk bakımından isabetli sayılamaz. Bizce, "bilmeyi" ispat etmek her zaman kolay değildir. Bu sebeple, "apaçık bilinebilir olma", bilme ile bir tutulmalıdır.

22

Gabinli sözleşmenin kurulması için ilk girişimin kimden geldiği önemli değildir. Bizim de katıldığımız çoğunluğun görüşüne göre, somurulan sömürüne başvurup sözleşmenin kurulması için harekete geçmiş, hatta ricada bulunmuş olsa dahi, bu, onun sonradan BK. m. 21'e aykırılığını engellemez.

23

41) **Gauch**, not 35'de age, s. 98, not 76.

42) Bu sözcüğü biz ekliyoruz.

43) Yarg. HGK'nun 30.9.1972 tarih ve E. 1970/I-229, K. 765 sayılı kararında metni verilen Yarg. 1. HD., 4.3.1969, E. 391, K. 1133 (**Karabasan**, TBH, GH, cilt 2, 1992, s. 361; **Karabasan**, S. H. Sözleşmeler, s. 639).

44) **Kramer**, Art. 21, N. 33; **Medicus**, AT, N. 710; **Bucher**, AT, s. 234, not 25.

45) **Larenz/Volf**, 9.A., § 41, N. 64.

46) *Engel*, s. 304.

47) **Kramer**, Art. 21, N. 33.

48) **GaucWSchlupe/Schmid**, N. 742; v. **Tuhr/Peter**, § 40, I, 2, s. 345; **Kramer**, Art. 21,

4. "Kum Yığını Teoremi" (Sandhaufentheorem) Türk Hukukunda Uygulanabilir mi?

- 24 Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre Gabnin-Sayıtlarından biri çok yoğun ve yoğun olarak gerçekleştiği vakit, diğer şartlar veya bunlardan bir tanesi hiç gerçekleşmemiş Ofsa ile; gabnl-sebebiyle iptal hakkı yine doğar. -&rrre-ğın;Jfarşılıklı ediniler arasındaki spetsizlik olaganüstü ölçüde yüksek m;,-gabnin sübjektif şartlarının olayda mevcut bulunmamasına rağmen, gabin var sayılır⁴². Bu görüşü, bu şekliyle kabule etmek imkanı bulunmadığı açılır. Olsa olsa, öğretide yapıldığı gibi, gabnin bütün şartlarının mevcut olduğu bir olayda, bu şartlardan birinin çok güçlü ve yoğun biçimde gerçekleşmiş olmasının, daha zayıf biçimde gerçekleşen diğer bir şarttaki bu zayıflığı telafi edebileceği söylenebilir⁵⁰.

5. Tacir Sifatını Taşıyan Sömürülen Ticari İşlerinde BK. m. 21 Hükümüne Dayanabilir mi?

- 25 Bu sorunun cevabını verirken TTK. m. 20ff'de yer alan "Her tdcirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi lazımdır" ilkesim göz önünde tutmak ve olaya dayanan zayıflık; lurunun bu hükümle bağdaşıp bağdaşmadığını araştırmak gerekir. Mesele, sadece BK. m. 21'de sözü edilen üç durum açısından ele alındığı vakit, varılacak sonuç şudur: Ticari faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi davranmak yükümü altında bulunan bir tacir, "hiffetinden" (hafifliğinden, düşüncesizliğinden) veya "tecrübesizliğinden" yararlanıldığını ileri süremez. Buna karşı, ticari işletmesiyle ilgili bulunmayan faaliyetlerinde, tacir de yerine göre "hiffet" veya tecrübesizlik" iddiasında bulunabilir. Diğer taraftan, herkes "bi o da zor durumda" ilir. v.e-hu...sebeple-omin-tican"-işlenebile- "müzayaka" haline dayanabilir. Lgabin iddiasında bu il- ilapğmesi yerin e göre mümkün olabilir⁵¹.

IV. Sonuçları

- 26 İr kimsin...kac...fin...ilif 9urumuudan yacarlaon QDU sömürmesi, ahlak kuralları ile bağdaşmayan bir davranıştır. Bunu göz önünde tutan

N. 33; **Mayer/Maly**, MünchKomm. § 138, N. 129; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 115. Başka türlü: **Bucher**, AT, s. 233-234; **Eren**, s. 381.

49) Bu konuda özellikle bkz. **Medicus**, AT, N. 711. -Metinde verilen örnekteki gibi durumlarda, ahlaka aykırılık (BK. m. 20/1) sebebiyle sözleşmenin kesin hükümsüz sayılabileceği hakkında bkz. aşağıda N. 35.

50) **Bucher**, AT, s. 234 ve not 26; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 744; **Buguenin**, Basler Komm., Art. 21, N. 1; **Kramer**, Art. 21, N. 26.

51) Bkz. Tbilo, not 11'de age, s. 356; **Arkan**, Ticari İşlemler Hukuku, 8. baskı, Ankara 2005, s. 134 ve not 5; Elbir, Ticaret Hukukunda Gabin İddiası, İleri Hukuk, 1950, sayı 56, s. 893; **Kramer**, Art. 21, N. 14, 42.

8GB § 138, birinci fıkrasında ahlaka aykırılığı düzenledikten sonra, ikinci fıkrasında ele aldığı gabinin de 7thtfrka-aykmhkla-aynryaptı11nı öngörülen şii(. j3u yapırım kesin hülçQmsüzfüktir, bir başka deyimle outlandır. İsviçre-Türk Borçlar Kanunlarının sistemi farklıdır. Gabin.balinde.sömürülene sadece bir iptal hakkı tanınmıştır⁵². Kanunda yer alan "fesih" sözcüğü bu şekilde anlaşılmalıdır. O, bu nakkını, *sözleşmenin kurulduğu anaan ıTibciren* işleyen bir yıllık hak düşürücü süre içinde kullanmak zorundadır. Aksi halde, sözleşmeye iç azeLv..e:iniŞ-Sayılır ve üstün tuttuğumuz-"düzelebilir hükümsüzlük" görüşü çerçevesinde başlangıçta hüküm doğurmayan sözleşme kurulduğu andan başlayarak1fecefli nalegelir:--Ga6III-için öngörülmüş-iptal lakkfnTih:ulcuki niteliği ve Kl.İlanılmasibakkında, hiçdeğilse ilke-Ölural ve niteliğ ine uygÜn düştüğü ölçüde, irade bozukluklarına ilişkin iptal hakkı ile ilgili olarak söylediklerimiz geçerli olacaktır⁵³. Yalnız, şu noktaya tekrar dikkatleri çekelim ki, bir yıllık iptal süresinin başlangıcı açıs ın dan, irade bozuklukları ile (BK. m. 31) gabin arasında çok önemli bir fark vardır. ata ve hilede, bir yıllık süre bunların öğrenilmesinden; ikrahta ise, korkutulanın-korknrmn-etKısı alfui an çiknıasınaan ıtı aren-işlemeye başladığı halde, gabinde başlangıç olarak sözleşmenin kurulduğu tarihin esas alınması, BK. m. 21 hükmünün u.ygulama alanını hayli daraltm-alctadır. -ıq'evan ki, daha önce belirttiğimiz gibi, bir çok halde gabinle birlikte irade bozukluklarından birihiti (özellikle bile veya ikrahın) şartları da aynı zamanda gerçekleşir. ffo101 durumlarda, gabinle ilgili bir yıllık süreyi kaçıran sömürülenin, daha sonraki bir tarihte işlemeye başlayan hile veya ikraha dayalı iptal süresinden yararlanıyor olması mümkündür. O zaman, hiç değilse, bunlara dayanarak iptal hakkını kullanmak imkanı saklı kalmış demektir.

52) Bazı yazarların bu düzenlemeyi eleştirerek, ortada bir "ahlaka" veya "kamu düzenine" aykırılık olduğu gerekçesi ile, Alınan Hukukunun sistemine üstünlük tanımalarına rağmen (örnek olarak bkz. **Saymen/Elbir**, s. 243; **Kramer**, Art. 21, N. 8); burada, sömürülenin menfaatinin önemli olduğuna ve o, gabinli sözleşmeyi olduğu gibi bırakmak şıkkını üstün tutarsa, bunu yasaklamak hususunda genel bir menfaat bulunmadığına dayanmak suretiyle, İsviçre-Türk Borçlar Kanunlarının sistemini daha isabetli sayan yazarlar da vardır (örnek olarak bkz. **Schwarz**, s. 352).

53) Bkz. yukarıda § 36, N. 63 vd.; § 37, N. 23 vd. -Gabinde de, irade bozuklukları için öngörülen yaptırımın uygulanması gerektiği hakkında bkz. v. **Tuhr/Peter**, § 40, II, s. 345; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 464. -Yargıtay 13. HD.nin 18.3.1998 tarih ve E. 6539, K. 1578 sayılı kararına göre "Gabinle sakatlanmış sözleşme batıl değildir. Burada "askıda hükümsüzlük" hali vardır. Diğer bir anlatımla, *gabin, sözleşmeyi kurulduğundan itibaren hükümsüz kılabilir. Ancak icazetle veya zarar gören tarafın bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını (hükümsüzlük beyanı veya iptal beyanı ile) diğer tarafa bildirmemesi halinde, sözleşme hukuki sonuç doğuracaktır*". (**Uygur**, cilt 1, s. 1061). Kararda dikkatleri çeken en önemli nokta, BK. m. 21'in kullandığı yanıltıcı "fesih" sözcüğüne rağmen, "düzelebilir hükümsüzlük" görüşünün benimsenmiş olmasıdır ki, gabin için öngörülen bu çözümün irade bozuklukları için evleviyetle (a fortiori) geçerli olması gerekir. Buna karşı, kararda "düzelebilir hükümsüzlük" yerine "askıda hükümsüzlük" deyiminin kullanılması yerinde değildir.

17

İsviçrede olduğu gibi, bizde de, uygulanacak yaptırım bakımından BK. m. 21'de kullanılan deyim ile, irade bozukluklarında kullanılan deyimler (BK. m. 23, 28, 29, 31) aynı değildir. Bizde, BK. m. 2 I, sözleşmenin "feshedilmesinden" söz açmaktadır. Burada fesihden bahsetmek yanlıştır. Zira, teknik anlamda fesih, geçerli bir sözleşme ilişkisinin ileriye doğru (ex nunc) sona erdirmek üzere yapılan bozucu yenilik doğuran beyanlar ifade eder. Acaba, BK. m. 21'de farklı bir deyim kullanılması, bizi, gabinin yaptırımının irade bozukluklarından farklı olduğu sonucuna götürebilir mi?⁵⁴ Bu sorunun cevabı bir ayırım yapılarak verilmelidir:

- İrade bozukluklarında, Alman Hukukunda olduğu gibi, gerçek anlamda ("iptal teorisi" anlamında) iptal sistemini kabul edenler açısından arada bir fark yoktur. Her iki halde de, başta hükümlerini doğuran sözleşme, iptal beyanı ile birlikte geçmişe etkili olarak hükümsüz hale gelecektir.

- Buna karşı, irade bozukluğu halinde, sözleşmenin başta hükümlerini doğurmadığı görüşü (düzelebilir hükümsüzlük) benimsenmiş ise, BK. m. 21'deki fesih sözcüğünden, gabinde, sözleşmenin başta hüküm doğurduğu ve ancak iptal beyanı üzerine, yapıldığı andan başlayarak hükümsüz kaldığı sonucunu çıkarmak isabetli sayılabilir mi? Biz, aşağıdaki sebeplerden ötürü, böyle bir fark yaratmanın yerinde olmadığı kanısındayız:

= Bir defa, kanunumuzda bütün bir taraflı bozucu yenilik doğuran beyanlar için kullanılan renksiz fesih sözcüğünden (BK. m. 106'da, rücu= dönme anlamlarına gelmek üzere yine bu deyim kullanılmıştır) bu kadar ileri giden sonuçlar çıkarmak doğru değildir.

= Daha da önemlisi, gabinle irade bozukluklarının aynı zamanda gerçekleştiği durumlarda, bu anlayış tarzı problem yaratır. A'nın bir taşınmazını B'ye satıp, B adına tapuya tescil ettirdiğini farz edelim. Satış sözleşmesi, hem gabin hem de hile sebebiyle iptal edilebiliyorsa durum şöyle olacaktır: Hile dolayısıyla A, daha baştan geçerli olarak borçlanmadığından satış geçersiz ve ona dayanan tescil yolsuzdur, müWyet B'ye geçmemiştir. Oysa gabin açısından meseleye baktığımız vakit, bu görüş taraftarlarına göre, sözleşme iptal edilmedikçe hükümlerini doğurduğundan, satış ve tescil ile mülkiyet B'ye nakledilmiştir. Görüldüğü gibi, B'yi, iptalin dayanağını oluşturan hukuki sebeplerden birine göre malik saymak, diğerine göre ise, mülkiyeti kazanmadığını söylemek icap etmektedir ki, iptal hakkının kullanılmasından önceki aşamada karşımıza çıkan bu çelişkiyi iyi bir çözüm saymak mümkün değildir.

18

Eskiden hakim olan g.ö.iiise..g.örer sömürilerrya-gabin•1 sözleşmeye razı olmak, ya da sözleşme, eyj..iünü.yle.-iptaletmek: İtemari fleri--arasında-seçim yap mal<??uri?ti?ir ("Ya hep ya hiç ilkesi"). Onun?...iyazlat-ataSindaki dengesizlik düzeltilerek sözleşmenin ayakta kalmasını sağlaması münikiin-d- 'ldir?--B!fg!!n tlüüm değişmiştir. Öğretide hakim olan görüşe göre, u yol a ıktır. Bunun)ukuki dayanağı ue...ulacaktır? Bu konuda, özel-fık.1 ÖrniŞ Üeri.6ÜFÜlmüştir:

- Birinci görüşe göre, burada MK. m. 1ff'i uyarınca kanundaki bir boşluk doldurularak, hakime sözleşmede değişiklik yapma yetkisinin verilmesi

54) Bu düşüncede olanlara örnek olarak bkz. **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 115.

55) Özellikle bkz. **Elbir**, Gabinin müddeti ve hükümleri, İÜHFM, cilt XVU, sayı 1-2, s. 201 vd.; **Oser/Schönenberger**, Art. 21, N. 16. Yargıtay da "gabin nedenine dayanılarak sözleşme hükümlerinin düzeltilmesi şeklinde dava konusu yapılamaz" demektedir (13. HD., 18.3.1998, E. 6539, K. 1578, **Uygur**, cilt 1, s. 1061).

söz konusudur⁵⁶. Fazla taraftar toplayamayan bu görüşe bugün için terk
❖dilmiş nazarı ile bakabiliriz.

- İsviçre öğretisindeki büyük çoğunluk tarafından savunulan ikinci görüş⁵⁷. bu sonucu genellikle kıyas yolu ile uygulanan BK. m. 20/II'den çıkıyor, yani bir çeşit "içerik değiştirici kısmi hükümsüzlük" kavramına dayanıyor. Bwla nazaran, sömürülen seçimlik bir hakka sahiptir: O, dilerse, sözleşmeyi *tiini*yle iptal edebilir; dilerse, *sadece taraflardan birinin ediminin çoğaltılması veya azaltılması suretiyle sözleşmede dengeyi sağlayan* ❖*İsmi bir iptal beyanında* bulunabilir. Örneğin, 100 bin lira değerinde bir mal, gabin sonucu 40 bine satılmışsa, kısmi iptal üzerine, sömürülen 40 binlik ediminin 100 bine çıkarılması mümkün olur. Aynı şekilde, 40 binlik bir mal, gabinli bir sözleşmeyle 100 bine satın alınmışsa, bu defa, alıcının edimi 100 binden 40 bine indirilerek sözleşme ayakta tutulur. Bu çözümün en büyük pratik yaran şu noktada kendini gösterir: Sömürülen, tam iptal halinde, aldığı geri vermek zorundadır. Bu ise, sömürülenin sömüren tarafından kendisine sağlanan edime (verilen mala, ödenen paraya) çok muhtaç hatta ondan vazgeçemez olduğu zaman, onu ciddi biçimde sıkımsa sokar. Yukarıda açıklanan anlamda kısmi iptalde ise, sömürülen, ihtiyaç duyduğu parayı veya malı sömürene iade etmekten kurtulmakta ve açık nispetsizlik bertaraf edilmiş olarak onu muhafaza edebilmektedir. Daha sonra "Kısmi Hükümsüzlük" bahsinde göreceğimiz gibi, bu hükümsüzlük tipine özgü mekanizma şöyle işleyecektir: Sömürülenin kısmi iptal beyanı üzerine, sözleşmede yer alan gabinli bedel hükmü (tümüyle sözleşme değil, sadece bu hüküm) hükümden düşecek ve bunun yerini dürüstlük kuralı çerçevesinde taraflarca kabul edilmiş olması gereken, piyasa fiyatıyla uyumlu yeni bir bedel hükmü alacaktır.

İsviçre Federal Mahkemesi de 26.6.1997 tarihli ilke kararıyla bu çözümü benimsemiştir⁵⁸.

Ancak Yüksek Mahkeme, bu sonucu BK. m. 20/II'deki kısmi hükümsüzlük ilkesinden değil, doğrudan doğruya gabin yasaklayan BK. m. 21'in amacından çıkarmaktadır.

56) Bkz. **Oftinger/Jeanpretre**, Jurispndence du Tribunal Federal sur la Partie Generale du Code des obligations, Zürich 1970, s. 78; **Kocayusufpaşaoğlu**, not 2'de age, s. 83.

57) **v. Tuhr/Peter**, § 40, IT, s. 346; **Gauch**, not 35'de age, s. 100; **Gauch/Schlucp/Schmid**, N. 754; **Schwenzer**, 4.A., N. 32.55; **Kramer**, Art. 21, N. 49; **Hürlimann**, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, Freiburg Schweiz, 1984, s. 101; **Piotet**, De l'invalidité partielle des actes juridiques spécialement en cas de vice du consentement, ZSR, N. F. 76 (1957), s. 123 vd.; **Engel**, s. 305-306; **Huguenin**, Bnsler Konun., Art. 21, N. 16; **Eren**, s. 382. Bu konuda ayrıca bkz. **Serozan**, not 1'de age, s. 571, 572. Kısmen farklı: **Koller**, I, 2.A., § 14, N. 259. -"İçerik değiştirici kısmi hükümsüzlük" kavramı için bkz. aşağıdaş 44, N. 12 vd., 19 vd.

58) BGE 123.III.292. Bu kararla ilgili kapsamlı bir inceleme için bkz. **Buz**, Gnbın Halinde Edimler Arasındaki Aşın Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayaktın Tutulması, BATİDER, cilt XJX, 1998, sayı 4, s. 53 vd.

Zira. Federal Mahkeme'ye göre. bir yasak hükmünü çiğneyen sözleşme, ancak ilgili hükmün amacının gerektirdiği ölçü ve derecede hükümsüz sayılmak gerekir⁵⁹. Biz, "içerik değiştirici kısmi hüml."Ürnsüzlük" ilkesinden (BK. m. 20/II) hareket eden hakim görüşe üstünlük tanıyoruz⁶⁰.

Diğer taraftan, kararda "hak.imin" sözleşme içeriğini düzeltip biçimlendinnesinden söz edilmesi *Gauc/I*⁶¹ tarafından eleştirilmiştir. Bu yazara göre, tıpkı sömürülenin sözleşmeyi tümüyle iptal etmesi halinde oldu, '11 gibi, kısmi iptal beyanı da (yenilik doğuran bir davaya ve hakim tarafından verilecek yenilik doğuran bir hükme ihtiyaç göstermek.sizin) mahkeme dışı k.'1.İlanılabilen bir beyandan ibarettir. Sözleşmedeki değişiklik, hakim karan ile değil, sömürülenin kısmi iptal beyanı üzerine gerçekleşmektedir. Sömürülen, mahkeme dışı bir iptal beyanında bulunmayıp, doğrudan doğruya sözleşmenin kısmi iptaline ilişkin bir dava açmışsa, yazara göre, davacının iptal beyanını da içeren dava dilekçesinin karşı tarafa tebliği ile yeni hümlüki durum meydana gelmiş olup, ha.kim sadece bir tespit hükmü verecektir.

Bizce, kısmi iptal beyanı mahkeme dışı İrnlırlıdık.İan sonra (örneğin, malın çok pahalıya satıldığı bir olayda, alıcı kısmi iptal beyanını şöyle ifade ediyor: "Semenin 100 binden 40 bine indirilmesi suretiyle sözleşmenin ayakta tutulmasına ilişkin kısmi iptal hakkımı kullanıyorum"), iş mahkemeye intikal edince, hakim ister istemez bu beyanın yerinde olup olmadığını kontrol edecek ve (Usul Hukuk.'1.1 çerçevesinde talep sonucunu aşan bir hüküm verilemeyeceği ilkesini de göz önünde tutarak) yaptığı incelemeye göre, malın piyasa fiyatının 40 değil 50 bin olduğu sonucuna varırsa, iptali, semeni 1 00'den 40'a değil, 100'den 50'ye indiren ölçüde geçerli sayacaktır.

- 29 Acaba, kısmi iptal halinde sömüren, BJ(. n1. 20/II, c. 2[❖]ye day[❖]ı mrak, bu duru.fnrbitseydi-sözte-şmeyiliuç y[❖]may acağını ileri sürmek suretiyle kısmi iptali engellemek vet a m i p t a l e dönüştü!"İlek (böylece sömürülen ihtiyacı olan ma ı veya parayı geri vermek zorunda kalacaktır[❖]) imkamı !a sahip olacak rrüdirTBK. m. 21'in sömürüleni koruyucu amacına tamamen ters düşen ve sonuçta, kısmi iptal yolu ile sağlanabilecek pratik yararların yok edilmesine imkan hazırlayan böyle bir çözüm kabul edilemez. O halde, sömürenin BK. m. 20/II, c. 2'ye dayalı farazi iradesi hiç nazara alınmaksızın, *tam veya kısmi PJ taldeu birini serbestçe seçmek, sadece sömürülene ait bir hak olacaktır* : Hiçbir şekilde hukuki himayeye layık olmayan sömürenin ise böyle bir seçimlik hakkı yoktur. O, tam veya kısmi iptal şeklindeki çözümlerden herhangi birisini sömürülene empoze etmek imkanından yoksundur. Bunun gibi, sömürene, *BK. m. 25/IJ kıyas yolu ile uygulanarak, sömürülenin tam iptal beyanı üzerine, aradaki farkı derhal teklif etmek suretiyle*

59) Federal Mahkemeye aynı görüşte: **Buz**, not 58'de age, s. 65.

60) Bkz., **Gauch**, Der Fussballclub und sein Mietvertrag: Ein markanter Entscheid zur Übervorteilung, reebt 1998/2, s. 59.

61) **Gauch**, not 60'da age, s. 58; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 755.

62) **Kramer**, Art 21, N. 53; **Huguenin**, Basler Komm., Art. 21, N. 16. Federal Mahkeme de not 58'de anılan kararında bu düşüncededir. Başka türlü: **Koller**, I, 2.A., § 14, N. 259. -Çiğnenen kanun hükmünün amacı kısmi hükümsüzlükJe yetinmeyi gerektirdiği zaman, BK. m. *İOM*, c. 2 hükmünün uygulanamayacağı hak.kında bkz. **Tandoğan**, La nullite, l'annulation et la resiliation partielles des contrats, Geneve 1952, s. 86 vd.; **Oğuz.. mao/Öz**, 4. bası, s. 142.

borç ilişkisini kurtarmak /haklı da ıa111111amaz⁶³. Hile ve ikrah hallerinde de kabul ettiğimiz bu çözümün⁶⁴, burada bir kere daha ifade edeceğimiz gerekçesi şudur: Sömürene BK. m. 25/II'den kıyas yolu ile yararlanmak hakkını bahşetmek, ona, başkalarını hiçbir rizikoya gimieden dilediği gibi sömünnek için açık kart vennek anlamını taşır. Zira, bu ihtimalde, karşısındaki zayıf durumundan yararlanarak değeri 100 olan malı 40'a ele geçiren kişi, en kötü ihtimalde dahi aradaki farkı teklif ederek sözleşmeyi kurabileceğinden em.in olarak hareket edecek, bu yüzden de, adeta karşı tarafı istismar etme şansını kullanması için teşvik edilmiş olacaktır.

Burada aydınlığa kavuşturulması gereken bir mesele de şudur: Kısmi iptal çerçevesinde, karşılıklı edimler dengelenirken, malın piyasadaki ortalama fiyatı mı esas alınacak--tır, yoksa dengesizlikteki "açık" olma unsurunu kaldıracak, kabul edilebilir veya hoşgörülebilir bir meblağ ile mi yetinilecektir? Sözü edilen ikinci ihtimalde, esas alınan millar, hemen her zaman, sömürülen alıcı ise ortalama piyasa fiyatından daha yüksek sömürülen satıcı ise ortalama piyasa fiyatından daha düşük olacaktır. Öğretide, bu konuya değinen yazarların genellikle ve bizce yerinde olarak birinci alternatifi (ortalama piyasa fiyatını) üstün tuttukları görülüyor⁶⁵. İleri sürülen gerekçeler arasında, bizce en dikkate değer olanı şudur: BK. m. 2 I, zayıf durumdaki sömürüleni korumak üzere kanuna konulmuş bir hükümdür. Şu halde, onu en iyi koruyan çözüm tercih edilmelidir. Çok pahalı satılan mallarda (örneğin piyasa fiyatı 50 olan bir mal 100'e satılıyor), bu, hiç kuşkusuz semeni 50'ye indiren çözüm olacaktır; yoksa, Yargıtay içtihatlarına göre nispetsizlik %25 oranında kalacağı için, açık nispetsizlikten bahsedilemeyen 75'c değil!

...Karşı tarafın zayıf durumunu istismar ederek gabinli bir sözleşme yapmak, bir culpa in contrahendo'ya Tır Hu .Jru!çunda jıakim olan gorus çerçevesince,-s6inureni (kıya_s yolu ile uygulanan-sözleşmeye aykırı-tık"l1lilrumleri çerçevesinde) sözleşmeyi iJıgıl edtn ç iiğ?raı'n olumsuz zararını tazmin etme yükümlülüğü altına sokar⁶⁶. Tartışmalı olmasına rağmen,"bizce burada, tı ki hile- ve ikrah haıl;-rind-eÖldüğ?gıblı.. sö zTeşmeye icazet veren sÖm?rülenin tazminatisteme hak.kı (hileyi incelerken açıkladığımız şartların gerçekleşmesi halinde), BK. m. 31/II hükmünün kıyas yolu ile uyygıJanmaSLsonucu sakJı kalır⁶⁷.

63) Koller, I, 2.A., § 14, N. 258; Gauch/Schluep/Schmid, N. 755; Hürlimann, not 57'de age, s. 101-102; Elbir, not 55'de age, s. 203; Yarg. I. HD. 20. 4. 1946, E. 558, K. 1746 (Sungur, Gabin, İstanbul 1953, s. 182). Aksi görüşte: Bucher, AT, s. 235; Eren, s. 382; Buz, not 58'de age, s. 69 vd. -Krş. Tckinay/Akman/Burcuoglu/Altıp, s. 466. -Federal Mahkeme not 58'de anılan kararında bu noktaya ilişkin görüşünü saklı tutmuştur.

64) Bkz. yukarıdaş 37, N. 31; § 38, N. 15.

65) Kramer, Art. 21, N. 52; Huguenin, Basler Komm., Art. 21, N. 16; Buz, not 58'de age. s. 71-73. Kararsız: Koller, I, 2.A., § 14, N. 258,259. -Federal Mahkeme, not 58'de anılan kararında bu görüşe katılmış, fakat aksi görüş lehine olan bir gerekçeye işaret etmekten de kendini alamamıştır. Şu var ki, olayda ilk mahkemenin kararı bu noktadan itiraza uğramamış olduğu için, Yüksek Mahkeme şimdilik bu konu üzerinde aynca durmaya gerek görmemiştir.

66) Gauch/Schluep/Schmid, N. 748; Kramer, Art. 21, N. 61.

67) Koller, I, 2.A., § 14, N. 260; Gauch/Schluep/Schmid, N. 748; Ossipow, not 2'de age, s. 273; Serozan, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, s. 240, not 56; v. Tuhr/Peter, § 40,

Gabinli sözleşme, BK. m. 21'de öngörülen bir yıllık hak düşürücü süre içinde iptal edilmemiş olsa bile, borcunu henüz ifa etmemiş bulunan sömürülen, sömürenin ifa talebine karşı *gabin definde* bulunarak ifadan kaçınabilir; *bir* başka deyimle, hile ve ikrah halleri için öngörülen BK. m. 60/II, burada da uygulama alanı bulur⁶⁸.

- 32 Bir an için, arada kıyas yolu ile uygulamayı haklı gösteren büyük benzerlikler bulunmasına rağmen, hile ve ikrah halleri için sevk edilmiş BK. m. 31/II ve 60/II'nin, "kanunda bu konuda gabin için bir hüküm öngörülmemiş olduğu" tarzındaki isabetsiz bir gerekçe ile burada uygulanamayacağı farz ve kabul edilse bile, şu noktayı hiç gözden kaçırmamak gerekir: Daha önce de belirttiğimiz gibi, çok defa, gabin olgusu ile birlikte hile ve ikrahın da şartları gerçekleşir ve sömürülen iptal hakkını hem gabne hem de hile veya ikraha dayandırılabileceğini kazanır. Bu gibi durumlarda, reddettiğimiz görüş açısından dahi, gabin dolayısıyla BK. m. 31/II ve 60/II'den yararlanamayan sömürülen, gabinle aynı zamanda gerçekleşen hile veya ikrah sebebiyle bu maddelerin uygulanmasını sağlayabilir.

V. Gabin (BK. m. 21) ve Ahlaka Aykırılık (BK. m. 20/1) Arasındaki İlişki

- 33 Gabinli bir sözleşme, aynı zamanda, BK. m. 2.9/1 uyarınca ahlaka aykırır, bu sebeple kesin hükümsüz sayılabilir mi? Bu sorunun cevabını verirken *Eu* aynı yapıda:

- Olayda, *sadece BK. m. 21'in şartları gerçekleşmiş bulunuyorsa*, gabinle ilgili özel hüküm (BK. m. 21) uygulanır, bunun yanında ahlaka aykırılığı genel olarak düzenleyen BK. m. 20/1'e başvurulamaz (*lex specialis derogat generali*)⁶⁹.

- 34 - Buna karşı, olayda, BK. m. 21'de gabin için aranan şartlar dışında, (örneğin, taraflardan birinin sahip bulunduğu tekel durumunun veya güçlü konumun kötüye kullanılması, mesleki kurallarının ağır biçimde çiğnenmesi, sömürülenin zilyetliğine veya ahlaki değerlerinin kötü ve aşağılık diye ifade edilecek bir şekilde taşınması vs. gibi) ek bir unsur da gerçekleşmiş bulunuyorsa, BK. m. 20'deki ahlaka aykırılık kavramının sınırları içine girer ve bu maddede öngörülen kesin hükümsüzlük (bütünlük) yaptırımını devreye girer⁶⁹ Bunun, son derece önemli bazı nitelikleri vardı:

= Bir defa, BK. m. 21'deki bir yıllık hak düşürücü sürenin geçmiş olması, hiçbir şekilde BK. m. 20 hükmüne dayalı kesin hükümsüzlük yaptırımını

II, s. 347. Aksi görüşte: **Kramer**, Art. 21, N. 61; **Knöpfel-Kunz**, not 13'de age, s. 318; Keller/Schöbi, s. 200; Kalkan, not 2'de age, s. 184-185. -BK. m. 31/II ile ilgili açıklamalar için bkz. yukarıda § 37, N. 38.

68) **Knöpfel-Kunz**, not 13'de age, s. 318; **Sungurbey**, Medeni Hukuk Sorunları, cilt 1, İstanbul 1973, s. 85; **Karahasan**, S. H. Sözleşmeler, s. 266, not 252; Yarg. 4. HD; 7.11.1942, 3637/2684 (**Sungur**, not 3'de age, s. 233, no. 78). Aksi görüşte: **Kramer**, Art. 21, N. 61. - BK. m. 60/II ile ilgili olarak bkz. yukarıda § 37, N. 33.

69) **Oftinger**, not 40'da age, s. 548-549; **Zufferey-Werro**, not 1'de age, s. 138.

nmının (BK. m. 21'de öngörülen iptal hakkından farklı olarak bakım tarafından re'sen gözönünde tutulmak suretiyle) uygulanmasına engel olmaz.

= İkinci olarak, BK. m. 20'nin uygulanabilmesi, BK. m. 21'de gabin için aranan sübjektif şartların (sömürülenin zayıf durumu ve sömürenin bilerek bundan yararlanması) varlığına da bağlı değildir. Şu var ki, olayda, hem BK. m. 21'in şartları tam olarak mevcut, hem de ek bir unsurun varlığı dolayısıyla BK. m. 20'deki ahlaka aykırılık olgusu gerçekleşmiş olabilir. Bu ihtimalde, sömürülenin, her iki hükme de dayanması mümkün olabilecektir^{10.11.}

35

Sözleşmedeki edimler arasındaki açık nispetlilik o.k...aşın hic. düzeyde gerçeleşmesi, bir başka ifa ey e sadece ..açık" değil _:_çok veya ötçüae açık"-6ır nispe sızlığın uTunması(7aesi-oenormissima), -yineBK. m. 20'aeki ahlakaaylünlikyaptırımının uygulanabilmesiUmkanını do!UI mu? Bizim de katıldığımız görüşe göre, nispetliliğin yalnız "açık" olmakla kalmayıp, ..çok veya olağanüstü ölçüde açık" bir nitelik taşıması, BK. m. 21'de bulunması zorunlu olmayan ek bir unsur olup, BK. m. 20'nin uygulama alanına girer⁷². Bizce, Türk Hukuku açısından, Yargıtayın aşın ölçüde yüksek cezai şartlarla ilgili içtihadı bu görüşü kesin biçimde destekler. Gerçekten, taraflar sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi ihtimalleri için (BK. m. 158/I, II), belirli bir miktar paranın cezai şart olarak ödenmesini kararlaştırmış olabilir⁷³. Ne var ki, BK. m. 16 I/III, hakime,

70) Bütün bu açıklamalar için bkz. **Oftinger**, not 40'da age. s. 548 vd.; **Kramer**, Art. 21, N. 62; Art. 19-20. N. 202 vd.; **Zuffercy-Werro**, not ! 'de age, s. 138 vd.; **Elbir**, not 55'de age, s. 198; **Kanım**, Freizeichnungsklauseln im deutschen und im schweizerischen Recht-ein Vergleich, Köln 1985, s. 181 vd. -Federal Mahkemenin hayli eski bir kararına göre (BGE 47.II. 174), ilke olarak, edim ile karşı edim arasındaki açık nispetlilik tek başına ahlaka aykırılığın kabulü için yeterli değildir. Bunun için, içeriği, amacı ve bu sözleşmenin yapılmasına vesile teşkil eden şartlar bakımından, onu genel niteliği itibarıyla ahlaka aykırılık gösteren başka unsurların da buna eklenmiş olması gerekir. Ayrıca bkz. **Sungurbey**, Türkiye'de Bankaların İçyüzü, Çorlu 1994, s. 58 vd. Aksi görüşte: **Bucher**, AT, s. 258-259; **Gaub/Schluep/Schmid**, N. 676; **Buol**, Beschriinkung der Vertragshaftung durch Vereinbarung, Zürich 1996, s. 99-100. Bu yazarlara göre, karşılıklı edimler arasındaki nispetlilik sadece BK. m. 21'e tabidir. Federal Mahkeme de, BGE 115.IT. 236'da yer alan kararında, ters yöndeki önceki kararlarına hiç değinmeden ve gerekçe göstermeden bu düşünceye katılmıştır. (Önceki kararlar için bkz. BGE 47.II.174 ve aşağıda not 72'de anılan karar).

71) Sözleşmenin, yerine göre, aynı zamanda hem kesin hükümsüz hem de iptal edilebilir olabileceği hakkında bkz. yukarıda§ 37,N. 29-30 ve **Kramer**, Art. 21,N. 63.

72) **Kramer**, Art. 19-20, N. 205; **v. Büren**, s. 229-230; **Engel**, s. 306; **Zuffercy-Werro**, s. 231. Aksi fikirde: **Gaub/Schluep/Schmid**, N. 276; **Knocpfel-Kunz**, not 13'de age, s. 329-330; **Bucher**, AT, s. 232, not 18; s. 259, not 86. Federal Mahkeme ise, BGE 93.TI. J 91'de yer alan kararında, (istikrarlı İsviçre ekonomisi açısından) olağan dışı ve çok aşın bulunduğu %26 oranında faiz anlaşmasını ahlaka aylan saymakta tereddüt etmemiştir.

73) Her ne kadar, ceza olarak bir miktar paranın ödenmesinin kararlaştırılması şart değilse de, uygulamada genellikle böyle yapılmaktadır.

fahiş (çok yüksek) gördüğü cezai şart miktarını tenkis etme (indirime tabi tutma) imkanını tanımıştır. Burada, öğretinin belirttiği gibi, *BK. m. 21'de öngörülen gabin hükmünü tamamlayan* özel bir düzenleme söz konusudur⁷⁴. Şu var ki, TTK. m. 24, tacir sıfatını taşıyan borçluları, fahiş oldufsl iddiasıyla cezanın indirilmesini isteme hakkından yoksun bırakmıştır⁵. Yargıtaya göre, TTK. m. 24 uyarınca cezada indirim yapılmasının istenemeyeceği hallerde dahi, borçlunun ekonomik varlığını büyük bir tehlike altına sokacak hatta yıkımına yol açacak kadar yüksek cezai şartlar BK. m. 20 uyarınca ahlaka aykırı sayılır⁷⁶. BK. m. 21 hükmünü tamamlayan özel bir kanuni düzenleme için kabul edilen bu çözümün, doğrudan doğruya gabin halinde de geçerli olacağından şüphe edilemez.

Burada ki butlan, ilke olarak, tam hükümsüzlük değil, aşırılığı törpüleyerek sözleşmeyi tümü ile geçersiz sayılmaktan kurtaracak bir kısmi hükümsüzlük biçiminde **kar-**şımıza çıkacaktır (**BK. m. 20/II**).

-
- 74) **Bucher**, AT, s. 229; **Oftinger**, not 40'da age, s. 537. Bu konuda, diğer bir tarmamJayıcı özel düzenleme, tellallık (simsarlık) sözleşmesi ile ilgili **BK. m. 409'da** yer almalctadır. Şu noktayı ayrıca ekleyelim ki, fahiş cezai şart kararlaştırıldığı vakit BK. m. 21'in uygulanması söz konusu olmaz. Zira cezai şart ödeme taahhüdü, mukabil bir edim göz önünde tutularak girişilen ivazlı bir taahhüt değildir (**v. Tuhr/Peter**, § 87, not 55; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 913).
- 75) Bu hükmün, gerçek kişi tacirler açısından sadece ticari işletmeleriyle ilgili işlemlerinde uygulanabileceği hakkında bkz. **Arkan**, not 51'de age, s. 140; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 913-914.
- 76) Yarg. HGK, 20.3.1974, E. 1970/1053, K. 1974/222 (YKD. 1977/1, s. 21 vd.; **Karaba-san**, TBH, GH, cilt 2, 1992, s. 336 vd); 13. HD. 3.10.1998, E. 2765, K. 4383 (**Karaba-san**, TBH, GH, cilt 2, 1992, s. 332); **v. Tuhr/Peter**, § 87, N, s. 284; **Arkan**, not 51'de age, s. 139-140.

ayrıca somutlaştırılınaya muhtaç bulunan hükümlerdir³. Bu tip hükümlerin, en başta gelen örnekleri olarak, "dürüstlük kuralı" ve "hakkın kötüye kullanılması yasağı" (MK. m. 2), "kişilik hakları" (MK. m. 23 vd.), "kamu düzenine" ve "ahlaka (adaba)" aykırılık (BK. m. 19ff, 20/I), "hak ve nispet=hakkaniyet" (MK. m. 4), çeşitli maddelerde geçen "muhik (haklı) sebep" gibi kavranılan düzenleyen hükümler gösterilebilir. Hakim, bu gibi kavramların içeriğini belli ederken, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümlerden ve o hükümlerde yer alan değerlendirmelerden de yararlanır ve bu yoldan, onların, söz konusu kavramlar aracılığı ile (şu halde, dolaylı biçimde) Özel Hukukta uygulanmalarını sağlar⁴.

- 3) "Bir kanun hükmünün, bir olaya uygulanabilmesi için gerekli unsurları içinde bulundurmayıp, hakime bir araştırma ve değerlendirme ile hükmün unsurlarını tamamlama görevi bıraktığı bütün hallerde bir hüküm içi boşluk söz konusu olur" (**Oğuzman/Barlas, Medeni Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar**, 13. bası, İstanbul 2006, s. 71). Ayrıca bkz. **Germann**, *Grundlagen der Rechtswissenschaft*, 2. A., Bem 1968, s. 96 vd.
- 4) Bu açıklamalar için bkz. **Müller**, *Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts*, Bem 1964, s. 160 vd., 169 vd., **Larenz/Wolf**, § 1, N. 15; § 3, N. 94-95; § 4, N. 50 vd.; **Gauch/Schlup/Schmid**, N. 679; **Serozan**, *Sözleşmeden Dönme*, İstanbul 1975, s. 216, 444, 445; BGE 111.11.253 vd. -"Anayasa hükümlerinin Özel Hukuk ilişkileri üzerindeki etkisi" kavramına çok kuşkulu bir yaklaşım için bkz., **Bucher**, "Drittwirkung der Grundrechte", SJZ 83 (1987), s. 37 vd. -"Şu noktayı ayrıca ekleyelim ki, bugün Alman Hukukunda kendini gösteren yeni bir eğilime göre, Anayasa hükümlerinin öngördüğü bütün değerlendirmelerin, hiçbir sınır tanımaksızın, otomatik biçimde Özel Hukuk ilişkilerine yansıtılacağını sanmak yanlış olur. Böyle bir anlayış, genellikle reddedilen "Anayasa hükümlerinin Özel Hukuk ilişkilerinde doğrudan doğruya uygulanabileceği" görüşü ile sonuçta birleşir. Oysa, Alman Anayasasının 2/I, bizim Anayasamızın 17/1. maddelerine göre, kişilerin "kişiliklerini geliştirme" (Anayasamızdaki deyimle "maddi ve manevi varlıklarını koruma ve geliştirme") hakları vardır. Kişiliği geliştirmek ise, serbestçe hukuki işlemler yapabilmeyi gerektirir. Şu halde, Anayasa hükümleri, kişilerin (yine Anayasa ile teminat altına alınmış) kişiliklerini geliştirme hakkı ile sınırlandırılmış olarak (yani bu son hakka makul ve uygun bir serbest alan bırakmak suretiyle) Özel Hukuka yansıtılabilecek ve örneğin, bir kimsenin vasiyetnamesinde (tasarruf nisabı dahilinde de olsa) erkek çocukları kız çocuklarına tercih etmesi, cinsiyete dayalı olarak Anayasam. 10'daki eşitlik ilkesi çiğnendi denilerek veya bir rekabet yasağı sözleşmesi yapılması (BK. m. 348), Anayasa m. 48'deki herkesin dilediği alanda çalışma özgürlüğüne sahip bulunduğu ilkesine ters düşüldüğü gerekçesiyle, ahlaka veya (Türk Hukuk-u açısından) kamu düzenine aykırı sayılamayacaktır. Bütün bu gibi örnekleri dikkate alarak, Alman öğretisinde, Özel Hukuktaki hukuki işlem yapma serbestisinin Anayasa'dan gelen zararlı ışıklara (radyasyona) karşı korunması gerektiği dahi ileri sürülmüştür. Makul ve uygun çözümlere ulaşılabilmesi için gösterilen adres ise "ölçülülük ilkesi"dir (Verhältnismäßigkeitsprinzip) (Bu açıklamalar için bkz. **Medicus**, AT, N. 694). Ölçülülük ilkesi için bkz. **Y. Metin**, *Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuk-u İncelemesi*, Ankara 2002, s. 19 vd., 187 vd., Anayasa m. 13 ve aşağıda § 36, not 124. -İsviçre Federal Mahkemesi de (bkz. yukarıda anılan karar), konuyu ayrıntılı biçimde ele aldığı kararında, bir yandan Anayasa hükümlerinin dolaylı yoldan Özel Hukuk'ta uygulanmasının hakimleri Özel Hukuka egemen irade özerkliği kavramını da hesaba katmak gibi zor bir problem ile baş başa bıraktığını belirtirken, diğer yandan şu noktaya dikkatle-

"Anayasın hükümlerinin Özel Hukuk ilişkileri üzerindeki etkisi" kavramı ile "Anayasaya uygun yorum" ilkesi birbiri ile kanşırılmamalıdır. Anayasa uygun yorum ilkesinden anlaşılması gereken şudur: Bir kanun hükmü çeşitli biçimlerde yorumlanırsay elverişli bulunuyorsa, Anayasaya en uygun düşen yorum tarzına üstünlük tanınacaktır'.

3

II. Sözleşme Serbestisinin Çeşitli Anlamları

Sözleşme serbestisi, özellikle aşağıda yazılı serbestileri kapsamına alır⁶:

4

- Sözleşmeyi yapma ve yapmama özgürlüğü:

- Sözleşmenin karşı tarafını seçme, yani dilediği kimse ile sözleşme yapma özgürlüğü;

- Sözleşmenin konusu istenen biçimde düzenlemeye bağlı olarak sözleşmenin tipini belirleme özgürlüğü;

- Şekil özgürlüğü;

- Sözleşmede değişiklik yapma ve sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğü.

Kaynağını, bir yandan "tabii hukuk doktrininde", diğer yandan da en parlak devrini 19. yüzyılda yaşayan ve çağınızda tekrar baş tacı edilen "ekonomik liberalizmde" bulan sözleşme serbestisi⁷, ferdi (bireysel) özgürlüğün egemen olduğu bir toplum düzeninin varlığını farz eder. Bu toplum düzeninde, ekonomik hayattaki iş bölümü dolayısıyla, kişiler çalışma güçleri, bilgileri ve malları üzerinde serbestçe tasarruf edebilmekte, bunun sonucu olarak da başka kişilerle çeşitli alanlarda sözleşme ilişkisi içine girebilmektedirler⁸. Bu ilişkiler kurulurken tarafların, görüşmeler yolu ile, her iki taraf için de adil ve uygun sayılabilecek bir çözümde mutabık kalmaları asıl sayılmakta ve böylece, şekli anlamda sözleşme özgürlüğünün, aynı zamanda maddi anlamda sözleşme adaletinin de garantisi olduğu so-

5

ri çekmektedir: Anayasada yer alan temel haklara ilişkin tüm hükümler her zaman Özel Hukuk ilişkilerini düzenlemeye elverişli olmadıkları gibi, tüm Özel Hukuk ilişkileri de aynı şekilde Anayasa hükümlerince yöneltilmeye ihtiyaç göstermezler.

5) **Larenz/Canaris**, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3.A., Berlin Heidelberg 1995, s. 160; **Larenz/Wolf**, § 4, N. 48. Yargıtay, bu ilkeyi şöyle ifade etmektedir: "Yasa kullannın, birer bağlayıcı ve üstün hukuk kuralları olan Anayasa hükümleriyle birlikte ve onlarla çelişmeyecek biçimde yorumlanması esastır. Bir yasa kuralı, değişik biçimlerde yorumlanabiliyorsa, bunlardan Anayasaya en uygun olanının benimsenip uygulanması gerekir" (Yarg. HGK, 26.1.2000, E. 1999/18-1052, K. 2000/10, YKD 2001/6, s. 807).

6) Bu konuda özellikle bkz. **Oftinger**, Die Vertragsfreiheit, in: Ausgewählte Schriften, Zürich 1978, s. 47; **Medicus**, SR I, § 10, N. 63 vd.; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 613 vd.; Tandoğan, 1/1, s. 9 vd.; Eren, s. 270; Bugucnin, Basler Komrn. Art. 19-20, N. 4 vd.

7) Schwenzer, N. 25.04.

8) Schönnberger/Jaggi, Vorbem. vor Art. 1, N. 205.

nucuna varılmaktadır. Oysa, realite böyle değildir. Kurulacak sözleşmenin adil olabilmesi, tarafların görüşme (müzakere) güçleri⁹ arasında eşitliğin bulunması şartına bağlıdır. Uygulamada, sözleşenlerin, piyasa durumu hakkındaki bilgileri, zekaları, müzakere yetenekleri ve herşeyden önemlisi sosyo ekonomik güçleri arasında büyük farklar mevcuttur. Eşit olmayan taraflar arasında kurulacak sözleşmenin ise, adil olamayacağı açıktır. Kaldı ki, günümüzde, güç dengesi o denli bozulmuştur ki, artık, bir çok hallerde, sözleşme görüşmeleri bile gereksiz bulunmakta ve güçlü olan tarafın bir taraflı olarak hazırladığı¹⁰ genel işlem şartlarının diğer tarafa empoze edilmesi ile yetinilmektedir'. O halde, bu durum karşısında hukuka düşen bir görev vardır: Sırf şekli anlamda kalan bir sözleşme serbestisi kavramı ile yetinmemek ve Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan "sosyal hukuk devleti" kavramından hareket ederek, sözleşme adaletinin yokedilmesini önleyecek bir "maddi anlamda sözleşme serbestisi" ilkesini geliştirmek, bir başka deyimle, sözleşme adaletini sağlamak üzere sosyo ekonomik açıdan (yapısal olarak) güçsüz dununda olan sözleşenleri, güçlü olanlara karşı korumak¹¹. Nitekim, Alman Anayasa Mahkemesi, 19.10.1993 tarihli kararında aynen şunları kaydetmektedir:

- 6 *"Bugün, sözleşme özgürlüğünün sadece taraflar arasında yaklaşık bir güç dengesinin var olması durumunda çatışan menfaatleri dengelemeye yaradığı ve zedelenmiş sözleşme eşitliğinin giderilmesinin günümüz Medeni*

9) "Bargaining power", "Verhandlungsmacht".

10) Bu açıklamalar için bkz. **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 622; **Esser/Schmidt**, Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 7.A., Heidelberg 1992, s. 157; **Schwenzer**, N. 25.06; **Larenz/Wolf**, § 42, N. 1 vd.-**Serozan'a** göre "Giderek keskinleşen ekonomik, sosyal ve entellektüel bağımlılık ilişkileri içinde, beyin yıkayıcı, şartlandırı, çarpıtıcı pazarlama teknikleri karşısında, kredi (borç) sarmalında ve özellikle genel işlem koşulları tuzakları önünde, "eşit bireyler arasında eşit koşullar altında serbest ve adaletli sözleşme" hayali, iskambil kağıdından kurulu şatolar gibi çökmüştür. Müşteri büyük işletmelerin karşısında pazarlık gücünden yoksundur" (**Serozan**, Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul 2002, s. 42-43). Bu konuda ayrıca bkz. **Medicus**, SR I, § 10, N. 73 - Sözleşme serbestisinin her zaman bir hayalden veya ütopyadan ibaret bulunduğu görüşü iJe ilgili olarak bkz. **Merz**, Vertrag, N. 102, s. 61.

11) Bkz. **Schwenzer**, N. 25.07; **Larenz/Wolf**, § 2, N. 44 vd. özellikle 49 vd. İsviçre Federal Mahkemesi de 26.6.1997 tarihli kararında, özellikle "İdra sözleşmesi", "İş Hukuku", "tüketicinin korunması" ve "genel işlem şartları" ile ilgili olarak, maddi anlamda sözleşme adaletinin, şekli anlamda sözleşme serbestisinin yerini aldığına işaret etmiştir (BGE 123.III.298). -Kaynağını Amerikan Hukuku öğretisinde bulan ve metinde açıklanan düşüncelerle bağdaşmayan "hukukun ekonomik analizi" görüşü ve buna yöneltilen eleştiriler için özellikle bkz. **Larenz/Wolf**, § 4, N. 26; **von der Crone**, Rahnenvertriige, Zürich 1993, s. 17 vd.

Hukuku'mm en önemli ödevlerinden biri olduğu konusunda yaygın bir fikir birliği mevcuttur."¹²

Biz, aşağıda, önce sözleşme yapıp yapmama serbestisini; daha sonra ise, BK. m. 19-20'de düzenlenen, sözleşmenin konusunu ve dolayısıyla tipini belirleme özgürlüğünü, bunlar için öngörülen sınırlamalar ile birlikte ele alacağız.

§ 41. Sözleşmeyi Yapıp Yapmama Özgürlüğü Açısından Sözleşme Serbestisinin Sınırları

I. Kural

İlke olarak, bir kimse kendisi ne karşı-yapılmış bir icap-üzeyirre-malını sarıp satmamakta, kiraya verip vennemekte, kısaca herhangi bir konuda sözleşme yapıp yapmamakta serbesttir. Görüldüğü gibi, söz konusu olan, kabul beyanında bulunup bulunmama hususundaki özgürlüktür. Buna karşı, bir kimse kendisine karşı yapılan icabı kabul etmek mecburiyeti altına sokulduğu zaman sözleşme yapma zorunluluğu söz konusu olur¹. Bu serbesti, hiç kuşkusuz, sözleşmenin kiminle yapılacağı konusunda da bir özgürlüğün bulunduğu anlamını taşır. Zira, sözleşmeyi yapıp yapmamakta serbest olan kişinin, onu dilediği kimse ile yapmak hususunda da tam bir hareket serbestisine sahip olacağı açıktır.

Görülüyor ki, sözleşme i yapıp y apmama serbestisi yanında, sözleşme Y!1Pl]]a me?l2. uriyeti?pcak bir isti_şna_ olarak. karşımıza çıkabilic Öğretide, çok defa, sözleşme yapma mecburiyetinin iki ka}:'naktan doğabileceğine İşaret ediliyor. Burı ardan birincisi "kanundan" doğan sözleşme yapma zorunluluğu: -dt?ri ise?"sozfe rrieQen." - (özel l l Tlde bir ön sözleşme en_Q&an söz eşme yam<! zorutıluluğudın: : Oysa, bir sözleşme yap? ½ Jlerde bir başka sözleşmeyi kurma hususunda borç altına giren tarafın yüklendiği sözleşmeyaf)ma-meclmriyefinin emelindeyinelenai serbest irades-i yattığına-göre; bu? gibi dunımlaroa'gerçek an/aını ile bır sôjleJrrie-yı!J2ma-zorunluluğundan bahse?i}em.ez³

12) NJW 47 (1994), s. 36 vd. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. **Atamcr**, İÜHFM, 1997/3, s. 419 vd. Yukarıda, esas itibarıyla **Atamer'in** çevirisi esas alınmıştır. Ayrıca bkz. **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 623.

1) **Larenz**, SR I, s. 42; **Eren**, 9. bası, s. 272 ve aşağıda not 23'de anılan Yarg. HGK'nun 10.12.2003 tarih ve E. 2003/4-693, K. 2003/740 sayılı karar.

2) Örnek olarak bkz. **Eren**, 9. bası, s. 272; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 144.

3) Buradaki gibi: **Schwenzer**, N. 26.04; **Larenz**, SR 1, s. 42, not 6; **Gernhuber**, Handbuch des Schuldrechts, Band 8, Das Schuldverhältnis, Tübingen 1989, s. 130-131. Ayrıca bkz. **Kramer**, Art. 19-20, N. 100.

il. İstisnalar

1. Kanunun Açık Hükmü ile Öngörülen Sözleşme Yapma Zorunluluğu

- 2 Özellikle, olağanüstü durumJarda, kanun yolu ile sözleşme yapma zorunluluğu ihdas edilebilir. Bunun en güzel örneklerinden birisi, ikinci dünya savaşı sırasında kabul edilen ve daha sonra 1960 yılında yürürlükten kaldırılan 18.1.1940 tarih ve 3780 sayılı Milli Korunma Kanunudur. Bu kanun gereğince, örneğin haklı bir sebep olmaksızın mevcut bir malı satışa arz etmemek veya satmaktan kaçınmak yasaklanmış bulunuyordu⁴.

Olağanüstü durumlarla ilgili olmaksızın kanunla öngörülen bir sözleşme yapma mecburiyeti örneğine Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 5 hükmünde rastlıyoruz. Bu hükmü aşağıda ayrıca inceleyeceğiz.

2. Kamu Hukukundan Doğan Sözleşme Yapma Zorunluluğu

- 3 Kamu hizmeti gören ve toplumun hayatı ilitiyaçlarını karşılayan kamu idareleri veya kurumları, bunlara bağlı teşekküller yahut imtiyaz suretiyle bu hizmetleri yerine getiren işletmeler, kanunda bunlara sözleşme yapma zorunluluğu yükleyen açık bir hüküm bulunmasa bile, "hizmetten yararlanacak kişinin gerekli şartları taşıması ve hizmetin görülmesinde kanunî ve teknik imkanların bulunması" kaydı ile⁵ sözleşme kurma zorunluluğu altındadır⁶. Şu halde, örneğin Posta İdaresi, Devlet Demiryolları, elektrik, su, havagazı, doğalgaz dağılımını yapan kuruluşlar, karşı taraf gerekli şartlara sahip olduğu ve hizmeti yerine getirmek imkanı bulunduğu takdirde, sözleşme yapmaktan kaçınamazlar⁷. Şu noktaya dikkat etmek gerekir ki, bu çözüm, anılan kuruluşlar bahis konusu hizmetler açısından bir tekel konumundan yararlanıyorsa, ayrıca bu olguya da dayanacaktır⁸. Bizce, bütün bu düşünceler, özelleştinme sonucu bu gibi hizmetleri yerine getiren ticaret şirketleri için de, aşağıda belirtilen esaslar çerçevesinde geçerliliklerini koruyacaktır⁹.

4) Özellikle bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 140 ve not 470; **Feyzioğlu**, I, s. 275.

5) Bkz. Yargıtay HGK'nun 13.5.1977 tarih ve E. 4-1976, K. 480 sayılı karar (YKD. 1978/8, s. 1256-1257).

6) Yargıtay hizmet veren kuruluş ile hizmetten yararlanan arasındaki hukuki ilişkiyi, bir kamu hukuku ilişkisi değil, iltihaki (katılmalı) sözleşme biçiminde gerçekleşen bir özel hukuk ilişkisi saymaktadır (Bkz. Yargıtayın 5.4.1944 ve 12 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı, RG 5915 ve yukarıda not 5'de anılan karar). Kış. v. **Tuhr/Peter**, § 33, Ul, s. 278 vd.

7) Bu konuda bkz. **Larenz**, SR I, s. 48.

8) **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 144, 146.

9) Ayrıca k: rş. **Larenz**, SR I, s. 48, not 27.

3. Özel Hukuktan Doğan Sözleşme Yapma Zorunluluğu

Özel Hukukta, sözleşme yapma serbestisi asıl olmakla birlikte, bazı hal-
lerde, istisna olarak, sözleşme yapma zorunluluğu söz konusu olabilir. Bu
konuda verilen en klasik örnek şudur: Uğradığı köyde yemek yemek iste-
yen bir kimseye, köyün tek lokantacısı yemek servisi yapmayı reddederse,
lokantacının bu tutwnu, *aym edimi kendisinden bekieuabilir biçimde başka
yerden tedarik etme imkanına sahip olmayan kişiye karşı*¹⁰ bir sözleşme
yapma zorunluluğu doğurabilir. Burada, yerine getirilmesinden kaçınılan
edimin mutlaka hayatı (yaşamsal) önemde ihtiyaçlara ilişkin olması da yeni
görüşlere göre şart olmayıp, normal ihtiyaçları karşılayan bir sözleşmenin
reddedilmiş olınası dahi yeterlidir¹¹. Bu sonucun hukuki dayanağının ne
olduğu hususunda ise görüş birliği yoktur. İleri sürülen belli başlı görüşler
şunlardır:

*a - Birinci görüş: Bu gibi durumlarda, sözleşme yapma zorunluluğu-
nun hukuki dayanağı, hakları kötüye kullanılması y.ğ.ınLg_e.tiLen MK. m.
2/II hükmüdür. Lokantacı, sözleşme yapmaktan kaçınmak suretiyle, söz-
leşme yapıp yap!)1p:ak-lusustı O c!ala llallını kötüye kullarınıstr17:-*

Bu görüşe karşı yapılabilecek birinci itiraz, sözleşme serbestisinin, bir
başka deyimle, bir kimsenin sözleşme yapıp yapmamak hususundaki öz-
gürlüğünün, MK. m. 2/II anlamında bir "hak" oluşturmadığı, bu sebeple de
bir hakkın kötüye kullanılmasından söz açılmayacağı şeklinde olabilir¹³.
Derhal belirtelim ki, gerçekten bir "hakkın" bulunmadığı sonucuna varılsa
bile, bu itiraz yerinde değildir. Zira, bugün, MK. m. 2/II'nin uygulanabil-
mesi için mutlaka teknik anlamda bir "hakkın" bulunması aranmıyor ve

10) Son derece önemli olan bu şarta, her zaman gereği gibi dikkat edilmediği görülmektedir.
Bu şart ile ilgili olarak özellikle bkz. **Bydlinski**, Zu den dogmatischen Grundfragen des
Kontrahierungszwanges, AcP 180 (1980), s. 30, 41, s. 44 not 60; **Medicus**, SR I, § 11,
N. 84.

11) **Bydlinski**, not 10'da age, s. 37; **Kramcr**, Art. 19-20, N. 110. Federal Mahkeme de,
aşağıda incelediğimiz 7.5.2002 tarihli kararında bu görüşe katılmıştır. (Bkz. aşağıda N.
24)

12) Bu düşüncede olanlara örnek olarak bkz. **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 146 ("dürüstlük
kuralı" esas alınmak suretiyle genel olarak MK. m. 2'ye yollama yapılıyor); **İnceoğlu**,
Sözleşme Yapma Zorunluluğu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5. Madde-
sinin Bu Açıdan Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Ayrılmış, İs-
tambul 2000, s. 394 ve not 15, 403, 404; **Kramcr**, Art. 19-20, N. 114 (bu son yazar, ay-
nca, üçüncü görüş çerçevesinde ele aldığımız MK. 24'e dayanma imkanını da saklı tutu-
yor); **Gürzumar**, Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, Ankara 2006, s. 53, 57 (MK. m. 24/I
ve BK. m. 41/II'ye dayanabilme imkanlarına kapıları kapatmıyor); Yarg. 3. HD.
23.2.1999, E. 1999/1292, K. 1999/1696 (YKD. 1999/6, s. 770). Anılan kararda, ikinci
görüş olarak açıkladığımız, BK. m. 41/II'ye dayanma imkanı da saklı tutuluyor.

13) Federal Mahkeme, 2.2.1954 tarihli kararında bu konuda çok tereddüt ehniş ve kesin bir
sonuca varmaktan kaçınmıştır (BGE 80.II.40, 43).

kurumların (müesseselerin) dahi MK. m. 2/II anlamında kötüye kullanılabilceği (burada "sözleşme özgürlüğü kurumunun" kötüye kullanılması söz konusu olacaktır) genellikle kabul ediliyor¹⁴.

Daha esaslı olan ikinci itiraz, MK. m. 2/II'nin *ikincil* (tali) karakteriyle ilgilidir. MK. m. 2/II'nin uygulama alanı bulabilmesi için, problemin kanunun başka hükümlerine dayanarak (hatta boşluk doldurma yoluyla dahi) çözüme bağlanmasının söz konusu olamaması gerekir¹⁵. Oysa, aşağıda görüleceği gibi, incelediğimiz konu başka hükümlere ve ilkelere dayanılarak çözüme bağlanmaya elverişlidir.

Anayasam. 13 hükmüne göre temel hak ve hürriyetler (sözleşme serbestisine ilişkin Anayasa m. 48/1 de hiç kuşkusuz buna dahildir) "ancak kanunla" sınırlanabilir. Şimdi-den belirtelim ki, sözleşme yapma özgürlüğüne sınır getiren MK. m. 2/II gibi, aşağıda incelenen MK. m. 24-25 ve BK. m. 41/11, genel nitelikte hükümler olmalarına rağmen, Anayasam. 13'ün aradığı "ancak kanunla sınırlama" şartını yerine getirirler¹⁵³.

- 6 *b - İkinci görüş:* İncelenen örnekteki gibi durumlarda, sözleşme yapmaktan (makul ve haklı görülebilecek bir sebep bulunmaksızın) kaçınmak, BK. m. 41ff'i anlamında ahlaka aykırı bir eylem ile karşı tarafa zarara verilmesi anlamını taşır ve (bakimin gereğinde BK. m. 43'e dayanarak sözleşmeyi kurulmuş saymak biçiminde aynen tazmine de hükmedebileceği) bir tazminat borcunun doğumuna yol açar¹⁶.

Bu görüşün zayıf tarafı, zarar göreni BK. m. 41ff'i'nin ispatı biç de kolay olmayacak şartlarının içine hapsedmesidir. Gerçekten, bu yoldan sonuç alabilmek için, karşı taraf, hem zararını hem de zarar verenin zarar verme kastını ispat etmek zorundadır.

- 7 *c - Üçüncü görüş:* Bir haksız fiil işlendiği vakit, tazminat talebi yanında, bir zararın ve kusurun varlığını gerektirmeyen başka talepler de doğar¹⁷. Bu taleplerden burada bizi ilgilendirenler, hukuka (veya ahlaka) aykırı du-

14) "Kurumların kötüye kullanılması" (kurumsal kötüye kullanma) (Institutionenmissbrauch) kavramı ile ilgili olarak bkz. **Mayer-Maly**, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Basel 1996, Art. 2, N. 55; **Kramer**, Art. 19-20, N. 114, 232. Alman Hukukunda aynı yönde açıklamalar için bkz. **Larenz/Canaris**, Lehrbuch des Schuldrechts, IU2, 13.A., 1994, s. 461-462; **Jauernig/Vollkommer**, § 242, N. 34.

15) **Baumano**, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. 1/1, Einleitung, Zürich 1998, Art. 2, N. 27,240; **Merz**, Art. 2 ZGB, N. 49.

15a) Bkz. **Gürzumar**, not 12'de age, s. 51, 62.

16) **v. Tuhr/Peter**, § 33, 11n,2, s. 284; **Eren**, s. 273, 275-276 (yazar, BK. 41/I'e dayanma imkanını da saklı tutuyor); **Schwenzer**, N. 26.13, 15.02 (yazar, aşağıda üçüncü görüş çerçevesinde ele alacağımız, MK. 24'e göre kişilik haklarının korunması alternatifine de işaret ediyor).

17) Bu konudaki açıklamalar için bkz. **v. Tuhr/Peter**, § 48, IV, s. 440 vd.; **Dessche-nauxffercier**, La Responsabilite civile, 2. ed. Berne 1982, s. 193 vd.; Tandoğan, Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara 1961, s. 245 vd.

nımun ortadan kaldırılmasına yönelik "tecavüze (saldırıya) son verilmesi talebi"¹⁸s ve ileride gerçekleşmesi kuvvetle muhtemel bir tecavüz tehlikesi dolayısıyla ileri sürülebilen "önleme" (kaçınma, içtinap) talbidir¹⁹. Şu halde BK. m. 41/II hükmünden, bu maddede öngörülen ağır şartları (özellikle kusur şartını) içemleyen başka talepler de çıkarılabilir ve sözleşme yapma zorwıluluğu, yerine göre, "tecavüze son verilmesi" (tecavüzün ortadan kaldırılması) veya (meydana gelmesi büyük ihtimal dahilinde olan) "tecavüzün önlenmesi" talepleriyle de sağlanabilir. Durumu şöyle bir örnekle açıklayabiliriz: Bir ay kalmak üzere geldiği ücra kö lokanta işleticisinin hiçbir sebep gösterme en servis yapmayı reddetmesi üzerine, tğionesirrin kendisindeıl.5eklenebileceği) yakın mesafede baska bir lokanta da bulamayan A, BK. m. 41/II anlamında ahlaka aykm bir eylem ile tecavuze uğfafiştir. O u durumda, BK nı, eki tazminat davası yanında, lokantaya kabul edilmesini sa ğlamak üzcrı:c lı-r "tecavüz.e.son verilmesi" davası-açabilecegi gibi, ilı: de Jıleydana elbilecek tecavüzlere engel olmak üzere, "önleme davası" da açabilir. Tekrar edelim ki, her iki davada da, davacı (bir tazmina-tdavası soz-koriusu olmadığı için) BK. m. 41/11'de öngörülen "zarar verme kastı" ve "zarar" unsurlarını ispat etmek mecburiyeti altında değildir.

Lokanta işleticisinin, sözleşme yapmaktan kaçınması, A'nın kişilik haklanritrla-1-eden-biçimde-de-gerçekleşmiş olabilir (MK. m. 24).-Örneğin, o, 'zenci olan A'yrderisinıff rengrdofayrsrileıeddetmiş bulurunaktadır. Bu durumda, lokanta işleticisinin ayrımcı davranışı sonucu haysiyeti kırılan ve kişilik hakkı ihlal edilen A, BK. m. 41/II'den yararlanmaya gerek kalmaksızın, doğrudan doğruya MK. m. 25 hükmüne dayanarak, bu maddenin açıkça andığı "tecavüze (saldırıya) son verilmesi" ve "tecavüzün (saldırınm) önlenmesi" davalarını açabilir. Derhal belirtelim ki, şeref ve haysiyetinin yahut itibarının çiğnenmesi suretiyle kişilik hakkı ihlal edilen A'nın MK. m. 25 hükmüne dayanarak açtığı davada, bir başka yerde yemek yemesinin kendisinden beklenebilir olup olmayacağına da bakılmaz. Şu halde, her tarafı restoranlarla dolu Beyoğlu İstiklal caddesinde veya Tarabya'da zenci olduğu gerekçesiyle içeri alınmayan Ada anılan davaları açabilir²⁰.

18) Beseitigungsanspruch, action en cessation du trouble.

19) Unterlassungsanspruch, action en prevention du trouble.

20) Başka türlü: Bydlinski, not 10'da age, s. 44, not 69; Medicus, SR, I, § 11, N. 84. Bu yazarlara göre, lokanta işletmecisi ayrımcılık yaparak, örneğin zencilerle sözleşme kurmayı reddettiği vakit, özellikle civarda kolaylıkla bir başka lokanta bulunabilecek hallerde, karşı tarafa sözleşmenin kurulmasını sağlamak üzere bir dava hakkı tanımak yerinde değildir. Zira, bu yola gidildiği vakit, istemeye istemeye (dişlerini gıcırdatarak) servis yapan lokanta işletmecisi ile hiçbir şekilde kendisini rahat hissetmeyecek müşteri karşı karşıya getirilecektir. Onun için, bu gibi durumlarda, müşteriye bir miktar para

- 9 Bu görüşe karşı (çözümün kişilik haklarını koruyan MK. m. 25'e dayanmayıp sadece BK. m. 41/II'den hareket ederek bulunduğu ihtimallere ilişkin olarak) yöneltilen önemli bir eleştiri vardır. Buna göre, *olumlu bir davranışın* aynen yerine getirilmesini istemeğe yönelik taleplerde artık "tecavüzün son bulması veya ortadan kaldırılması" davalarından söz açmak anlamsızdır. Yukarıdaki örnekte, lokanta işleticisi sözleşme yapma yükümlülüğü altında bulunduğuna göre, onun bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, tecavüze son verilmesi davası açılabilceği kabul edilirse, örneğin bir sözleşmeden doğan bir malı teslim etme veya bir miktar parayı ödeme borçlarını yerine getirmeyen borçluya karşı da ifa davası yerine tecavüze (saldırıya) son verilmesi davasının açılabilceği kabul edilmek gerekir ki, böyle anlamsız bir sonuç hiçbir şekilde söz konusu olamaz²¹.

Öyle sanıyoruz ki sözleşme yapma hakkının karşı tarafı ki kişilik hakları ile ilgili olduğu sfuru.ınlarda, "tecavüze (saldırıya) son verilmesi" ve "son verme" davalarının açılması MK. m. 25 tarafından açıkça hükme bağlandığına göre, MK. m. 24 hükmünün ihlal edildiği durumlarla sınırlı kalmak ve kişilik haklarına yapılan saldırıyı ortadan kaldırmının veya önlemenin bir aracı olmak kaydı ile, bu davaların açılmasına bir engel düşünülemez. Gerçekten, bir çok hallerde, makul ve haklı bir sebep olmaksızın ve özellikle başkalarının da dikkatini çekerek sözleşme yapmaktan kaçınmak karşı tarafın kişilik haklarını zedeler. Lokantaya girip masaya oturan müşteriye, herhangi bir sebep göstermeksizin "Size servis yapmayacağız, burasını derhal terk edin" demek dahi onun haysiyetini kırar ve onu jzleyen diğer müşteriler önünde küçük düşürür. Ancak, aynı örnek çerçevesinde, kişilik haklarını zedelemeyen faraziyeler de karşımıza çıkabilir. Örneğin, köydeki tek lokantacı (en yakın yemek yenecek yerin kilometrelerle uzak olduğu bir ihtimalde), içeri giren turiste, daha bir masaya oturma imkanını bulmadan, etrafın dikkatini çekmeksizin ve son derece kibar bir ifadeyle, köyde ikamet etmeyenlere servis yapmadıklarını söylerse durum böyledir. Bu durumda, turist, kişilik haklarının ihlaline değil, sadece karşı tarafın davranışındaki ahlaka aykırılığa dayanabilecektir.

şeklinde bir manevi tazminat davası açma hakkının tanınması ile yetinilmelidir. Bizce, ne kadar sıkıntılı bir durum yaratacak olursa olsun, hukukun üstünlüğünü göstermek için herşeyi göze alan ve mahkeme karar ile o lokantaya gidip kendisine servis yapılmasında ısrarlı olan davacıyı, kanunun (MK. 25) tanıdığı "tecavüze (saldırıya) son verilmesi" veya ileriye dönük olarak "tecavüzün(saldırının) önlenmesi" davalarını açma hakkından yoksun bırakmak yerinde değildir.

- 21) Bu düşüncede: **Bydünski**, not 10'da age, s. 11 vd. Aynı yönde açıklamalar: **Kramer**, Art. 19-20, N. 113. Bu son yazara göre, sözleşme yapma yükümlülüğünü yerine getirmeyen kimseye karşı açılan davada, tecavüzün sona erdirilmesi davasında olduğu gibi "eski halin aynen yerine getirilmesi" değil, "bir yükümlülüğün aynen ifası" istemi söz konusu olur.

d - Dördüncü görüş: Bu görüşün hareket noktası da, aynen üçüncü görüşte olduğu gibi, BK. m. 41/II (Alınan Hukukunda BGB § 826) hükmüdür. Alınan Hukuku öğretisinde hayli yaygın olan bu görüşe göre²², *bir kanun hiilmui, belirli bir davranışa tazminat yaptırımını (müeyyidesini) bağlamışsa. bundan örtülü biçimde, o davranış yasakladığı sonucu çıkar.* Şu halde, ahlaka aykırı davranışlar için bir tazminat ödenmesini öngören BK. m. 41/II hükmü, aynı zanıanda, bu gibi davranışları yasaklayan ve onlardan kaçınmayı emreden bir hükümdür. Oysa, ahlaka aykırı olduğu için bir davranış (burada, sözleşme yapmaktan kaçınmak) yasaklandığı vakit, mantıken zoninlu olarak, bunun tersine hareketin, yani sözleşmeyi kunnanın emredildiği kabul edilmek gerekir. Bir başka deyimle, *karşı tarafça sözleşmenin ihlallrulmasmm reddedilmesi alıldka aykırı olduğu için yasaklanmışsa, sözleşmenin yapılması emredilmiş demektir.*

Bizce, bütün bu görüşlerin ışığında varılması gereken *sonuç* şöyle özetlenebilir:

- Olayda davacının kişilik haklarına bir tecavüz gerçekleşmişse, saldırının ortadan kaldırılması istenebilir veya incelediğimiz örneğin özelliklerine daha uygun düşen biçimde ilerde gerçekleşebilecek bir saldırının engellenmesi için bir "önleme" (kaçınma, içtinap) davası- açılabilir ve. örneğin zenci olduğu için bir restorana veya gece kulübüne alınmayan kişi bu yol-
"dan tekrar aynı lokale gidip oturma imkanını kazanabilir (MK. m. 25/1). Bu avalanın açılması, ayrıca "zarar" ve davalı açısından "kusur" şartlarının ispatına bağlı değildir. Görüldüğü gibi, bu ihtinialde, kişilik haklarını koruyan MK. m. 25/I aracılığı ile üçüncü görüşe uygun düşen bir çözüme ulaşılmaktadır. Şu noktayı ekleyelim ki, davacının, şartları gerçekleşmişse, kişilik haklarına saldırı yanında, ayrıca aşağıda belirtilen esaslar çerçevesinde BK. m. 41/II hükmüne dayalı ahlaka aykırılığı öne sürmesine de bir engel yoktur.

- Kişilik haklarının ihlalinin söz 15_qrı.usu olmadığı dunımla(da., mese-
lenin çözümü iJ.k. planO_a dq rdyncü görüş çe !,Ç??esinde aranmalıdır. Gerçek-
ten, BK. m. 41ffi'den, hiç değilse...örtülü biçimd? (ii.innerij: ahlakaaykın
davra n !\$.?11 yasa! <1?II!IIIŞ bulunduğu_s.on. cunı,m ıkar!!!!laS;-enndedir.
Köyün veya kasabanın tek fırını veya lokantacısı, turistin sözleşme yapma
icabı karşısında öyle veya böyle mutlaka bir karar vermek mecburiyetinde-
dir. Bu karar, ya icabın kabul edilmesi suretiyle sözleşmenin kurulması ya
da icabın reddedilmesi şeklinde olacaktır. Bunun dışında başka bir seçenek
yoktur. Olayın özellikleri gereği, sözleşmeyi kurmaktan kaçınma ahlaka

22) Bkz. **Larenz**, SR 1, s. 48; **Gernbuber**, not 3'de age, s. 134-135; **Palandt/Hcinrichs**, 64.A., Einf. vor § 145, N. 9. Avusturya Hukukunda aynı eğilimde: **Bydlinski**, not IO'da age, s. 13. -Krş. **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1114.

aykırı bir nitelik taşıyorsa, mutlaka bir karar vermek mecburiyetinde olan fırıncı veya lokantacı için diğer seçeneği esas alıp sözleşmeyi kurma mecburiyeti var demektir. Bu durumda, sözleşme yapmaya yönelik icabı reddedilen karşı taraf, diğerinin sözleşmeyi kurma yükümlülüğünü aynen ifa etmesini (yoksa «aynen tazminini» değil) zararın ve kusurun ispatı söz konusu olmaksızın talep ve dava edebilir. Gerçekten kusur (kast) ve zarar BK. m. 41/II'de bir tazminat talebi için öngörülmüş unsurlardır. Burada söz konusu olan bir tazminat talebi değil, tazminata ilişkin kanun hükmünden dolayı biçimde çıkarılan (sözleşmenin kurulmasına yönelik) bir aynen ifa talebidir. Aynen ifa taleplerinde ise kusur ve zarar şartlarına yer yoktur^{22a}. Zararın ve kusurun (BK. m. 41/II uyarınca "kastın") ispatı, ancak aynen ifa yerine yahut aynen ifa yanında "tazminat" talep ediliyorsa sırf bu tazminat talebi açısından gündeme gelir.

- 12 Aşağıda not 29'da değineceğimiz üzere aynen ifa talebi, kurulmak istenen sözleşmenin konusunun apaçık belli veya belirlenebilir olması hali için geçerlidir. Sinemaya giden, gişede ilan edilmiş bilet bedelini ödeyerek, gösterileceği ilan edilmiş filmi seyrederek; lokantaya giden kişi yemek listesinde gösterilmiş yemeklerden seçip sipariş ettikleri karşılığı aynı listede açıklanmış olan miktarı öder. Bu gibi durumlarda taraflar arasında ayrıca müzakere edilmesi gereken bir nokta yoktur. Buna karşı karışık ve esaslı noktalan tarafların görüşmesi ile somutlaşarak açıklığa kavuşacak bir sözleşmenin yapılması söz konusu ise, taraflardan biri herhangi bir müzakereye girmeyi baştan reddedip "Ben sizinle sözleşme yapmam" dediği zaman, (şartlan varsa) yine BK. m. 41/II'ye dayalı sözleşme yapma mecburiyeti dördüncü görüş çerçevesinde doğar, fakat aynen ifa (sözleşmenin hakim tarafından kurulmuş sayılması) değil, sadece (sözleşme yapmayı reddeden tarafın BK. m. 41/II'de öngörülen biçimde kusurlu olması kaydı ile) bir tazminat yükümlülüğü ortaya çıkar. Bu tazminat belli edilirken, zararın ispatı açısından, sözleşme müzakereleri başlasaydı bunun her iki tarafça uygun görülen bir anlaşma ile sonuçlanmasının ne dereceye kadar ihtimal dahilinde olduğunu dikkate almak gerekir (BK. m. 42/II).

- 13 - Nihayet, olayda kişilik haklarına teca . ulıwmadığı ve ahlaka ay-
la se enın e mümkün g Qıııkmediğı-ıhtimallerde, "ikincilik"
taTiJiI<fill<:esi ile kısıkvrak bağlanan ve u (@lanama):'.an hakkın kötüye kul-
lanılması yasag"ınailiş n MK. m. 2/II hükmü özgütlüğünüLkazaur ve ola-
vin-ozelfi.luenne gore yu arı a a İİ<I?an birinci gö.riış çerçevesinde bir
sözleşme yapma zoru u uguna te? kil ?gebilir.

- 14 ---Yargı?y1: kon:yu ayrıntılı biçimde ele alan ilginç bir kararında²³, fiili tekel duru-
 munda bulunan eczacı, bekim, fırıncı veya lokantacı gibi kişilerin haklı bir sebebe da-
 yanmadan sözleşme yapmaktan kaçınmalarının "hukuka ve bilhassa ahlaka, dürüstlük

22a) Özellik.le bkz. not 3 ve 22'de anılan **Gernhuber**, s. 135. Ayrıca bkz. yine not 22'de anılan **Larenz** ve **Palandt/Helnrichs**. -Farklı yönde düşünceler için krş. **Gürzumar**, not 12'de age, s. 57 ve not 70.

23) Yarg. HGK. 10.12.3003, E. 2003/4-693, K.. 2003/740 (YKD., 2004/4, s. 493 vd. veya İBD., 2004/2, s. 697 vd.). Krş. Yarg. 3. HD., 23.2.1999, E. 1999/1292, K. 1999/1696 (YKD. 1999/6, s. 768 vd.).

kuralına ya da hakkın kötüye kullanılmaması kuralının aykırılık teşkil etmesi halinde sözleşme yapımı yükümlülüğü"nın söz konusu olacağı belirtilmiştir. Kuram konu olan olayda, Maliye Bakanlığı ile Türk Eczacılar Birliği arasında imzalanmış bir protokol gereği, tüm kurum ve kuruluşların %5 iskonto yapan ve başvuru formu getiren her eczane ile anlaşma yapılmasının öngörülmüştür. Dava, İstanbul Eczacılar Odası üyesi bir davacı tarafından, on iki yıl önce kurulmuş ve sürekli yenilenmiş bir sözleşme ilişkisinin bir Belediye Başkanlığınca hiçbir sebep göstermeden yenilenmemesi ve davacının eczanesinin anlaşmalı eczaneler listesine alınmaması üzerine açılmıştır. Dikkat edileceği gibi, gerek davacı gerekse davalı, yukarıda sözü edilen protokolün tarafı değildir. Ancak bu protokolda, bizzat protokolün belirttiği bazı istisnalar dışında, kurum ve kuruluşların %5 iskonto yapan ve başvuru formu getiren her eczane ile anlaşma yapılmasının öngörüldüğü pek açıktır. Bu noktadan hareket eden Yüksek Mahkeme, protokolda öngörülen istisnalar gerçekleşmediği halde, on iki yıllık bir ilişkiden sonra, hiçbir sebep göstermeden davacı eczacının sözleşmesinin yenilenmemesini dürüstlük kuralına aykırı bulmuş ve mahkemenin sözleşmenin kurulması yönündeki kararını onamıştır. Burada önemli olan nokta şudur: Olayda davacının kişilik hakları saldırıya uğramış olmadığı gibi, davalının davranışını ahlaka aykırı saymak da kolay değildir. Bu sebeple çözümün, son çare olarak MK. m. 2'de (ancak Yüksek Mahkemenin yaptığı gibi MK. m. 2/1'de değil, 2/11'de) aranması yerindedir.

Sözleşmenin kurulmasına yönelik talebin, bazı hallerde ratik değer-
denyoksun kalacağını göz önüne alarak açılmalıdır. Bir gece veya resmî
tatil gününüze restoranına kabul etmeyen kişilere karşı; derhal dava açmak
ilkinde bulunmadığı gibi bir ihtiyatı tedbir karar elde etmek dahi mümkün
değildir. Buna karşı, olaydan sonraki ilk iş gününde dava açarak ve fütüyatı
tedbir karar alarak, ileriye çarpık b. is. i. m. de sözleşme yapma ms. j. j. e. bu. riy. etine
işlerlik kazandırmak söz konusu olabilir. Şartları varsa, maddi ve manevi
ziyannat davası açma hakları saklıdır. Bu durumda, sadece bir gece için
uğradığı köyde kendisine servis yapılmayan kişinin, sözleşmenin kurulma-
sına ilişkin bir dava değil, tazminat davası açması çok daha yerinde olur²⁴.

15

Dikkate değer ki, Yargıtay da bir kararında "Sözleşme yapma mecburiyetinin mev-
cut olduğu hallerde, sözleşmeyi yapmaktan kaçınma, hukuka aykırı bir davranış olur.
Böyle bir kaçınmaya karşı iki türlü yaptırım uygulanabilir. İstenilen sözleşmeyi yap-
maktan kaçınan kişi, kuruluş ve kuruma karşı ya aynen ifa davası açılarak sözleşmenin
yapılması sağlanır. Ya da onun aleyhine tazminat davası açılarak uğranılan zararın taz-
mini istenebilir"²⁵ demektedir. Olayda davacı, sözleşme yapma zorunluluğunun tespiti
ve bu şekilde yaratılan muarazanın giderilmesini talep etmiş bulunuyordu. Yargıtay da-
valının sözleşme yapmaktan kaçınmasını dürüstlük kuralına aykırı bularak yerel mah-
kemenin sözleşmenin kurulması yönünde kurduğu kararın onanması gerektiği sonucuna
varmıştır. Her ne kadar öğretilde muarazanın (karşı gelmenin, çekişmenin) men'i (ön-
lenmesi, giderilmesi) davalarının olumsuz (menfi) tespit davaları içinde yer aldığı ileri
sürülüyorsa da²⁶, Yargıtay "Türk Usul Hukuku uygulamasında muarazanın men'i dava-
ları sadece tespit değil, bünyesinde tespit işlemini de içeren bir tür eda davası olarak
kabul edilmektedir" demektedir²⁷. Ne var ki, sözleşme yapma zorunluluğu bulunan hal-

16

24) Ayrıca bkz. Eren, s. 276.

25) Bkz. yukarıda not (23)'de anılan Hukuk Genel Kurul kararı.

26) Kuru, cilt 11, s. 1464; Üstündağ, s. 327.

27) Yarg. 11 HD., 15.10.1992, E. 1991/2650, K. 1992/9966 (YKD. 1993/1, s. 51).

lerde (yerine göre BK. m. 41/II veya MK. m. 2/II'ye dayanarak) muarazanın önlenmesi veya giderilmesi değil, sözleşme ilişkisinin mahkeme hükmü ile kurulmasına yönelik olarak aynen ifa talep edilmelidir.

- t7 Sözleşme yapma zorunluluğunun kabul edildiği ballerde,-hizim-de katıldığımız görüşe göre, önce sözleşmenin kurulmuş sayılması iç ip bir dava açıp kesinleşmişOIR liüküm elde ettikten sonra, bu defa, mahkeme kar yJa lcuı-ulmuş sayılan sözleşmeden doğan ediminifasını istemek üzereJ.kinçi bir ❖va açılması, pratik olmayan ve işleri gereksiz yere zorlaşt)ı.Q_1::1z❖tmaktan başka bir işe yaramayan bir düşüncedir. Bu konuda, yukarıda ön sözleşme iç❖ beru:n❖ediğimiz çözümü²⁸ ❖❖flamak ve her iki_d❖va!1m. b❖r ar❖da ❖❖abileceğini kabul etmek gerekir- . Bunun yanında ikinci bir imkan, sozleşmenin kurulmasına yönelik aynen ifa talebi yerine, uğranılan zarann tazmini için bir tazminat davası açılmasıdır³⁰.

- 18 Fransız HuJ.a.ıkunda kabul edilen "astrent" (astreinte) kurumu, özellikle yapma ve yapmama borçlarının fiilen yerine getirilmesini sağlamak bakımından önemli bir yere sahiptir. Buna göre, borcunu kendi isteği ile yerine getirmeyen borçlunun alacaklıya ödemek zorunda kalacağı para miktarı hakim tarafından önceden takdir edilmekte ve böylece ona, mahkeme hükmünü cebren icra ettirme gereği kalmaksızın, gerekeni yapması için gözdağı verilmektedir. Örneğin, bizde bu kurum kabul edilmiş olsaydı, ahlaka veya kişilik baklanna ters düşen biçimde sözleşme kurmayı reddeden lokantacının, bundan böyle her red olayı veya karar yerine getirilmeden geçen her gün için karşı tarafa belirli bir tutar ödemesi mahkemece kararlaştırılabilir, bu da, lokantacıyı mahkeme karar doğrultusunda hareket etmeye zorlayan önemli bir tazyik unsuru oluştururdu. Şurasını ekleyelim ki, Fransız Hukukunda, "astreinte", alacaklının tazminat taleplerinden bağımsızdır, yani alacaklı hem zararLDJ tam olarak tazmin ettirmek hem de buna ek olarak özel ceza niteliğindeki "astreinte"i talep etmek imkanına sahiptir³¹.

- 19 Acaba, bir sinemada oynayan filmleri veya bir futbol kulübünü acımasızcaeleştireirsi:nema eleş inneninin veya spor yazannın, bundan böyle o sint'!ma-ya-veya-sözü-geçen futbol kulübüne ait staayuma kabul edilmemesi h-aiinde,-eleştinnen-veyer--sp-oryazarı: sözleşme yapmazorunluluğuna dayamiraR" nra:lıkemeye başvurabilirler mi? Almanya'da, İmparatorluk Mahkemesi 7.11.1931 tarifiirbi.i- karan ile, eleştirileri dolayısıyla bir Devlet Tiyatrosuna kabul edilmeyen eleştirmenin, sözleşme yapma mecburiyetine dayanarak açtığı davayı reddetmiştir³². İsviçre Federal Mahkemesinin büyük

28) Bkz. yukarıda§ 11, N. 24.

29) Bkz. **Medicus**, SR I, § 11, N. 85. Ne var *ki*, bu çözüm, ancak kurulması reddedilen sözleşmenin konusu önceden apaçık belli ise uygulama alanı bulabilir. Esaslı noktalan sözleşmenin meydana gelmesi aşamasında tarafların anlaşmasıyla somutlaştırılacak karışık bir ilişkinin kurulması söz konusu ise, aynen ifa değil, sadece bir tazminat talebi öne sürülebilir (**Kramer**, Art. 19-20, N. 117). Ayrıca bkz. yukarıda N. 12.

30) Bkz. yukarıda not 23'de anılan Yargıtay kararları.

31) "Astreinte" hakkında geniş açıklamalar için bkz. **Terrc/Simler/Lequette**, Droit civil les obligations, 5. ed, Paris 1993, s. 777, N. 1024 vd.

32) RGZ 133, 388. Yüksek Mahkeme, kararında, tiyatro işleticisinin sözleşme yapmaktan kaçınarak eleştirmeni içeri almamasının, ancak, objektif eleştirileri önlemek veya objek-

yankı uyandıran ve çok turtışılın 2.2. 1 954 tarihli ••ccclig" kararına konu olan olnydu, bu defa bir sinema eleştirmeninin Zi.irihi 'teki "Studio 4" adlı sinemada oynayan bir film için olumsuz bir eleştiri kuleme alma ı üzerine, bu sinemayı işleten "Studio 4" Anonim Şirketi, eleştirmene bir mektup yollayarak bundan böyle onu sinemasına sokmayacağını bildirmiştir. Eleştirmeninin sözleşme yapma mecburiyetinden hareket ederek açtığı dava, Federal Mahkeme'nin çeşitli gerekçelere dayanan uzun bir kararı ile reddedilmiştir³³.

Federal Mahkemenin bu karar, İsviçre öğretisinde, **Jilggi**¹⁴ tarafından eleştirilmiştir. 20 Yazara göre, meselenin sözleşme yapma zorunluluğu açısından değil, **kişilik** haklarını buşkınlardan gelecek saldırılara karşı koruyan MK. m. 24 (İsv. MK. m. 28) açısından ele alınması gerekirdi. Olumsuz bir eleştiri, hem eleştiri konusu filmi görmeye gidecek seyirci sayısını azaltır. hem de bu filmi gösteren sinema salonunun itibarını zedeler. Bu bakımdan, bir kimsenin "iş çevresi" de tıpkı şerefi veya özel hayatının gizliliği gibi, MK. m. 24 (İsv. MK. m. 28) ile korunan kişilik haklarına dahildir. Kişilik hakkına yapılan her tecavüz, bu tecavüzü haklı gösterecek (bir başka deyimle "hukuka aykırılığı önleyecek") özel bir sebep bulunmadıkça hukuka aykırı sayılır⁵. Olayda, tıpkı eserlerini sergilemek suretiyle kanunun beğenisine sunan bir ressam veya heykeltıraş gibi, filmleri herkese açık olarak oynatan sinema işleticisi, önceden, yapılabilecek olumsuz eleştirilere razı olmuş demektir. Kamuya açık gösterinin karşılığı kamuya açık eleştiridir. Şu halde, ilke olarak, olumsuz eleştirilerle onun iş çevresine ilişkin "ekonomik" kişilik haklarına saldırılması hukuka aykırı sayılamaz, zira önceden nza gösterilmesi, yapılan tecavüzün hukuka aykırılığını engeller. Bu nazaya rağmen, hukuka aykırılığın gerçekleşmiş sayılabilmesi için, olumsuz eleştirinin objektiflikten uzak veya aşırı ölçüde kınıcı olması gerekir. Önceki eleştirileri objektif olmayan veya aşırı ölçüde saldırgan bir nitelik taşıyan bir eleştirmene karşı, sinema işleticisi, gerçekleşmesi çok muhtemel yeni bir tecavüze engel olmak üzere, bir "önleme" (kaçınma, istinap) talebine sahiptir. O, bu talep hakkına dayanmak suretiyle, (BK. m. 52/ITI anlamında) kuvvet kullanarak eleştirmenin sinemaya girmesine fiilen engel olabilir. Buna karşı, eleştirmenin o güne kadarki eleştirilerinde hukuka aykırı bir yön yoksa, sinema işleticisinin ileri sürebileceği bir önleme talebinden ve buna dayalı "gereğinde kuvvet kullanılarak sinema salonuna girmeyi yasaklama" haklarından söz edilemez. Hukuka aykırı olmayan eleştirilere karşı, sinema işleticisinin "sözleşme yapma özgürlüğüne" veya "sinemanın bulunduğu taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkına" dayanarak eleştirmeni içeri almaktan kaçınması, sadece eleştiriye katlanma yükümlülüğünü etkisiz bırakmaya yönelik davranışlar olup bir hakkın kötüye kullanılması anlamını taşır. Bu son ihtimalde, eleştirmen, kendi kişilik hakkının bir uzantısı olarak, sinemaya girmek hakkına sahiptir.

tiflikten uzak eleştirilerin yapılmasını sağlamak amacıyla hareket etmesi halinde ahlaka aykırı sayılabileceğini (BGB § 826) kabul etmiştir. Olayda ise, yine Yüksek Mahkeme'ye göre, tiyatro işletmesinin yapılan eleştirileri objektiflikten uzak, yanlış ve zarar verici bulunduğu için bu şekilde davrandığı anlaşılmaktadır. Bizce, bu gerekçe tatmin edici değildir. Zira, objektif fakat olumsuz eleştirileri de, karşı taraf, yanlış ve taraflı olarak görebilir.

- 33) BGE 80.II.26. -Kararda açıkça belirtilmemekle birlikte o tarihte Zürih'de eleştiri konusu filmJeri gösteren tek sinemanın "Stüdyo 4" olduğu anlaşılmaktadır.
- 34) **Jaggi**, Bemerkungen zum Fall Seelig, SJZ, 50 (1954), s. 353 vd.
- 35) Jaggi'nin yazısının yayınlandığı tarihten sonra gerek İsviçre gerekse Türk Medeni Kanunlarının ilgili maddeleri değişikliğe uğramış, hatta Türk Medeni Kanunu değişmiştir. Yürürlükte olan MK. m. 24/U, hangi hallerin bir hukuka uygunluk sebebi teşkil ettiğini açık seçile belirtmektedir.

Bizce. konu sırf kişilik hakları perspektifi çerçevesinde ele alındığı vakit, belirli bir sinemada oynatılan filmlere karşı objektiflikten uzaklaşarak sürekli ve sistematik biçimde düşmanca bir davranış içine giren eleştirmen, sinema işleticisinin ekonomik alandaki kişilik haklarına hukuka aykırı bir saldırıda bulunmuş sayılsa bile, buradaki tecavüz eleştirmenin sinema salonuna girip filmi seyretmesiyle değil, belirttiğimiz özelliklere sahip eleştiri yazılarının gazetede yayınlanması ile gerçekleşmektedir. Bu durumda. sinema işleticisi tarafından açılması düşünülebilecek bir önleme davasının konusu sinemaya girmenin engellenmesi olamaz. Aynı gerekçe ile, BK. m. 52/III uyarınca fiili güç kullanılarak eleştirmenin sinemaya girmekten alıkonulması da kabul edilemez. Kaldı ki. Federal Mahkemenin "Seelig" kararından bu yana yarım yüzyıl geçmiştir ve bugün aynı filmi aynı şekilde tek bir sinemada değil, kolaylıkla ulaşılabilecek hemen hemen aynı teknik donanıma sahip birden çok sinemada seyretmek imkanı vardır. Nihayet belirli bir sinemada oynayan filmlere ilişkin eleştiri yazılarının yayınlanmasının engellenmesine yönelik bir önleme davasını (önceden, bundan sonra oynayacak filmlere ilişkin olarak ne tür eleştiri yazıları yazılacağı yeterince inandırıcı biçimde bilinmeyeceğine göre) Anayasa ile teminat altına alınmış "düşünceyi açıklama ve yayma" özgürlüğü gibi "basın özgürlüğü" ile de bağdaştırmak mümkün gözükmemektedir. Hele ülkemizde, aşağıda ayrıca incelediğimiz Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 5 hükmü karşısında, eleştirmeni "sen buradaki filmleri beğenmiyor ve hep bizi karalamak için aleyhimize yazıyorsun" gerekçesi ile içeri almamak hiç düşünülemez. Eleştirmen de, her tüketici gibi sinemaya girmek ve film seyretmek hakkına sahiptir. Bu durum karşısında, sinema işleticisinin (şartları var ise) haksız ve kasıtlı eleştiriler dolayısı ile uğradığı maddi ve manevi zararların tazminine yönelik bir dava ile yetinmesi olayın özelliklerine daha uygun düşer.

- 21 Yukarıda sözü edilen Federal Mahkeme kararının üzerinde durduğu ilginç bir komi da şu-olmuştur. Da'Vacı eleştirmen, sözleşme yapma zorunluluğuna dayanarak o[mak üzere, "*Semenini göstererek emtia teşhiri, kaideten icap ad o unur*" fiilen BK. m. 7/ITI hükmünü de göstermiştir. Böylece, sinema işleticisince, oynatılan filmin ve bilet fiyatlarının umuma bildirilmesi bir icap sayılacak, eleştirmenin gişeye gidip bir bilet istemesi kabul olarak değerlendirilecek ve sözleşme meydana gelmiş olacaktır. Federal Mahkeme, haklı olarak, olayda bu hükümden yararlanma imkanı bulunmadığını kabul etmiştir. Yüksek Mahkemenin işaret ettiği gibi, BK. m. 7/III "semeruni göstererek emtia teşhirinden" söz açmaktadır ve bu sebeple ancak konusu bir *mal* olan sözleşmelerde uygulama alanı bulabilir.³⁶ Oysa, buradaki sözleşmenin konusunu bir mal teslimi oluşturmamaktadır³⁷. Kaldı ki, "kaideten" (ilke olarak)

36) Konusu bir "mal" değil, "hizmet edimi" olan sözleşmelerde, BK. m. 7'nin uyarınca, "mal" olarak kabul edilemeyeceği hakkında yukarıda § 18, not 35'de anılanlara ek olarak bkz. **Bucher**, Basler Komm., Art. 7, N. 10; **Koller**, I, N. 458; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 147. Aksi görüşte: **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 366.

37) Bir sinema, tiyatro işleticisi veya konser düzenleyicisi ile seyirci veya dinleyici arasında gerçekleşen "gösteriye kabul etme sözleşmesi" (Vorstellungsbesuchs-vertrag, contrat d'admission à un spectacle), Federal Mahkemenin anılan kararına ve eser sözleşmesine ilişkin son zamanlardaki içtihadına (özellikle bkz. BGE 109.II.34) göre bir istisna (eser) sözleşmesi (BK. m. 355) olarak nitelendirilebilir. Buna karşı, istisna (eser) sözleşmesinin sadece maddi (cismani) varlığı olan sonuçların taahhüt edilmesi halinde söz konusu olabileceğinin kabul edenlerden bazıları, burada bir atipik, kendine özgü ("sui generis", eski deyim ile "isimsiz") sözleşmenin bulunduğunu, ancak hakimnin mevcut

sözcüğünün gösterdiği gibi, bu hüküm emredici de değildir. Şu halde, koousJJ mal olan sözleşmelerde bile, icapçı, önceden bazı kimseleri umuınay aptığı biricnbnrk--apsamı ısin a tuttuğunu JTTaırebılır. NıtCKJın o ayda, eleştirmene göndcrikn ve undan böyle kendisinin sincim.ı salomına kabul cdiTmcyccccği-ni hildiren me tup bu anlamı taşır¹⁸. Nılıayet, siicnia,liyfflro, scyalmt1:1ccıta-lnrı vs.nin bedelini bildirerek umuma hizmel sunmalarının gerçekte bir icap mı. yoksa bir icaba davet mi oluşturduğu tartışmalıdır. Üstün tuttuğumuz düşünceye göre, burada bir icaba davet vardır¹⁹.

Almanyada, Münster Asliye Mahkemesi, vaktiyle Alman imparatorluk Mahkemesince benimsenmiş bulunan olumsuz görüşten ayrılan ilginç bir karar vermiştir⁴⁰. Karara konu olan olayda, bir spor kulübü, bir gazetenin spor yazarına (gazetesinde ileri sürdüğü bazı iddialara kızarak) kendisine ait stadyuma gınne yasağı koymuş bulunuyordu. Mahkeme, özellikle basın özgürlüğünü koruyan Alman Anayasasının 5. maddesine dayanarak bu yasağı kaldırmıştır. Mahkeme, bu sonuca varırken, çok yerinde olarak, "Anayasa hükümlerinin Özel Hukuk üzerindeki etkisi" kavramından hareket etmiştir⁴¹. Anayasa hükümlerinde yer alan ilke ve değerlendirmelerin dolaylı biçimde Özel Hukuk ilişkilerinde uygulama alanı bulabilmesine imkan tanıyan bu görüşe dayanarak, olayda, yalnız Anayasamızın 28. maddesinde düzenlenen basın özgürlüğünün değil, aynı zamanda düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin de (Anayasam. 26) çiğnenmiş olduğu ileri sürülebilir⁴². Bu konuda dikkat edilmesi gereken nokta şuradadır: Bu gibi durumlarda, sözleşme yapma zorunluluğu "doğrudan doğruya" değil, "dolaylı olarak" Anayasa hükümlerine dayanmaktadır. Doğrudan doğruya dayanak, ilgili Anayasa maddeleri olmayıp, Anayasa hükümlerine göre içeriği belli edilip somutlaştırılmış "kişilik hakları" veya "ahlaka aykırılık" kavramlarıdır. Hiç kuşkusuz, yerine göre "kamu düzeni" kavramı da gündeme gelebilir.

boşluğu doldururken kıyas yolu ile istisna sözleşmesi hükümlerinden de yararlanabileceğini (Tercier, Contrats, N. 3883, 3858); diğerleri ise, BK. m. 386/11 uyarınca vekalet hükümlerine başvurulmasının uygun olacağını ileri sürerler (Bkz. Tandoğan, N, s. 9, 19, 22). Tandoğan (I/1, s. 73) daha önce, tiyatrodan bir yer tutulmasını, "temsil bir istisna akdine, oturulacak yerin ayrılması ise kira akdine özgüdür" diyerek. kendisine yabancı bir yan edim içeren kanna sözleşme sayıyordu.

38) Aynı yönde düşüncelere Alman imparatorluk Mahkemesinin yukanda not 32'de anılan kararında da rastlanmaktadır.

39) Bkz. yukarıda § 18, N. 15. Aynı doğrultuda: Tandoğan, 1/1, s. 11; Oğuzman/Öz, 4. bası, s. 147; Alınan İmparatorluk Mahkemesinin not 32'de anılan karar. Aksi görüşte: Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 366. Şu noktayı ekleyelim ki, Federal Mahkemenin incelenen kararına göre, bir icaba davet halinde de, bu beyanı yapan kişinin bazı kimseleri önceden dışlamasına bir engel yoktur.

40) NJW 1978, s. 1329.

41) Bu kavram için bkz. yukarıda § 40, N. 2.

42) Aynı yönde açıklamalar: Larenz, SR I, s. 47-48; Medicus, § 11, N. 84; Kramcr, Art. 19-20, N. 112. -Krş. Eren, s. 276; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 366.

- 23 Sürekli olarak tekrarladığınız gibi, sözleşme yapma zorunluluğunun kabul edilebilmesi için aranan şartlardan bir tanesi de, olayda, kişinin reddedilen edimi başka yerden tedarik etmesinin (olaydaki bütün hal ve şartlar değerlendirilerek) kendisinden beklenemez olmasıdır. Bu yüzden, aynı filmi, aynı şartlarla yakındaki bir başka sinemada seyretme imkanına sahip olan eleştirmenin sözleşme yapma zorunluluğuna dayanması söz konusu olamaz. Stadyuma girişi yasaklanan bir spor yazarı söz konusu olduğunda, stadyumdaki maçların televizyondan naklen yayınlanması da benzer bir sonuç doğurabilecek midir? Bir filmi, aynı düzeyde ses ve görüntü düzenine sahip sinemalardan birinde veya diğerinde seyretmek arasında fark görülemez. Buna karşı, spor müsabakalarında durum böyle değildir. Maçı televizyondan izleyen kişi, sadece yayın kuruluşunun seçtiği görüntülerle yetinmek zorundadır. Oysa bir gazeteci için, mesleği açısından, başkalarının göremediği, fark etmediği olayları yakalayıp okuyucusuna yansıtmak büyük önem taşır. Stadyuma alınmayan gazeteci bu imkandan yoksun bırakıldığına göre, maçı televizyondan seyretme imkanının bulunması, onun açısından, reddedilen edimin bir başka yoldan tedarik edilmesi olarak değerlendirilemez ve sözleşme yapma zorunluluğunun kabul edilmesini engellemez.
- 24 Daha önce, 2 Şubat 1954 tarihli "Seelig" karar ile, Medeni Kanunun "kişilik hakları" kavramının (İsv. MK. m. 28, Türk MK. m. 24) Anayasada düzenlenmiş-inrsm-ö-zgürlüğü ışığında belirlenmesini reddeden veayasa hükümlerinin sadece y.irtfaşlar ile devlet arasındaki ilişkiyi düzenlediğini ileri süren İsviçre Federal Mahkemesi, önce Anayasa hükümlerinin Özel Hukuk ilişkileri üzerinde dolaylı biçimde etkili olmasını kabul etmiş⁴³, daha sonra da 7 Mayıs 2002 tarihli karar ile sözleşme yapma zorunluluğu kavramına açıklık getirmiştir⁴⁴. Anılan s.21 kararına göre, öğretide ileri sürülen bir görüşün aksine, sözleşme yapma zorunluluğunun kabul edilmesi için, mutlaka bunu açık şekilde öngören (ilke olarak kamu hukukuna ilişkin) bir kanun hükmünün bulunması şart değildir⁴⁵. Böyle açık bir kanun hükmü bulunmasa bile, Özel Hukuk ilki (özellikle ahlaka aykırı davranışları yasaklama gibi) gene-ilkelerin yardımı ile sözleşme yapma zorunluluğu bulunduğu sonucuna, XWJ bilir. Ne var ki, bu şekilde hafekef edifikirken, Özel Hukukun en üst değerlerinden birini oluşturan sözleşme özgürlüğünün asıl, S?Z?eşE! y?m...!?!:llnlul-u o.ause ancak çok büyük bir dikkat ve ihtiyatla bazı hallerde kabul edilebilir istisna

43) BGE 111. II. 245.

44) BGE 129.III.35; JdT 2003.1.127. Bu kararın eleştirilmesi için bkz. **Bucher**, Nicht "Kont-rahierungspflicht" -schon eber Schutz vor Boykott, recht 2003/3, s. 101 vd.

45) **Aksi** görüşte: **Bucher**, Basler Komm., Vorbem. zu Art. 1-40, N. 7. -Bununla beraber, bu yazar, istisna olarak bazı şartlarla MK. m. 24 (İsv. MK. m. 28) hükmünün bir sözleşme yapma zorunluluğuna dayanak oluşturabileceğini kabul ediyor.

oluşturduğunu gözden ka ırınamak $\diamond$ rekir. Nihayet, sırf Özel **l hukuk ilke-**
ferine göre bir sonuca varmanın mümkün bulunduğu hallerde, Anayasa
hükümlerinin Özel Hukuk ilkeleri üzerindeki etkisi açısmdan meselenin
incelenmesine de gerek yoktur. Bu açıklamalardan sonra, Fedcnıl Mahke-
me, aşağıdaki şaılların bir arada gerçekleşmesi kaydı ile, ahH.lka aykırı dav-
ranma yasağından harıket edilerek sözleşme yapına zorunlulul,runun kabul
edilebileceğini belirt:mektedir:

- *Birinci şart:* Bir iri imci Qüütescbbis) bazı mal v $\diamond$ yaJlizmelleri gc-
n $\diamond$ l olara $\diamond$!camuya arz etniş (swınıuş) olmalıdır.

- *İkinci şart:* Sözü geçen mal veya hizmetleri!l normal ihtiyaç.lan kar-
şıla an bir nitelik ! <: 1şım11ar2 gere ir.-Bununla günlük hayJıtla pratik olarak
herkesin ulaşp tasarruf e $\diamond$ ebileceği mal ve hizmetler k $\diamond$ ed' mcktedir.
Sözleşme yapma zorunluluğunu sadece hayati ihtiyaçlara yönelik mal ve
hizmetler için kabul eden göiış çok dardır.

- *Üçüncü şart:* Mal ve hizmetleri kamuya arz eden girişimcinin piya-
sadaki güçlü konunlu dolayısı ile, ilgili kişinin normal ihtiyaçlarını başka
yollara başvurarak karşılaması beklenemez olmalıdır. Piyasada yeterli sayı-
labilecek biçimde ulaşılabilir tek bir girişimci bulunduğu veya ulaşılabi-
lecek tüm girişimciler ilgili kişi ile sözleşme yapmayı reddettiği vakit bu
şart gerçekleşmiş sayılır. Federal Mahkeme, biraz aşağıda, başka birisine
başvurma ancak katlanılması ilgiliden beklenemeyecek zorluklarla müm-
kün olabiliyorsa, karşı tarafın piyasadaki güçlü (hakim) konumunun sabit
olacağını ayrıca belirtmektedir.

-*Dördüncü şart:* Girişimci, sözleşmeyi kurmaktan kaçınmasını objek-
tif açıdan haklı gösterebilecek sebepler ileri sürememiş olmalıdır⁴⁶.

46)İsviçre Federal Mahkemesinin kararına konu olan olayda, (tavuk üreten tavuk çiftlikleri gibi) hayvan fabrikaları ile mücadele etmek üzere kurulmuş bir dernek, çeşitli yazılar ve fotoğraflar içeren bir gönderiyi, Almanca konuşulan kantonlarda 500.000 adet, Fransızca konuşulan kantonlarda 200.000 adet olmak üzere, dağıtılmak üzere Posta İdaresine vermek istemiş, fakat bu talep Posta İdaresince geri çevrilmiştir. İsviçre Posta İdaresinin yerine getireceği hizmetlerin, 1.1.1998'de yürürlüğe giren yeni bir kanunla düzenlenen statüsüne göre iki ayn kategoride yer aldığını, olaydaki talebin Posta İdaresinin Kamu Hukuku hükümlerine göre yerine getinmekle yükümlü olduğu hizmetlerle bir ilgisi bulunmadığını tespit eden Federal Mahkeme, ister istemez, meseleyi Özel Huk.'Uk hükümleri çerçevesinde ele almak zorunda kalmıştır. Yüksek Mahkeme, metinde belirttiğimiz dört şart açısından durumu incelemiş ve gönderilerin kabul edilmemesinin, bu şanların hepsinin gerçekleşmiş bulunması ve özellikle Posta İdaresinin piyasadaki hakim (güçlü) konumu dolayısı ile, ahlaka aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Her ne kadar davalı, gönderileri kabul etmemesini haklı göstermek üzere, bunların içeriği yüzünden hayvan yetiştiren tarımsal kesim mensupları nezdinde itibar ve iş kaybına uğrayacağını iddia etmişse de, Federal Mahkeme bu savunmayı yerinde bulmamıştır. Zira, Yüksek Malıkc-

25 Sinema filmleri eleştirmeni ile spor yazarının, haksız eleştiri yazılan yazdıkları gerekçesi ile sinemaya veya stadyuma almamaları olayları Federal Mahkemece öngörülen şartlar açısından incelendiği vakit varılacak sonuçlar şöyledir: Bir hizmetin umuma arzı ile ilgili ilk şart hiç kuşkusuz gerçekleşmiştir. Film veya futbol maçlarını seyretmek normal ihtiyaçlar kategorisine girdiğinden ikinci şartın gereği de yerine gelmiş bulunmaktadır. Kaldı ki, mesleği icabı sinemaya veya stadyuma giden gazeteciler açısından, buradaki ihtiyacın bayatı ihtiyaçlar kategorisine girdiği dahi söylenebilir. İhtiyacın başka yollardan sağlanmasının mümkün veya beklenebilir olup olmaması ile ilgili üçüncü şart açısından durum kritiktir. Maçı stadyumda seyretmek ile, (yayın kapsamına dahilse) televizyondan seyretmek aynı şey olmadığından⁴⁷ spor yazarı açısından üçüncü şarta da gerçekleşmiş gözü ile bakılmalıdır. Sinema eleştirmeni için ise bir ayırım yapmak gerektirir: Bir film bir şehirde tek bir sinemada oynuyorsa eleştirmenden şehirler arası yolculuk yapması istenip beklenemeyeceğinden üçüncü şart gerçekleşmiş sayılır. Aynı şehirde bir kaç sinemada birden oynayan filmlerde, üçüncü şart ilke olarak gerçekleşmez. Şu var ki, diğer sinemalar şehrin uzak bölgelerinde bulunduğu ve trafik yoğunluğu yüzünden onlara ulaşmak gidişte ve dönüşte saatler boyu trafikte sıkışıp kalmayı gerektirdiği vakit eleştirmenden buna katlanması istenemez. Dördüncü şart açısından, buradaki durum Federal Mahkeme kararına konu olan olaydan farklı olduğu için ister istemez Anayasa hükümlerine başvurma gereği ortaya çıkar. Daha önce de belirttiğim.iz gibi, "haksız biçimde hep aleyhimize yazdığı için içeri almıyoruz" iddiası, Anayasanın "basın" ve "düşünceyi açıklama ve yayma" özgürlüklerinin ışığında içeriği somutlaştırılan "ahlaka aykırılık" veya "kişilik haklarına hukuka aykırı saldırı" olgularının gerçekleşmesine yol açtığından, sinema veya stadyum işleticilerinin bu tutumu objektif açıdan haklı görülemez.

Bu konunun 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde nasıl bir çözüme bağlanacağını aşağıda ayı-ıca inceliyoruz.

menin haklı olarak belirttiği gibi, Posta İdaresinin edimi her çeşit gönderiyi dağıtmaktan ibaret kaldığından, bunların içeriğinin de dağıtıcı tarafından benimsendiği söylenemez. Usul Hukuku yönünden şaşırtıcı olan nokta, olayda sözleşmenin kurulmuş sayılmasına ilişkin bir ifa (edim) davası açmak imkanı bulunduğu halde, Federal Mahkemenin, sırf gönderilerin Posta İdaresince kabul edilmemesinin hukuka aykırı düştüğünün tespiti için açılan bir davayı, bu noktayı hiç dik.kate almadan karara bağlamış olmasıdır (Aynı eleştiri için bkz. **Bucher**, not 44'de age, s. 109. Ne var ki, bu yazarın ifa davası olarak sadece bir tazminat davasını öngören görüşüne katılmak mümkün değildir).

47) Bkz. yukarıda N. 23.

4. 4822 Sayılı Kanunla Değişik 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanundan Doğan Sözleşme Yapma Zorunluluğu

Borçlar Hukuku açısından durum yukarıda açıkladığımız gibi olmakla birlikte, 4822 sayılı kanunla değiştirilmiş 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun (TKHK) 5. maddesi, bu kanunun kapsamına giren *tüketici işlemleri*-4⁸ açısından özel bir düzenleme öngönmüştür. Anılan hükümün ilk iki fıkrası şöyledir:

"Satıştan Kaçınma

Madde 5: Üzerinde "numunedir" veya "satılık değildir" ibaresi bulunmayan bir malın; ticari bir kuruluşun vitrininde, rafında veya açıkça görülebilir herhangi bir yerinde teşhir edilmesi halinde satıcı bu malların satışından kaçınmaz.

Hizmet sağlamada(n) da haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamaz."

Görüldüğü gibi, TKHK. m. 5'de yer alan hüküm "mal arzı" ile "hizmet arzı" arasında bir ayının gözetiniştir:

a. Mal Arzı

Ticari bir kuruluşun vitrininde, rafında-v.e.ya-ay-ıkça-geriHebilirherhangi bir yerinde te hir edilen lrrJJij arı 1 üze.xkdruLe satılı değ i di:2 v ya "nu-ül!!!!edir" ibaresi bulunmadık a satı ıpdan lca inılması yasakl.in!mıdır. Kanunun sa ece iki deyimden söz açmasına rağmen, bu malların satılık olmadıgırm gösteren başka kelimelerin kullanılmış olması halinde de satıştan kaçınmanın mümkün olacağını kabul etmek gerekir, yeter ki kullanılan deyimler alıcının güven ilkesi çerçevesinde bu sonuca varmış olmasını gerektirecek bir nitelik taşınsın⁴⁹.

48) Kanun, değişik şekli ile, "tüketici sözleşmelerinden" değil "tüketici işlemlerinden" söz açmaktadır. Ne var ki, bu işlemlerde daima karşılıklı iki taraf bulunduğundan, "tüketici işlemini", "tüketici sözleşmesi" olacak anlamının daha yerinde olacağına öğretide işaret edilmiştir (Zevkliler/Aydoğdu, Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. baskı, Ankara 2004, s. 72). Kanunun verdiği tariflere göre (m. 3) "tüketici işlemi", mal ve hizmet piyasalarında tüketici ile satıcı-sağlayıcı arasında yapılan her türlü hukuki işlemi ifade eder. "Tüketici", bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişidir. Ne var ki, Yargıtaym (istisnası bulunmakla birlikte) çeşitli kararlar ile benimsediği görüşe göre, "tacir olan tüzel kişilerin" özel işlemleri olamayacağından, bunların tüm işlemlerinin istisnasız olarak ticari sayılması, dolayısı ile Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un bunlar hakkında uygulanamaması gerekir (Örnek olarak bkz. Yarg. 13. HD., 26.6.1997, E. 1997/1815, K. 1997/5112, YKD 1997/10, s. 1564. Diğer kararlar ve öğretide son zamanlarda çoğunluğun Yargıtay kararları doğrultusunda görüş bildirmesine rağmen tartışmalı olan bu konu için bkz. Zevkliler/Aydoğdu, s. 81 vd.; Deryal, Tüketici Hukuku, Ankara 2004, s. 42 vd.; Aslan, s. 6 vd.). Tüketici sözleşmesinde tüketicinin karşısında bulunan taraf, bir "mal" sunduğu zaman "satıcı", "hizmet" sunduğu zaman ise "sağlayıcı" olarak adlandırılmaktadır. Bu açıdan kanunun 5. maddesinin kenar başlığı "Satıştan veya Hizmet Sunmaktan Kaçınma" olarak değiştirilmeye muhtaçtır.

49) Aynı yönde açıklamalar: Zevkliler/Aydoğdu, not 48'de age, s. 152.

- 28 TKHK. m. 5'de yer alan hüküm, ister istemez akla "*Semenini göstere-
rek emtia teşhiri, kaideten icap addolunur*" diyen BK. m. 7/III hükmünü
getirmektedir. Gerçekte bu iki hüküm arasında önemli farklar vardır:

- Bir defa BK. m. 7/III, sözleşme yapma zorunluluğu getiren bir hü-
küm değildir. Yorumlayıcı bir kural niteliğini taşıyan bu hükümle sadece,
semenini (fiyatını) göstermek suretiyle mal sergilemenin, aksi anlaşılmadı-
kça bir icap sayılacağı, bunun sonucu olarak da, karşı tarafın kabul beyanı
üzerine sözleşmenin kurulacağı vurgulanmıştır. Oysa, TKHK m. 5 bir sözleşme
yapma zorunluluğunu öngörmektedir⁵⁰.

- 29 - BK. m. 7/III ile TKHK. m. 5 hükümlerinin uygulama alanları da tam
olarak örtüşmemektedir. Bu açıdan, BK. m. 7/III hükmünden ayrılarak
malın "*semenini*" (fiyatını) *göstererek sergilenmesi*" şartını aramayan
TKHK m. 5 hükmünü iki ihtimale göre ayn ayn ele almak yerinde olur:

= *Birinci ihtimal: Mal fiyatı gösterilerek fakat satılık olmadığı belirtil-
eksi zip se gilenmiŞ"se.uR* panda uygulanacak hüküm (aşağıda-not 53'de
belirtilen sınırlama saklı olmak üzere) BK. m. 7/III hükmüdür. Çünkü bu-
rada satıcı tarafından yapılan icabın dükkana giren alıcı (tüketici) tarafından
dennar kabul edilmesiyle sözleşme kurulmuş olacağından, bir sözleşme
yapma zorunluluğu olgusunun gerçekleşmesine gerek ve imkan kalmaz.
TKHK. m. 5 hükmü ile satıcı için öngörülen sözleşme yapma zorunluluğu,
onun tüketici tarafından yapılacak icapları kabul etme mecburiyeti altında
olmasını ifade eder⁵¹. Oysa, BK. m. 7/III'ün kapsamına giren olaylarda,
icapta bulunan taraf satıcı olup, sözleşme tüketicinin kabul beyanı üzerine
(her iki tarafın özgür irade beyanları ile) derhal kurulmakta ve bunun sonu-
cu olarak satıcının sözleşmeyi kurma mecburiyetinden söz açmaya imkan
kalmamaktadır. Şu halde, *fiyatı gösterilerek sergilenen ve BK. m. 7/III
hükmünün kapsamına giren mallar açısından TKHK. m. 5 hükmünün uygu-
lanması söz konusu olamaz. Buna karşılıklı atı e bi likte..s exgile.nen...mal ile
tamamen ay.m...cius Ye..:üieliki.e. olup mağazanın deposumiei.(-staktaJ-bekleyen
diğer!::E!J,a721I* dırırqmu, aşağıdaki açıklamallınnıdan J!!..llaşılacağı gibi
faF7rudır.

= *İkinci ihtimal: Mal fiyatı gösterilmide !Jş rgilendiği vakit, BK. m.
7/III uygulanamaz. Bu durumda ortada tüketiciye karşı yapılmış bir icap
--yekttr:-Bu!)wı-on'::!u -ol-a: a s rgilemek suretiyle bir icaba davet b
y_a!]ncf. u! u-s u-ıciy! - m. 5/1 bükmi ile, "satıcı bu malın
satışından kaçınamaz" ibaresinin gösterdiği gibi, tüketicinin-icabını kabul
eder ek söz eşmeyi.kurma zorunluluğu getuilmektedir.*

50) Bkz. Oğuzman/Öz, 4. bası, s. 145.

51) Bkz. yukarıda N. 1.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, TKHK. m. 5/1 hükmü ile fiyatı gösterilmeden mal teşhiri icap sınırlanmıştır⁵². Bu görüş yerinde değildir. Bir defa, bu görüş doğru ol aydınlatıcıdır. satıcının kendi serbest iradesi ile mal teşhir ederek yaptığı icabın tüketici uymasının yine kendi serbest iradesine dayalı olarak kabul edilmesi üzerine tilm sözleşme kurma tınlarında geçerli olan mekanizma tekrar edilmiş olucğundandır, Rölçşmc kurma zorunluluğundan söz açının imkanı olmaz ve bu yoldan sözleşme kurulduğuna göre kanundaki "satışından kaçınamaz" ibaresi anlamsız kalırdı. Kaldı ki, fiyatı gösterilmeden mal teşhiri. karşı taralin "Evet, kabul ediyorum" demesi ile sözleşmenin derhal kurulmasına imkânı verecek olgunlukta bir beyan oluşturduğuna ve kurulacak sözleşmenin e a d l i nok-talarından fiyat unsurunu tamamen açıkta bıraktığı için icap sayılamaz. Kanunda, fiyatı gösterilmeden mal teşhirinin (hukuken kabul edilemez biçimde) icap sayıldığını gösteren en ufak bir işaret dahi mevcut değildir.

- Üçüncü olarak, TKHK. m. 5 hükmünün sadece "sadece teşhir edilen mal veya mallar" ile sınırlı olarak, satıştan kaçınmaz" ibaresi anlamsız kalırdı. Kaldı ki, fiyatı gösterilmeden mal teşhiri. karşı taralin "Evet, kabul ediyorum" demesi ile sözleşmenin derhal kurulmasına imkânı verecek olgunlukta bir beyan oluşturduğuna ve kurulacak sözleşmenin e a d l i nok-talarından fiyat unsurunu tamamen açıkta bıraktığı için icap sayılamaz. Kanunda, fiyatı gösterilmeden mal teşhirinin (hukuken kabul edilemez biçimde) icap sayıldığını gösteren en ufak bir işaret dahi mevcut değildir. 31

- Dördüncü olarak belirtilmesi gereken husus şudur: Hakim olan ve bizce de üstün tutulması gereken görüşe göre, BK. m. 7/II çerçevesinde fiyatı gösterilerek sergilenen misli eşyada, bu icabın konusunu *sadece teşhir edilen mal veya mallar* oluşturur. Buna karşı, *mağazanın deposunda (stokta) bulunan aynı cins ve nitelikteki mallara* ilişkin bir icap söz konusu değildir⁵³. Oysa, genellikle kabul edilen görüşe göre, TKHK. m. 5 ile öngörülen sözleşme yapma zorunluluğu sadece teşhir edilen mallar ile sınırlı olmadığından, satıcı gereğinde stokta (depoda) bulunan mallar ile borcunu yerine getirmek üzere yine tüketicinin icabını kabul etmekle yükümlüdür ("Vitrinde sergilediğiniz şu maldan beş adet istiyorum" örneğinde olduğu gibi)⁵⁴. Bu açıklamaların sonucu olarak, *fiyatını göstererek mal teşhirinde*

52) Bu görüşte: **Zevkliler/Aydoğdu**, not 48'de age, s. 152. Aksi yönde (metinde benimsediğimiz görüşle uyumlu) açıklamalar: Oğuzman/Öz, 4. bası, s. 48 ve not 50b, s. 145; **İnceoğlu**, not 54'de age, s. 412.

53) Bkz. yukarıda § 18, N. 18; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 376; **Koller**, I, N. 458. Şurasını ekleyelim ki, bizim de katıldığımız görüşe göre, BK. m. 7/III'ün yardımı ile kurulacak sözleşme, iki tarafın da derhal ifa edebileceği bir sözleşme olmalı, bir başka anlatımla alıcının bedelini ödeyip malı hemen alıp götürmesine elverişli bir nitelik taşımalıdır (Bkz. yukarıda § 18, N. 16'daki açıklamamız ve **Bucher**, Basler Komm. Art. 7, N. 10). Bu görüş çerçevesinde, BK. m. 7/III'ün uygulama alanı ister istemez daralmaktadır. Şöyle ki, *fiyatı gösterilerek sergilenen malın derhal alıcıya teslim edilmesi yoluyla bir elden satışın gerçekleşmesi mümkün olmayan hallerde, ortada BK. m. 7/III'ün uygulanmasına yol açan bir icap bulunmayacak ve meselenin bir sözleşme kuma mecburiyetini öngören TKHK. m. 5 uyarınca çözüme bağlanması gerekecektir*. Şu noktayı ayrıca ekleyelim ki, BK. m. 7/III'ün uygulama alanına giren ihtimallerde, satıcı vitrindeki (misli eşya kategorisine giren) malı çıkarmadan, deposundan tamamen aynı marka, model ve nitelikte bir malı vererek borcunu ifa etmek isterse, alıcının mutlaka vitrindeki malın teslimi için ısrar etmesi dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz (Bkz. yukarıda § 18, N. 18, 19).

54) **Deryal**, not 48'de age, s. 55; **Zevkliler/Aydoğdu**, not 48'de age, s. 151. Diğer taraftan, öğretilde bazı yazarlarca ve her zaman tam olarak birbirine uymayan formüllerle, örneğin

sadece sergilenen mal için (şartları varsa) BK. nı. 7/III anlamında bir icap yapılmış olur; buna karşı, bu şekilde sergilenmeyen ve stokta bekleyen aynı cins ve nitelikteki mallara ilişkin olarak ise TKHK. m. 5 uyarınca bir sözleşme yapma mecburiyeti doğar. Bu son kategoriye giren mallarda, satıcı, tüketicinin yapacağı icabı kabul etmek zorundadır. Örneğin, vitrinde fiyatı ile sergilenen taşınabilir bir müzik setini görüp içeri giren tüketici, bu seti satın aldığını, fakat aynısından ikinci bir seti de yazlık evi için satın almak istediğini beyan ettiği vakit, vitrinde sergilenen müzik seti ile ilgili olarak satış sözleşmesi, alıcının kabul beyanı üzerine BK. m. 7/III çerçevesinde kurulmuştur. İkinci müzik seti için ise, satıcı, TKHK. m. 5 uyarınca, alıcının icabını kabul ederek stoktan ifa etmek üzere bir sözleşme yapma mecburiyeti altındadır. Bütün bu açıklamalardan çıkan sonuç ise, bize, TKHK. m. 5 hükmünün hiç değilse Borçlar Hukuku açısından, BK. m. 7/III hükmüne nazaran ikincil (tali) bir nitelik taşıdığını, yani ancak BK. m. 7/III hükmü devre dışı kaldığı zaman uygulanabilir bir hüküm olduğunu göstermektedir.

b. Hizmet Arzı

- 33 TKHK. m. 5/II uyarınca hizmet sağlamadan haklı bir sebep olmadan kaçınılamaz. Görüldüğü gibi konuyu Borçlar Hukuku açısından inceleyen 7 ayıs 2002 tarihli Federal Mahkeme kararında spz ü edilen dört şarttan burada sadece oordüncüsüne yer verilmiştir. Ne var ki kararda anılan ilk iki şart a "genel Öla k-e kamuya". açıklık biçimde hi etsunulması" e "bu hizmetin günlük normal ihtiyaçla karşılıyor olması") TKHK. m. 5ff'i uygulamasında ilke olarak gerçekleşmiş oı caktır. Buna karşı, TKHK. m. 5/II açısından, Federal Mahkemenin öngördüğü "hizmet sunanın piyasadaki güçlü (hakim) konumu itibarı ile, aynı edimi başka yerden sağlamasının ilgiliden (tüketiciden) beklenemez olması" şartına yer yoktur. Şu halde, yan yana iki iyi restorandan bir tanesine haklı bir sebep gösterilmeden kabul edilmeyen tüketici, kendisini içeri almayan restoran işleticisini dava ederek TKHK. m. 5/II'de öngörülmüş sözleşme yapma zorunluluğuna dayanabilir.

arka arkaya gelen alıcılar yüzünden stokta malı kalmayan veya stok yenilemesi yapmakta geciken satıcının, uygun bir süre içinde üreticiden temin edeceği mallar ile borcunu yerine getirmek üzere sözleşme yapmak zorunda kalabileceği de ileri sürülmektedir (Kırş. Deryal, not 48'de age, s. 56; İnceoğlu, Sözleşme yapma zorunluluğu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5. maddesinin bu açıdan değerlendirilmesi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 410-411). Herhalde bütün bu konularda, satıcının ekonomik kapasitesini de dikkate almak gerekecektir (Zevklier/Aydoğdu, s. 152).

55) Bkz. yukarıda N. 24.

Ona karşı, kolaylıkla yandaki restoranda yemek yiyebileceği savunması yapılanla⁵⁶.

Bizce, TKHK. m. 5/II'nin esas aldığı "haklı sebep" kavramını her olayın özelliklerini dikkate alarak incelemek ve hukukumuzda sözleşme özgürlüğünün esas olduğunu gözden kaçırmamak suretiyle herhalde bunu çok dar ve sınırlayıcı bir yonunla tabi tutunamak yerinde olur. Örneğin, belirli bir müşteri kitlesine hitap eden lüks bir restoran işleticisini, çirkin tutum ve davranışlarıyla ona asıl müşterilerini kaybettirecek kimseleri içeri almaması, rahatlık. Ja sözleşme yapmaktan kaçınmayı haklı gösterecek bir sebep sayılabilir.

TKHK. m. 5/II hükmü de, sadece bir "tüketici sözleşmesi" yapacak "tüketiciler" lehine uygulanabilir. Bunun dışında kalan hallerde, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun değil, daha önce açıkladığımız Borçlar Hukuku ilkeleri uygulanır.

TKHK. m. 25 hükmü, aynı kanunun yukarıda inceleme konusu yaptığımız 5. maddesine aykırı davranan satıcı ve hizmet sağlayanlara para cezası verilmesini öngönmüştür. Bu hükmü dayanılarak, TKHK. m. 5 hükmü çiğnenmek suretiyle satıştan veya hizmet sunmaktan kaçınmanın yaptırımının sadece bu para cezasından ibaret bulunduğu, ayrıca Özel Hukuk yaptırımına yer kalmadığı ileri sürülebilir mi? Bu sorunun cevabı olumsuzdur. Söz konusu kanunun 1. maddesi, açık biçimde bunun kamu yararına uygun olarak tüketicinin korunması amacı ile çıkarıldığını ifade etmektedir. Tüketicileri korumak üzere çıkarılmış bir kanunu sadece para cezası yaptırımını öngören bir kanun olarak anlamak ve tüketicileri Özel Hukukun öngördüğü yaptırımlardan (kanundan doğan sözleşme kurma zorunluluğunun aynen ifası için dava açılması, yerine göre maddi veya manevi tazminat davaları) yoksun bırakacak biçimde yorumlamak bu amaçla hiçbir şekilde bağdaşmaz.

34

§ 42. Sözleşmenin Konusunu (İçeriğini) Serbestçe Düzenleme Özgürlüğü Açısından Sözleşme Serbestisinin Sınırları

I. Sınırlı Sayı (Numerus Clausus) ve Tipe Bağlılık İlkelerinin Geçerli Olmaması

Medeni Hukukun bazı alanlarında, taraflar kanunda öngörülen tiplerle

I

56) Gerek Federal Mahkeme kararının esas aldığı Borçlar Hukuku sisteminde gerekse Tüketici Hukukunda, sözleşme yapmaktan kaçınma karşı tarafın şeref, haysiyet veya itibarını ihlal edecek biçimde gerçekleşmişse (örneğin, lokantaya giren kişi herkesin gözü önünde "senin gibi ahlak.sızlan buraya almıyoruz" diye bağlanarak kovuluyor), kişilik haklarını koruyan MK. m. 25'e dayalı olarak ileri sürülebilecek talepler, bu arada tecavüzün (saldırının) önlenmesi davası ile lokantacının sözleşme yapmaya mahkum edilmesi talebi saklıdır. Böyle bir talep açısından, Borçlar Hukuku alanında dahi, davacının aynı edimi başka yerden sağlamasının ondan beklenebilir olup olmadığı araştırılmaz Bkz. yukanda N. 8.

bağlı oldukları gibi, bu tiplerin içeriklerini düzenleme konusundaki serbesti çeşitli ölçü ve sınırlarda sınırlandırılmıştır. Örneğin, Eşya Hukukunda, kamında belirtilen aynı haklar dışında, yeni bir şeyin yaratılması mümkün olm-adiğı gibi, öngörülen aynı hakların içeriği de, kanunun çizdiği sınırları aşarak değiştirilemez, bir başka anlatımla kanunda öngörülen bir tipe istenildiği gibi yeni bir içerik verilemez¹. Bu konuda verilebilecek ikinci bir örnek tüzel kişilerle ilgilidir. "Numerus Clausus" ve "tipe bağlılık" ilkeleri burada da geçerlidir².

1) ..Numerus Clausus ve "tipe bağlılık" ilkeleri ticaret şirketleri ve kooperatifler hakkında da uygulanır'.

3) Sözleşmelerde durum farklıdır. Borçlar Kanununda (m. 1-9111, kamının gösterdiği şeyin yaratılması aşmaıpak kaydı ile, sözleşmenin konusunun (içeriğinin) estçe belirlenebileceğini hükme bağlamıştır⁴. Sözleşmenin konusunu

1) Steinauer, Les droits reels, tome I, 2. ed., Beme I 990, N. 120 vd., 124; Oğuzman/Seliçi/ Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, 11. bası, İstanbul 2006, s. 22.

2) Riemer, Personenrecht des ZGB, Bem 1995, N. 458 vd.; Serozan, Tüzel Kişiler, İstanbul 1994, s. 29-30. Serozan'ın ifadesiyle, "Numems clausus", yasaca öngörülen kalıplar, modeller, tipler dışında yeni tüzel kişilerin yaratılamayacağı, "tipe bağlılık" da, mevcut yasal kalıplara, modellere, tiplere yasal içerikten değişik yeni bir içerik ve işlev kazandırmayacağı anlamına gelir".

3) Poroyffeldnalp/Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2003, No. 165.

4) İsviçre Borçlar Kanununun 19. ve 20. maddelerinin Almanca metninde sözleşmenin "içeriğinden" (Der Inhalt des Vertrages), Fransızca metninde ise sözleşmenin "konusundan" (l'objet du contrat) söz edilmektedir. Bizde, çeviri Fransızca metin esas alınarak yapıldığı için, "sözleşmenin konusu" anlamına gelmek üzere "akdın mevzuu" denmiştir. Almanca "Inhalt" sözcüğü "içerik" anlamına geldiği gibi "konu" anlamına da gelir (Bkz. Önen/Şanbey, Almanca-Türkçe Sözlük I, Ankara 1993, s. 512; Steuenvald, Almanca-Türkçe Sözlük, 1992, s. 309; Denker/Davran, Almanca-Türkçe Büyük Lfikat, İstanbul 1947, il, s. 346). Nitekim Kıyğı da (Wörterbuch der Rechts-und Wirtschaftssprache, Teil II: Deutsch-Türkisch, s. 418), "Inhalt" maddesinde "Inhalt des Vertrages" ibaresini "sözleşmenin konusu" olarak çevirmektedir. Aynı şekilde, Piccardffhilo/Steiner'in Fransızca-Almanca Hukuk Sözlüğünde (Dictionnaire Juridique, 1, français-allemand, Zürich 1950, s. 376), "objet" maddesinde, "objet du contrat" deyimini "Inhalt des Vertrages, Vertragsgegenstand" olarak çevrilmiştir. Bütün bunlar gösteriyor ki, Başpınar'ın (Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998, s. 57 ve not 30). "sözleşmenin konusu" ve "sözleşmenin içeriği" kavramlarını farklı kavramlar olarak göstermek eğiliminde olan ve sadece "sözleşmenin içeriği" deyimini esas alan açıklamalarını kayıtsız şartsız benimsemek mümkün değildir. Bir sözleşmede tarafların üzerinde fiilen anlaştıkları veya (normatif bir bakış açısı ile) güven ilkesi çerçevesinde anlaşmış sayıldıkları her şey sözleşmenin "içeriğine" dahil olduğu gibi gen. iş anlamda "konusuna" da dahildir. Genel ilke bu olmakla birlikte, sözleşmede yer almalarına rağmen, hukuken bir "anlaşma" konusu olmaksızın bir taraflı niteliklerini muhafaza eden hususlar, sözleşmenin içeriğinde yer alır, fakat BK. m. 19-20 anlamında sözleşmenin konusuna girmez. Örneğin, A ile B arasındaki sözleşmede, bu sözleşmeye eklenen bir hüküm ile, A bazı hukuki işlemlerin yapılması için B'ye bir temsil yetkisi vermiş ise, BK. m. 34 hükmü karşısında yetkilendirme işlemi zorunlu olarak bir taraflı bir işlem olarak kalacağından, sözleşmenin konusu olmaksızın sözleşmenin içeriğine girmiş olur. Varılacak sonuç şudur: Sözleşmenin içeriği ve sözleşmenin

düzenleme serbestisi, bu yoldan sözleşmenin tipini de belirleme serbestisi i¹ erdiğine göre, Borçlar Kanununun özel bölümünde düzenlenen sözleşme tipleri, bayatta en çok rastlanan klasikleşmiş ömekler olmaktan öteye geçmez. Sözleşenler, diledikleri vakit, mevcut tiplerin bir kaç tanesinden yararlanıp karına nitelikte sözleşmeler (yerine göre, karına veya bileşik sözleşmeler) yapabilecekleri gibi, kanunlarda hiç öngörülmemiş kendine özgü (*sui generis*) yepyeni tipler de yaratabilirler (kendisine özgü yapısı olan sözleşmeler/. Birinci grupta yer alan karma sözleşmelere örnek olarak pansiyon sözleşmesi gösterilebilir. Bu sözleşmede oda tahsisi "kira,, kahvalt1 ve yemek verilmesi "ard arda teslimli satış", odanın temizlenmesi "hizmet" sözleşmesine ilişkin unsurları içerir⁶. İkinci gruba ise, "tek satıcılık", "franchise = pazarlama imtiyazı", "satış için bırakma" vs. gibi sözleşmeler girer.

il. Sözleşme Serbestisinin Sınırları Açısından BK. m. 19 ve BK. m. 20 Arasındaki İlişki

1. Genel Olarak

Klasik düşünceye göre, BK. m. 19, birinci fıkrasında sözleşme serbestisi ilkesini belirttiikten sonra, ikinci fıkrasında, sözleşme konusu (içeriğı) açısından öngörülen sınırlamalar saymaktadır. Aşağıda, ahlaka aykırılığı incelerken ayrıca ele alacağımız (kişi-li in kor:unm⁷ sule.İlgili)...kt BK. m. 23 de, BK. m. 19/II'nin ifadesine göre sınırlamalara eklenmelidir⁷. Şimdilik, biz, MK. m. 23-hülanifiü I,jÇFöşeye bırakıyor ve meseleyi sadece BK. m. 19 ile BK. m. 20 arasındaki ilişkiler açısından ele alıyoruz.

Yine klasik anlayışa göre, BK. m. 19/II'de öngörülen sınırlamalara uyulmadığı zaman, sözleşmeye uygulanacak hükümsüzlük yapnımı BK.

konusu kavramları İsviçre-Türk Hukukları açısından eşanlamli kavramlardır. Bunlardan birini veya diğerini kullanmakta bir sakınca yoktur. Nitekim, İsviçre öğretisinde, BK. m. 20'nin Almanca metninde kullanılan "Inhalt" (içerik) ve Fransızca metninde kullanılan "objet" (konu) kavramları arasında fark gözetilemeyeceğı açık seçik belirtilmiştir (**Rouiller**, Der widerrechtliche Vertrag: die verbotsdurchsetzende Nichtigkeit, Bern 2002, s. 336, not 1948, 1949. Ayrıca bkz. **Engel**, s. 267). Şu var ki, "sözleşmenin içeriğı" deyiimi, sözleşmede yer almalarına rağmen "anlaşma" konusu olmayan bir taraflı işlemlerle ilgili olarak daha geniş kapsamlı olarak anlaşılmaya elverişli gözüktüğünden, sırf bu açıdan "konu" deyimine nazaran nisbi bir avantaj sağlamaktadır. Biz, açıklamalarınızda her iki deyime de yer vereceğiz.

5) Borçlar Hukukunun Özel Hükümleriyle ilgili kitaplarda, burada üzerinde dunnadığımız ayrıntılarıyla incelenen bu konu için örnek olarak bkz. **Tandoğan**, 1/1, s. 13 vd.; **Yavuz**, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 6. bası, İstanbul, 2002, s. 18 vd.; **Serozan**, Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul 2002, s. 51 vd.

6) **Tandoğan**, 1/1, s. 71.

7) Bkz. **Bucher**, AT, s. 238-239; **Zufferey-Werro**, Le contrat contraire aux bonnes moeurs, Fribourg Suisse 1988, N. 150 vd., 224; **Schwenzer**, N. 32.16.

m. 20'de düzenlenmiştir. Gözülüyor ki, bu anlayış çerçevesinde, BK. m. 19/11, sözleşmenin konusunun hangi sınırlar içinde belirlenebileceğini gösteren bir hükümdür; BK. m. 20/1'de ise, bu sınırlar aşılarak kurulan bir sözleşmenin hangi yaptırımla karşılaşacağı belirtilmiştir⁸.

İsviçre' de, BK. m. 20 hükmü 1881 tarihli Borçlar Kanununda yer aldığı halde. BK. m. 19 hükmü 1911 yılında, Borçlar Kanunu yeniden düzenlenirken kanuna eklenmiştir. Bu yapılırken, iki madde arasında gereği gibi uyum sağlanamaması, aşağıdaki açıklamalarımızdan anlaşılacağı gibi, bizi değişik görüşlere yol açan başarısız bir düzenleme ile karşı karşıya bırakmıştır⁹. Gerçekten BK. m. 19/II'ye göre, Türkçe metinde bazıları çok eski deyimlerle veya yanlış olarak ifade edilmiş olarak, şunlar sözleşme serbestisinin sınırlarını çizen kavramlar olarak gösterilmiştir: a) Emredici hukuk k.'Ufallanna veya kanuna aykırılık (bunu geniş anlamı ile "hukuka aykırılık" olarak ifade edebiliriz), b) ahlaka (adaba) aykırılık; c) umumi intizama (kamu düzenine) aykırılık; d) şahsı hükümlere müteallik haklara aykırılık (çok yanlış biçimde kaleme alınan bu kavram ile "kişilik haklarına aykırılık" kastedilmektedir). Buna karşı, BK. m. 20/1 uyarınca sözleşmenin konusu a) gayri mümkün (imkansız); b) gayri muhik (hukuka aykırı); c) ahlaka (adaba) aykırı ise, o sözleşme batıldır (kesin hükümsüzdür).

2. BK. m. 19/II'ye Verilecek Anlam ve Bu Açıdan Sözleşme Serbestisinin Sınırlarının Belirlenmesi

s Bu maddenin birinci fıkrası, sözleşmenin konusunun kanunun çizdiği sınır çerçevesinde serbestçe belirlenebileceğini belirtmek suretiyle sözleşme serbestisi ilkesini şöyle açıklar: "İhtisarı, kanun, şahsı hükümlere müteallik haklara aykırıdır."

"Kanunun kat'i surette emrelediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet; ahlaka (adaba) veya umumi intizama yahut şahsı hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir."

6 BK. m. 19/II'nin ne anlama geldiği hususunda iki görüş vardır:

- *Birinci görüş: BK. m. 19/II'nin sadece yorumlayıcı bir fonksiyona sahip olduğu görüşü*

Bizde, kötü bir çeviri sonucu, yer yer yanlış deyimler kullanan BK. m. 19/II'de sözü edilen kavramlar şunlardır: a) emredici kanun hükümleri (buna bir de "kanuna" aykırılık eklenmiştir) b) ahlaka aykırılık, c) kamu düzenine aykırılık, d) kişilik haklarına aykırılık.

8) Oğuzman/Öz, 4. bası, s. 72; Zufferey-Werro, not 7'de age, N.311, 312-313.

9) Özellikle bkz. Zufferey-Werro, not 7'de age, N. 226,290,335 vd.; Koller I, N. 817.

Bu görüşe göre, maddede sözü edilen "ahldk", "knmu düzeni" ve "**kişi-**lik hakları", sözleşme serbestisine sınır koyan ayrı ve bağımsız kuvvünlar olmayıp, bunlar, *sndccc bir kanuu liikmiuiin ne vakit emredici .vayıfacağruu göstermek iizere* öngörülmüş kavramlardan ibarettir. Şu halde, bir kanun hükmünün emredici olduğu ilgili hükmün sözünden doğrudan doğruya anlaşılamiyorsa, şu nokta araştırılacaktır: Bu hükme aykırı davranılması "ahlaka" veya "kanmı düzenine" yahut "kişilik haklarına" ters düşüyor mu? Bu sonunun cevabı anılan kavramlardan herhangi birisi açışm<lan olumlu ise, hükmün emredici olduğu sonucuna varılacaktır¹⁰. Görülüyor ki, bu görüş çerçevesinde, BK. m. 19/11, sadece bir kanun hükmünün hangi hal-lerde emredici sayılacağını bize gösteren bir hüküm olmaktan öteye geçmemektedir¹¹. Derhal belirtelim ki, İsviçre Borçlar Kanununun hazırlık çalışmaları da hükmün bu maksatla kanuna konulduğunu göstermektedir¹².

Aşağıdaki açıklamalarımızdan anlaşılacağı gibi, BK. m. 19/II'nin ger-çek niteliğini en ilLa çokla an öü bud •. sas _ sözle me serbestisinin 'sınırlarını BK. m. 19/II'de ayrı _ç_a..gö.sterip, daha sonra BKJn 'de bunları, kesin lukümsüzlük yaptır!mıta. bğ!amak Sl;!Ji.Y.. bir ker il lha sa nın 6iıarılainıcia yoktur. Zira, BK. m. 20'de sözleşmenin hangi hallerde kesin fii umstiz olacağı gösterilirken, aynı zamanda sözleşme serbestisinin sınır-lan da, ister istemez çizilmiş olur. Bu sınırları açıklamak üzere, BK. m. 19/II gibi ayrı bir hükme artık ihtiyaç kalmamış demektir. Kaldı ki, yine aşağıda işaret edileceği gibi, BK. m. 19/11 hükmü sözü edilen sınırlan belli etmek bakımından yetersizdir ve BK. m. 20'yi de esas almadan bu sınırlan çizmek mümkün olamamaktadır.

Bütün bu düşüncelere rağmen, bu görüşün Türk Hukukunda kabul

10)Bkz. **Kramer**, Art. 19-20, N. 129; **Gauch/Schluelp/Schmid**, N. 629.

11)Bu görüşte olanlara örnek olarak bkz. v. **Tuhr/Peter**, § 31, il, s. 250; **Keller/Schöbi**, s. 143; **Lörtscher**, Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht, Zürich 1977, s. 197-198; **Kamin**, Freizeichnungsklauseln im deutschen und im schweizerischen Recht-ein Vergleich, Bergisch Gladbach Köln 1985, s. 170 vd.; **Hate-mi**, Medeni Hukuk'a Giriş, 2. Bası, İstanbul 1999, § 4, N. 36. Şurasını ekleyelim ki, açıkça bu görüşte olmasalar bile, bazı hukukçular, kanunda emredici oldukları açıkça belirtilmemiş hükümlerin bu niteliği taşıyıp taşımadıkları araştırılırken, bunlarla bağ-daşmayan sözleşmelerin kamu düzenine, ahlaka veya kişilik haklarına ters düşüp düş-mediğine bakılması gerektiğini yerinde olarak belirtiyorlar (Örnek olarak bkz. **Oğuz-man/Öz**, 4. bası, s. 73. Aynı yönde açıklamalar: Yarg. HGK. 20.11.1991, E. 1991/11-481, K. 1991/592, **Özmen**, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararları, 1988-1997, cilt 1, Ankara 1998, s. 946). Şu var ki, öğretilde, "kamu düzeni", "ahlak" ve "kişilik hakları" kriterlerinin sınırlayıcı olmadığı, bunlara özellikle "sosyo-ekonomik açıdan zayıf olanla-rı korumak amacı ile çıkarılmış bükümleri" eklemek gerektiği yolunda bir eğilim vardır (Bkz. **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 74). Ancak, bu son kriterin çok defa "kamu düzenine", hatta yerine göre, "ahlaka" aykırılığın özel bir görünümünden ibaret kaldığı da söylene-bilir (Aynı yönde açıklamalar: **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 73).

12)**Zufferey-Werro**, not 7'de age, N. 293 vd., özellikle N. 297,311.

edilmesi çok zordur. Zira, BK. m. 19/II'nin bizdeki metni ile, bu maddenin sadece yorumlayıcı bir fonksiyonu olduğu yolundaki anlayışı bağdaştırmak mümkün gözükmemektedir. Gerçekten maddenin benimsediği ifade tarzında, yorum konusu olacak "emredici hükümler" ile ahlâk kavramlar, tamamen eşdeğer ve aynı düzeyde sınırlamalar olarak ele alınmıştır.

İsviçre BK. m. 19/II'nin Almanca metni şöyledir: "Kanun hükümlerinden ayrılan sözleşmeler ancak, kanunun emredici bir hüküm koymadığı veya aynılmanın kamu düzenine, ahlaka veya kişilik haklarına ters düşmediği hallerde geçerli olur." Öğretide, hükmün yorumlayıcı niteliğini ispatlamak üzere, maddede sözü edilen "aynılmanın", "kanun hükümlerinden aynılma" olduğu; böylece, açıkça emredici nitelikleri belirtilmemiş diğer kanun hükümlerinin ne vakit emredici sayılacağını göstermek üzere "ahlaka", "kanun düzenine" ve "kişilik haklarına" ters düşme kriterlerinin getirildiği ileri sürülmüştür¹³. Şu noktayı ekleyelim ki, maddenin Fransızca metni de bu anlayışa elverişlidir.

7 - *İkinci Görüş: BK. m. 19/II'nin sözleşme serbestisini sınırlayıcı bir fonksiyona sahip bulunduğu görüşü*

Öğretideki çoğunluk tarafından benimsenen bu anlayışa göre, BK. m. 19/II'de sozu edilen kavramlardan biri, ayn ayn, sözleşme serbestisine smi.E: çirnek re kalıWJg konulmuştur. Şu halde, bir sözleşme, "kanunun emredici hükümlerine _yeya kanuna", "ahlaka", yahut "kanun düzenine" (kanundaki ifadeyle "umumi intizama") veyahut "kişilik haklarına" (kanun bunu "şahsi hükümlere müteallik haklara" diye ifade ediyor) aykırı olamayacak, bu kavramlardan bir tanesine dahi aykırılık halinde, _ sözleşme serbestisinin sınırları aşılmış sayılacaktır¹⁴.

Bu görüş de ciddi biçimde eleştirilebilir:

a. Bir defa, yukarıda belirttiğimiz gibi, BK. m. 20/I, sözleşmenin hangi hallerde kesin hükümsüz (batıl) olduğunu gösterdiğine göre, sözleşme serbestisinin sınırlarını, aynı zamanda uygulanacak yaptırım da belirtmek suretiyle çizmiş bulunmaktadır. Bu durumda, aynı sınırları bir kere de BK. m. 19/II'de çizmeye gerek kalmamıştır.

b. Kaldı ki, BK. m. 19/II'de sayılan sınırlamalar ile, BK. m. 20/I'de öngörülenler arasında uyum da yoktur. Nitekim BK. m. 20/I sadece konusu "gayri mümkün" (imkansız), "gayri muhik" ("hukuka aykırı" anlamında)¹⁵ yahut "ahlaka (adaba) aykırı" sözleşmelerden söz açmaktadır. Şu halde,

13) Lörtscher, not 11'de age, s. 197-198; Kamin, not 11'de age, s. 170-171.

14) Bu konuda bkz. Zufferey-Werro, not 7'de age, N. 309 vd.; Gauch/Schlupe/Schmid, N. 647.

15) BK. m. 20/I'deki "gayri muhik" deyiminin "hukuka aykırı" olarak anlaşılması gerektiği hususunda bkz. Karabasan SH, Sözleşmeler, s. 228, not 234; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altan, s. 395.

an. "Hukuka aykırılık". değişik biçimlerde ifade edilmiş olsa da (BK. m. 19/11'da "kanunun kat'i suretle emreylediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet". BK. m. 20/1'de "gayri muhik"), her iki maddede de mevcuttur.

bb. Aynı şey "ahlaka aykırılık" için tekrar edilebilir. Gerek BK. m. 19/11 gerekse BK. m. 20/1, ahlaka aykırılık kavramını açıkça anmaktadır.

cc. BK. m. 19/II'de "kamu düzenine" ve "kişilik haklarına" aykırılıktan söz açıldığı halde, BK. m. 20/1'de bu kavramlar yer almamaktadır.

dd. Sözleşmenin konusunda "imkansızlık" sadece BK. m. 20/1 tarafından anılmaktadır. BK. m. 19/II'de bu kavramdan hiç söz edilmemiştir.

c. Nihayet, incelediğimiz görüş çerçevesinde BK. m. 19/II 'de "kişilik haklarına aykırılığın" ayrı bir sınırlama sebebi olarak gösterilmesi gereksizdir. Zira, kişilik haklarına ilişkin MK. m. 23 hükmü emredici-yasaklayıcı hükümler kapsamına girer ve buna aykırı olarak düzenlenen sözleşmelerin "hukuka aykırılık" kavramı içinde esasen mevcut bulunduğu kuşkusuzdur¹⁶. Daha ileri giderek, kişilik haklarına aykırı sözleşmelerin genellikle hem hukuka hem de ahlaka aykırılık oluşturdıkları da söylenebilir.

Bu durum karşısında bugün için üstün tutulacak çözüm, öğretide çok defa yapıldığı gibi, BK. m. 19ff ile BK. m. 20/I' i *birlikte* ele alarak sözleşme serbestisinin sınırlarını tespit etmek ve bu açıdan aşağıdaki üçlü ay- 8
nına üstünlük tanımaktır¹⁷:

- Hukuka aykırılık: Bunun i.ç.i,pe' e;mredici hukuk İarallanna ve kanunun yasaklayıcı hükümlerine aykırılık" girdiği gibi, "kamu düzenine" ve "Eşilik haklarına: -aylafill<:nı!Tleri de-gu k'!tegoride yer alır¹⁸.

-Ahlaka aykırılık (kişilik haklarına aykırılığın aynı zamanda bu grupta da yer aldığı söylenebilir).

16) **Kramer**, Art. 19-20, N. 128; **Eren**, 9. bası, s. 289. Tartışmalı olan bu konu için ayrıca bkz. aşağıda not 18 ve N. 58. -Öğretide, MK. m. 23 hükmünü çok dar biçimde yorumlayan görüşün yerinde olmadığı hakkında ayrıca bkz. aşağıda N. 54.

17) Örnek olarak bkz. **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 629; **Kramer**, Art. 19-20, N. 129; **Schwenzer**, N. 32.04; **Huguenin**, Basler Komm., Art. 19-20, N. 12-13; **Eren**, 9. bası, s. 285. -BK. m. 19/11 ile BK. m. 20/I arasındaki ilişki açısından farklı bir görüş için bkz. **Abegg**, Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts, Zürich 2004, s. 176 vd.

18) Bir çok yazarın (örneğin not 17'de anılan Schwenzer ve Huguenin) kişilik haklarına aykırılığı sadece "ahlaka aykırılık" çerçevesinde ele almalarına katılamıyoruz. Kişilik hakları bizzat kanun (MK. m. 23) tarafından düzenlenip korunduğuna göre, bunlara ters düşen bir sözleşme, ilke olarak hukuka aykırı sayılmak gerekir. Bunun yanında, ayrıca ahlaka aykırılıktan söz etme imkanı saklıdır (Bkz. aşağıda N. 58)

- *Sözleşmenin konusunun imkansız olması*

Aşağıda "hukuka aykırılık" ve "ahlaka aykırılık" kavramlarını ayrı ayrı ele alıyor, "imkansızlık" açısından ise *Serozan'ın* bu eserin üçüncü cildindeki açıklamalarına yollama yapıyoruz.

RU. Hukuka Aykırılık

1. Genel Olarak

- 9 Hukuka aykırılık, hukuk düzeninde alau. obj.ektik-telikteki yazılı veya yazılı olmayan kurallara aykırılığı ifade eder. Bu.Jru.rallann Kamu ---nukuKiın,a,eya Özel Htikuka ilişkin olması bir farl<. yar.atmaz.¹⁹ Tarafların yaptıkları işlemin hukuka-aykırılığını bilip bilmemeleri de önem, !a_şJmaz²⁰.
- 10 BK. m. 41/I'de "haksız bir surette" biçiminde ifade edilen "hukuka aykırılık" unsuru ile BK. m. 19-20 anlamında hukuki işlemlerin geçersizliğine yol açan hukuka aykırılık kavramı farklı kavramlardır. Bunları birbiriyle karıştırmamak gerekir²¹.
- 11 Dikkat edilecek bir başka nokta şudur: İhlal edilen hukuk.kur.alı "objektif bir hukuk kuralı (örneğin bir Jrnnun hükmü) olmalıdır. Bir kimsenin yaptığı borçlanma işlemine aykırı düşen taahhütleri, objektif bir hukuk 7uiralına fers düşmüş sayılamayacağından, ilke olarak, BK. m. 19-20 anlamında bir hukuka aykırılıktan söz açılmaz. Örneğin taşınır bir malını önce B, sonra C'ye satan A'nın yaptığı ikinci satış sözleşmesi, önceki satış sözleşmesi ile bağdaşmadığı halde geçersiz değildir. O, malı C'ye teslim ettiği takdirde, olsa olsa, ilk sözleşmenin ihlali sebebiyle B'ye karşı tazminat ödemek borcu altına girer. Bunun gibi, A, bir malında tasarruf etmemek konusunda B'ye bir taahhütte bulunmuş olsa dahi, onun bu mal üzerinde tasarruf ederek mülkiyetini C'ye devretmesi geçerlidir. A ile B arasındaki sözleşmenin çiğnenmesi anlamını taşıyan bu tasarruf işleminin doğuracağı hukuki sonuç, A'nın B'ye bir tazminat ödemesinden ibaret kalır²².
- 12 İsviçre Federal Mahkemesi, ilginç bir kararında, bu kurala bir istisna getirmiştir. Olayda, mirasbırakanın üç mirasçısı (eşi ve iki kızı) aralarında yaptıkları bir mirasın paylaşılması (taksimi) sözleşmesiyle, terekedeki bir taşınmazın sağ kalan eşe bırakılmasını, ancak onun, diğer iki mirasçının rızası olmadan bu taşınmazda hiçbir şekilde tasarruf edememesini kararlaştırmışlardır. Buna rağmen, eş, taşınmazı, birlikte oturduğu kızlarından birine satınca, diğer kızı, annesiyle kızkardeşini dava etmiştir. Federal Mahkemeye göre, sözü edilen tasarruf yasağının taşınmazın sadece üçüncü kişilere dev-

19) **Kramer**, Art. 19-20, N. 132.

20) **v. Tuhr/Peter**, § 31, 111, 2, s. 254; **Engel**, s. 271.

21) **Schwenzer**, N. 32.05; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 655.

22) Özellikle bkz. **v. Tuhr/Peter**, § 31, **M**, 1, s. 252. Hiç kuşkusuz, her ilci örnekte de C'nin B'ye zarar verme kastı ile hareket etmiş olması halinde, BK. m. 41/11 uyarınca B'nin C'den tazminat isteme hakkı saklıdır. Bu tazminat BK. m. 43/I uyarınca aynen tazmin şeklinde de gerçekleşebilir.

redilmesiyle ilgili olmayıp, sözleşmeyi imzolayan mirasçılarn yopilnenk devirleri de kap amma aldığı sonucuna varıldığı takdirde, durum şöyledir: Ortada BK. m. 20 onlu- mmdn kesin hükümsüz bir işlem yoktur. Ne var ki, üç kişinin dahil bulunduğu bir borç ilişkisi, hınlardan ikisi t:mıfından üçüncü taraf nleyhinc ihlfil edildiği vnkit, "sırf taraf- lar arasında hüküm ifade etmek üzere" bir hükümsilzlik kabul edilmelidir. Öyle nıluşı- hyor ki. eş, olayda taşınmazı kızına değil de, paylaşırma (taksim) sözleşmesine yabancı bir üçüncü kişiye devretmiş olsaydı, ana kurnl uygi.ılanurnk bu lnsarruf işlemi (annenin kızlarına karşı tazminat ödeme borcu saklı kalnınk üzere) geçerli sayılacuktı2'.

Hukuka aykırılık aşağıda yazılı dört yoldan biriyle gerçekleşir:

a. Hukuk düzeninin dğır!qan doğı:ura böyle bir sözleşmcJılın yapılmasını B yasaklaması

Belirli tipte bazı sözleşmelerin kurulması hukuk düzenince yasaklanmış olabilir. Örneğin, BK. m. 99/1 hükmüne göre, borçlunun kast veya ağır ihmali olsa bile alacaklıya karşı sorumlu t1 l tulamayacağı kararlaştırmaz. Bunun tersine yapılan bir sözleşme hukuka aykırı olur. Diğer bir örnek: Temsil olunan temsilciye verdiği temsil yetkisini her zaman tamamen veya kısmen geri alabilir. Onun bu hakkından vazgeçmesi BK. m. 34/11 tarafın- dan açıkça yasaklanmıştır. Bu yasağa rağmen, temsil olunan ve temsilcinin bu hükmün aksini kararlaştırmaları incelediğimiz hukuka aykırılık katego- risine girer.

b-... Jfukuk düzeinceJ!L!...lll!lası yasaklanmamış olan sözleşmenin, içeri- 14 ğinde yer a anbazı hükümler (tarafların edimlerine ilişkin düzenleme- ler) açısından hukuka aykırı olması

Örneğin, birisine ücret karşılığı suç işlemesi için vekalet verilmişse, hukuk düzeninin tanıdığı ve kurulmasına izin verdiği vekalet sözleşmesi, bu olaydaki içeriği (vekilin yerine getirmekle yükümlü olduğu edimin nite- liği) bakımından hukuk düzeni ile bağdaşmaz bir nitelik kazanmıştır.

Derhal belirtelim ki, (a) ve (b) başlıkları altında incelediğimiz bu iki hal arasında gerçekte bir fark gözetilemeyeceğinden (belirli tipte bir sözleşme- nin yapılması yasaklandığı zaman da, o sözleşme içeriği açısından hukuka aykırı duruma düşer) söz konusu ayırım pratik değerden yoksundur²⁴.

c. Taraflarca güdülen dola lı ortak amacın hukuka a kırı olması 15

Genellikle kabul edilen-anlayJŞ · gĞı;0, 02rleşmeru iei9:ğ-ltkonusu) kavramı sadece dar ve teknik anlari ile s nıtlı..tıı.nılmadığı.ıçİ0r-geniş kap- sa 1 ır eger en ırme çİnevesinq, taraflarca.(açıkça veya-örtülü biçim- de) güdülenı ay!....9.r.t açlar_da_bu-i ei:iğe--dahH-sayı1/2ma:kta---ve söz

23) Bkz.BGE114.II.329; Koller, I, N. 914; Kramer, Art. 19-20, N. 143.

24)Özellikle bkz. Gauch/Schluep/Schmid, N. 642; Kramer, Art. 19-20, N. 136.

konusu amacın hukuka aykırı olduğu ihtimall²⁵de BK. m. J 9-20 hükümlerinin uygulama a anı bu şekilde kabul edilmektedir²⁶. Örneğin, bir banka ite kredi sözleşmesi imzalayan A, gerçekte kredi olarak al²⁷cağı parayı uyuşturucu ticaretinde kullanmak amacını güdüyor, banka da bu !lu bilerek **Ve** açıkça veya örtülü biçimde bu amacı paylaşmak suretiyle sözleşmeyi yapmış bulwnryorsa, sözleşme hukuka aykırı sayılarak kesin pükümsüz olacaktır. Buna karşı, taraflardan sadece bir tanesi tarafından güdülen hukuka aykırı amaç hiçbir zaman sözleşmenin içeriğine girmiş sayılamayacağından, onu geçersiz kılmaz. Yukarıda verilen örnekte, banka A'nın güttüğü hukuka aykırı amaçtan habersizse, durum böyle olacaktır.

16 d. Kanuna Karşı Hile

Yukarıda belirttiğimiz gibi, kanunun belirli bir sonucu yasakları ol-ması halinde ilgili hüküm dolanılmak suretiyle bu sonucun öir başka yol- dan elde edilmesini sağlayan işlemler, sözü geçen kanun hükmünün doğru- dan doğruya ihlali ile bir tutulur ve bir hukuka aykırılık oluşturur²⁶.

2. Hukuka Aykırılık Halleri

a. Emredici Kanun Hükümlerine Aykırılık

- 17 J3azan kanun tarafından bu husus açıkça ifade edildiği, haza ise yorum yoluyla (özellikle kanun hümanüne aykırılığın ahlaka, kamu düzenine veya kişi *- haklarına aykırı düşmesi halinde) bir hükmün emredici -olduğu anla- ılıqığı takdirde²⁸ bundan çıkacak sonuç şudur: Emredici hükümler., taraf jradeleriyJe bertaraf edilmeleri mümkün olmaksızın, mutlaka --uygulanması _ gereken hükümlerdir. Şu halde, emredici bir hükmün bulunmasına rağmen, taraflar buna ters düşen bir sözleşme yaparlarsa, sözleşme hükmü değil, emredici hüküm uygulama alanı bulur. Örneğin, BK. m. 127 hükmüne gö- re, "*İşbu üçüncü bapta tayin olunan müruru zaman müddetleri, mukavele ile tadil olunamaz*". Zaman aşımı sürelerinin tarafların anlaşmasıyla değış- tirilmesine imkan tanımayan bu hüküm emredicidir. Taraflar sözleşmele- rinde BK. m. 125 gereği on yıllık zamanaşımına tabi bir alacakta zamana- şımını on beş yıl olarak kararlaştınlarsa, bu anlaşma hükmü değil, kanunda yazılı on yıllık zamanaşımı hükmü esas alınır. Bunun gibi, kast veya ağır kusur (ihmal) halinde borçlunun sorumlu tutulamayacağını öngören sorum- suzluk kayıtları geçersizdir (**BK. m. 99/1**). Buna rağmen, taraflar, borçlunun ağır ihmali olsa bile sorumlu olmayacağı hususunda anlaşılarsa, bu anlaş-

25) Bkz. **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 644; **Hürlimann**, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20, Abs. 2 OR, Freiburg Schweiz 1984, N. 110; Schwcnzer, N. 32.06; Engel, s. 276.

26) Bkz. yukarıda § 35, N. 77-78.

ma değil. bu ihtimalde bile borçluyu sorumlu sayan emredici BK. m. 99/1 hükmü uygulanır. Derhal belirtelim ki, Borçlar Hukukunda emredici hükümlerin sayısı azdır. İrade özerkliğinin hakim olduğu bu alanda, "tınmamp layıcı" veya "yorumlayıcı" hukuk kuralı biçiminde karşımıza çıkan yedek hukuk kuralları büyük çoğunluktadır. Şu vnr ki, zonınlu olarak uyg-ulanacak emredici kuralm mutlaka Borçlar Kanununda yer olması da gerekmc:c⁷.

Emredici hukuk kurallarına aykırılığın, sözleşme serbestisine sınır çiz- JS
-i ve 15--İn. 20 g1JO.1CŞ-! nifeliktcki sözleşşine hükümlerinin kesin hükümsüzlüğüne yol açtığı enellikle kabul edildiği halde İsviçre Huku-
unda k1mıza- çıkan ve Alman öğretisinden esinlenen bir azınlık görüşü durumu farkı; biçimde açıklamaktadır²⁸. Bu görüşe göre, kanunun emredici hükümlerine aykırılık halinde, sözleşme BK. m. 20/I uyarınca kesin hükümsüz olmaz, zira, istenilen sonucu elde etmek için BK. m. 20/I'deki hükümsüzlük yaptınına başvurmak gerekmez. Emredici hukuk kuralı.na aykırı olan anlaşma geçerliliğini korur, ancak emredici hukuk kuralını çiğneyen sözleşme hükmünün yerine emredici kanun hükmü geçer. Böylece, hüküm doğurmaya devam eden sözleşmede meydana gelen tek değişiklik, emredici kurala aykırı hükümlerin yerini emredici kanun hükümlerinin almasından ibaret kalır. Bu görüş haklı olarak eleştirilmiştir. Gerçekten, *emredici hukuk kuralına aylan sözleşme hükmünün uygulanamaması ve bunun yerini emredici hükmün alabilmesi için, önce bahis konusu hükmün BK. m. 20/I uyarınca kesin hükümsüz (batıl) sayılması gerekir*. Emredici hükme ters düşen sözleşme hükmü geçersiz sayılmadan, emredici kanun hükmünün bunun yerine geçmesi söz konusu olamaz²⁹.

Yukarıda sözünü ettiğimiz azınlık görüşü Alman Hukukundaki düzenlemeden esinlenmiş bulunuyor. Gerçekten BGB § 134, emredici hükümlerden hiç söz açmaksızın, sadece (aşağıda incelediğimiz) kanunun yasaklayıcı hükümleri ile ilgilenmektedir. Anılan hükme göre, "Kanundan farklı bir sonuç çıkmadıkça, kanunun yasaklayıcı hükmüne ters düşen sözleşme kesin hükümsüz olur". Bu noktadan hareket eden Alınan öğretisine göre, kanunun emredici hükümleri, tarafların irade özerkliğini tamamen bertaraf ederek bir hukuki ilişkiyi doğrudan doğruya düzenlerler. Bunun sonucu olarak, irade özerkliği emredici hükümle sınırlanan kişinin, emredici hükme aykırı bir sözleşme yapma imkan ve iktidarı daha baştan kesin olarak ortadan kaldırılmış bulunduğundan, ayrıca kesin hükümsüzlük yaptınına ihtiyaç kalmamıştır³⁰.

27) Oğuzman/Öz, 4. bası, s. 72.

28) Bu görüşte: **Bucher**, AT, s. 251, 252-253; **Giger**, Rechtsfolgen norm-und sittenwidriger Verträge, Zürich 1989, s. 81, 128; **Rouiller**, not 4'de age, s. 25 ve not 110. Anılan son yazarın, bu düşüncüyü İsviçre Hukukunda hakim olan görüş gibi sunması açık bir yanılgıdır (Bkz. aşağıda not 29).

29) **Hürlimann**, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, Freiburg Schweiz 1984, N. 129. Aynı yönde: **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 646; **Kramer**, Art. 19-20, N. 128, 132. Ayrıca krş. **Koller**, I, 2.A., § 13, N. 112.

30) Flume, § 17, 2, s. 343; **Medicus**, AT, N. 645. Ayrıca bkz. **Schwarz**, s. 338, not 18.

20 Emredici hükümler, yerine göre, *iki taraflı* veya *bir taraflı* olabilir³¹:

- *İki taraflı* emredici hükümler, her iki tarafı da korumak amacı ile sevk edilmiş olduklarından, bunlardan taraflardan biri veya diğeri lehine ayrılmak mümkün değildir. Örneğin, kanundaki zamanaşım sürelerinin değiştirilmesine imkan tanımayan BK. m. 127 hükmü buraya girer. Kanunun öngördüğü süre, alacaklı lehine uzatılamayacağı gibi, borçlu yaranna olarak da kısaltılamaz.

- *Bir taraflı* emredici hükümler en büyük uygulama alanını İş Hukukunda bulur. Bunlarda, kanun taraflardan sadece birini (İş Hukukunda, işçiyi) korumak amacını gütmektedir. Bu yüzden, korunan taraf yararına olmak üzere, kanun hükmünü değiştirici bir sözleşme yapılabilir. Oysa, bunun tersi, yani diğer taraf lehine olarak kanun hükmünün bertaraf edilmesi mümkün değildir.

b. Kanunun Yasaklayıcı Hükümlerine (Kanunı Yasakla.r.a.)_Aşkınlık

21 Yukanda sözünü ettiğimiz "emredici kurallar", kişilerin irade özerkliklerini sınırlamak suretiyle bir hukulô ilişkii (taraflara başka..türJü bir düzenleme yapma imkanı tanımaksızın) 12.izdat..kendil.eı:Ldüzenlerler, ÔI}Jeğin, zamanS!fli dfindn önc-fer a?tdUsmeY-eceğini.bildiren..BK. m rr9 bükünü hl!_an!mda bjr emredici hükümdür. Zira..sözleşmqı.apılırken, zamanaşımı definden vazgeçilmiş olmasın! rağmen,)s_anında .y.e.r....alan zaman.aşjmi _ı,l_..rn?r*i ? y\$Jneg?kLgeceı:s.iL feraga bükünün?rini almak suretiyle, yin? ?ygulanacaktır.

Yasaklayıcı hükümlerde durum farklıdır. Böyle bir biikiimde söz açaa..O İlmek için, herşeyden önce, kişinin o konudaki irade özerkliğiuihabaştan ?mredici bir kanun biik:miLik?du:tlmrunış olmalıdır³². Şu halde, emredici bir hükümle düzenlenen bir konuda, ayrıca bir kanuni yasaklama söz konusu olamaz. Ne var ki, irade özerkliğinin emredici kanun hükümleriyle sınırlandırılmadığı alanlarda da, kanun, bazı düşüncelerle belirli davranışların yasaklamış olabilir. Sözü edilen ve yasaklamaya temel oluşturan düşünceler içersine, yapılacak sözleşmenin içeriği veya bu sözleşme vasıtasıyla elde edilecek kanun tarafından uygun bulunmayan sonuç, yahut sözleşmenin yapılmasına eşlik eden özel bazı hal ve şartlar girebilir³³. Bir başka anlatımla, kanun, aslında sözleşme serbestisinin sınırlan içinde kalan bir işlemi, belirli durumlarda, "içeriği", "elde edilecek sonuç" yahut "işlemin

31) Bkz. **Koller**, I, 2.A., § 13, N. 109; **Belser**, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, Freiburg Schweiz 2000, s. 372; **Bucher**, AT, s. 245.

32) **Larenz**, AT, s. 430.

33) **Laren/Wolf**, § 40, N. 6, 15.

yapıldığı andaki bnzı özel hal ve şartlar" doluyısıyla ayrıca yusuklamak gereğini duyabilir. Bu açıklamalar gösteriyor ki, ynsaklamnm ınutluka "sözleşmenin içeriği" ile ilgili olması şart değildir. Şimdiden bir örnek verelim: Noterlik Kanunu m. 50 uyarınca, noterlerin kefil olmaları yasaklanmıştır. Hnngi düşüncelerin böyle bir yasağa esas teşkil ettiğini aşağıda açıklayacağız. Şu var ki, kefalet sözleşmesi Borçlar Kanununda ayrıca düzenlenmiş bir sözleşmedir ve bu içerikte bir sözleşmenin yapılması hiç kuşkusuz (ayrıca BK. m. 19-20'nin işe kanşmasını gerektirecek bir durum bulunmadıkça) sözleşme serbestisinin sınırları içinde kalır. Buna rağmen öngörülen yasak hükmü dolayısıyla noterler kefil olamazlar. Yasağa rağmen yapılan kefalet sözleşmesi geçersiz sayılsa bile (bu konudaki görüşümüzü aşağıda açıklıyoruz), emredici hükümlerden farklı olarak, örneğin BK. m. 127 uyarınca taraflarca kararlaştırılan değişik zamanaşımı süresinin yerine kannıl da öngörülen enıredici süre hükmünün geçmesi gibi, geçersiz işlemin veya sözleşme hü.lanünün yerini alıp bu ilişkiye zorunlu biçimde uygulanacak bir kanun hüknü de yoktur.

Alman Hukukundan farklı olarak, İsviçre-Türk Hukuklarında, çok defa, 22
"enıredici hükümler" ile "yasaklayıcı hükümler" arasında kesin ve açık bir aynın yapılmaz ve "emredici hükümler" kavramı bunların her ikisini de içine alacak biçimde kullanılır. *Bizce*, "geniş anlamda" emredici hükümler deyiminin, her iki kavram da kapsamına alan bir kavram olarak kullanılması mümkündür³⁴. Buna karşı "dar ve teknik aolamcılı?emredici hükiimler deyiminin kapsamına sadece rnkarıda..incelenen anlamda?emr-edici hükümler der O us cogeus) girece k, yasak la y?cı hültipi)er hl!. ka yL amJ n d!Şi qda kala- ca k tır - - : - - - - -

Kanunlarda yer alan yasaklayıcı hükümler, Roma Hukukundan beri üç- 23
lü bir aynına tabi tutulur³⁵:

- *Leges perfectae* (Tam Kanunlar/-³⁶ Bu ti kanun hükümlerine ters düşen işlemler geçersiz olur.

- *Leges minus quam perfectae* (Sınırlı Ölçüde Tam Olmayan Kanun-
?n

34) Nitekim, İsviçrede **Kramer'in** (Art. 19-20, N. 135) "emredici yasak hükmünden" (die zwiogende Verbotsnorm), Türkiyede **Tandoğan'ın** (Noterlerin Kefil Olma Yasağının Müeyyidesi, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, 4/1974, s. 6) "emredici yasaklar"dan söz açtıkları görülmüyor.

35) Bkz. **Honsell**, Römische Recht, 2. A., Berlin Heidelberg, 1992, s. 35; **Schwarz**, s. 338-339.

36) Tekil olarak kullanıldığı vakit "lex perfecta" = tam kanun.

37) Tekil olarak kullanıldığı vakit "lex minus quam perfecta" = sınırlı ölçüde tam olmayan kanun.

Bu halde, kamınlil yasak hükmüne aykırı olan işlem geçerli kalır ve sadece bir ceza yaptırım söz konusu olur.

Pandek1 Huk"Ukunda yapılan bir aynına göre, yasaklayıcı kanun hükmüne ters düşen işleme hem geçersizlik hem de ceza yaptırımları birlikte uygulanıyorsa, "leges plus quam perfectae"den babsedilir³⁸.

- *Leges imperfectae (Tam Olmayan Kanunlar)*⁹

Çiğl}ndikleri vakit, hi_çbir: _yaP-.tınma yol açmayan kanunlar bu kategoride yer alır.

Modem Hukukta, "leges imperfectae" örneği bulmak hemen hemen imkansızdır. Buna karşı "sınırlı ölçüde tam olmayan kanun" (*lex minus quam perfecta*) niteliğindeki kanun hükümleri "düzen hükmü" (eski deyim ile "inzibati hüküm") (*Ordnungsvorschrift*) olarak adlandırılmak suretiyle geniş ölçüde uygulama aları bulur. Düzen hükmü niteliğindeki kanuni yasaklara aykırılık halinde, yapılan sözleşme veya diğer bir hukuki işlem geçerliliğini korur, arıcak başka tür bir yaptırım ile karşı karşıya kalır. Bu yaptırım çok defa bir ceza biçiminde ortaya çıkar. Ne var ki, bunun böyle olması zorunlu değildir. Örneğin, yerine göre, İdare Hukuku'nun kapsamına giren yaptırımlar söz konusu olabilir⁴⁰.

- 24 Kanunda yer alan bir yasaklayıcı hükmün "tam yasaklayıcı bir hüküm" mü" (*lex perfecta*), yoksa sadece "sınırlı ölçüde tam olmayan bir yasaklayıcı hüküm" mü (*lex minus quam perfecta*) olduğu, bir başka deyimle, çiğ-nenen hükmün işlemin geçersizliğine yol açmayan bir "düzen hükmü" niteliğini taşıyıp taşımadığı nasıl anlaşılacaktır?⁴¹. Bu sorunun cevabını verebilmek için, geçersizlik yaptırımının kanun tarafından açıkça öngörülmediği durumlarda, ilgili *yasaklayıcı hükmün anlam ve amacını* araştırmak ve bunların bir geçersizlik yaptırımını gerektirip gerektirmediğini bulmak gerekir. Bir başka ifade ile, ancak yasaklayıcı hülanün takip ettiği amacın gerçekleşmesi, buna ters düşen işlemin geçersiz sayılması ile sağlanabiliyorsa bu yola gidilecek, bunun dışında kalan durumlarda, işlem geçerliliğini koruyacak, fakat (örneğin ceza, disiplin cezası gibi) bir başka yaptırım gündeme gelecektir⁴². Bu açıdan aşağıdaki ayırım önem taşımaktadır:

38) v. **Tuhr**, AT, § 69, not 5.

39) Tekil olarak kullanıldığı vakit "lex imperfecta" = tam olmayan kanun.

40) Bkz. **Guhl/Koller**, § 7, N. 24.

41) Hiç kuşkusuz bir kanun koyucu, geçersizlik yanında ayrıca bir de ceza yaptırımı öngörmüş olabilir. Bir kanunun bazı yasaklayıcı hükümler için geçersizlikten hiç söz açmaksızın ceza yaptırımları açıkça öngönnesi halinde ise, bu yaptırımların geçersizlik yaptırımına ek olarak mı, yoksa geçersizlik söz konusu olmaksızın tek başlarına mı uygulanacakları, ilgili yasak hükmünün anlam ve amacına göre ayrıca araştırılmalıdır.

42) Bkz. **Kramer**, Art. 19-20, N. 321-322; **Huguenin**, Basler Kornm., Art. 19-20, N. 54; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 684. Federal Mahkeme de, yerleşmiş içtihadı ile (genellik-

- *Çiğnenen yasaklayıcı kanım lükünii sözleşmenin içefiğine ilişkin buluuuyorsa*, anılan hükmün anlam ve amacının hükümsüzlük dışında bir yapılınmı gerektirdiği ortaya konulamadığı sürece, yine karine olarak BK. m. 20/1 uyarınca kesin hükümsüzlük (butlan) yaptırımı devreye girecektir^{42a}. Şu var ki, aşağıda inceleyeceğimiz "esnek hükümsüzlük (butlan)" kavramı çerçevesinde, buradaki butlanın, yerine göre, klasik butlan tipinden ayrılan bazı özellikler taşıması söz konusu olabilecektir^{42b}.

- *Sözleşmenin içeriği ile ilgili olmayan yasaklayıcı hükümlerde ise*, üstün tuttuğwnuz görüşe göre, sözleşmenin konusunda hukuka aykırılık bulunmadığı için BK. m. 20/1 hükmü uygulanamayacağından, aşağıda göreceğimiz gibi doğrudan doğruya yasaklayıcı hükmün anlam ve amacına dayanarak sonuca gidilecektir⁴³.

Aşağıda, bu konu ile ilgili (bazısı tartışmalı) dört örnek üzerinde duruyoruz:

- *Birinci Örnek*: Kanunun yasaklayıcı hükmü, sadece işlemin nerede veya ne zaman yapılacağına y♦hut bazı fülğiler verilmede ;yapdmamasına ilişkinbulunan ve soz/esf!_le,:ıj1J_ky_rn{m0:.sına_gş_lik eden hal ve ş.artlqra yöneliK ise,l:>uıia aykırı davranı_ş,j_lk_e olarak, işlemin geçersizliğine yol açmaz. ""Bunun en güzel örneğini, belirli resmi tatil veya hafta tatili günlerinde, kanunda öngörölmüş istisnalar dışında, işyerlerinin açık kalmasını yasaklayan hükümler (2429 sayılı ve 17.3.1981 tarihli Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun ve 394 sayılı ve 21.1.1924 tarihli Hafta Tatili Hakkında Kanun) oluşturur. Ülkemizde, sık sık rastlandığı gibi, pazar günü kapalı olması gereken mağazalar, müşterilerine mal satmaya devam ederlerse, kanuni yasak doğrudan doğruya yapılacak işlemlere (onların içeriğine) yönelik olmadığı için, bunlar (mevzuatta öngörölmüş ceza hükümleri

25

le BK. m. 20/1'in rolüne değinmeksizin), yasaklayıcı bir hükmün sözleşmenin geçersizliğine yol açabilmesi için ya hükümde bu yolda bir açıklık bulunmasını ya da hükmün anlam ve amacından bu sonucun çıkmasını aramaktadır. (Çok sayıda karara örnek olarak bkz. BGE 102.II.404; 123.III.299. Ayrıca krş. aşağıdaş 43, N. 30'da anılan Federal Mahkeme kararı). -Bu göriişün yetersiz bulunarak eleştirilmesi ve uygulanabilir gözükmeyen yeni bir çözüm önerisi için bkz. **Rouiller**, not 4'de age, özellikle s. 234 vd., 308 vd., 381 vd., 426 vd., 535 vd.

42a) Bu konuda özellikle bkz. ve krş. **Koller**, I, 2.A., § 13, N. 150 ve not 56.

42b) Bkz. aşağıdaş 43, N. 30 vd.

43) İsviçre öğretisinde rastlanan bir düşünce, yasaklayıcı hükümleri daha ziyade Kamu Hukukuna ilişkin mevzuatta aramak eğilimindedir (Bkz. **Rouiller**, not 4'de age, s. 25). Yasaklayıcı hükümlerin en büyük kaynağının Kamu Hukukunda olduğu doğrudur. Ne var ki, bu husus, kişilik hakları ile ilgili MK. m. 23 ve aşağıda "dördüncü örnek" başlığı altında incelediğimiz MK. m. 705/II (eski MK. m. 633/II) gibi Özel Hukuk kökenli yasaklayıcı hükümlerin gözden kaçırılmasına yol açmamalıdır.

saklı kalmak üzere) geçerli sayılır. Bu gibi durumlarda, esasen, genellikle büyük değer taşımayan ve taraflarca derhal yerine getirilen sözleşmelerin söz konusu olduğu hatırlanacak olursa, bunları geçersiz saymanın kimseye yarar sağlamayacağı ve bu sebeple geçersizlik yaptırımını yasaklayıcı hükmün amacına dahil görülemeyeceği daha iyi anlaşılır⁴⁴.

- 26 - İkinci Örnek: yasaklayıcı hüküm, taraflarda 2. birin 2 ve 1C'her ikisi- nin belirli bir sözleşmenin tarafı olmasını engelliyorsa, sözleşmeyi-1 içeri- gine onüsunaJ ilişirni15ırsınır amaçla isöz açmal< vel3K. m. TOi11ükümü- mi ogrudafiöogruya uygü amale"müinlrn degildir⁴⁻⁵ Bu durumda, söz 'Onusu yasagin s'öiTeşmeniri-geçersizTiğine yölaçtığı ihtimalleri ya ilk planda BK. m. 20/I tükümütnn fayas yolu 1 e uygu anması ile açıklamak, ya da (bızce daha yennde olarak) bu geçersizÜği qqğr qan doğruya J?asaklayı- cı hülanün kendisine dayandırmak genel5-ir- Bu.ın.göi:e Y-asak!aJ'.]O..lüküm, -y sak çıgnendiğizam-an yapıİIJ.ışlem geçersi u!!nasını açıkça öngör- müsse mese eyoktüi- Böylebir açıklık bulunmadığı takdirde, yapılacak şey, yukarıda belirttiğimiz gibi, yasaklayıcı hükmün anlam ve amacının bir hükümsüzlük yaptırımını gerektirip gerektirmediğini araştırmaktan ibaret- tir. İsviçre Federal Mahkemesi, konuyu bir kararında İsviçrede çalışma izni olmaksızın (şu halde kaçak işçi statüsünde) çalışan yabancı uyrukluların yaptığı hizmet sözleşmeleri açısından ele almıştır. Açıktır hl, bu durumda hizmet sözleşmesinin "içeriğinde" hukuka aykırı bir yön yoktur. Hukuka aykırılık, çalışma izni olmayan yabancı işçinin, yasağa rağmen böyle bir sözleşmeye taraf olmasında kendini göstermektedir. Yüksek Mahkeme, öğretide yer yer ters yönde düşüncelere rastlandığı halde, geçersizlik halin- de bundan sadece işverenin yarar sağlayacağını, işverene karşı hiçbir hak ileri süremeyen işçinin ise zarar göreceğini belirttikten sonra, bu sonucun zayıf durumdaki sözleşme tarafının (işçinin) korunmasını öngören hizmet sözleşmesine ilişkin kanun hükümleri ile bağdaşmayacağını ve bu yüzden söz konusu çözümün çalışma izni olmayan yabancılara yönelik olarak ön- göiilmüş yasağın amacına uygun düşmeyeceğini öne sürerek (hiç kuşku- suz, başta idarı olmak üzere uygulanabilecek diğer yaptırımlar saklı kalmak üzere) hizmet sözleşmesinin geçerli olduğu sonucuna varmıştır. Ne var ki, Federal Mahkemenin yerinde olarak belirttiği gibi, yasaklayıcı kanun hük- mü bu hususu açıkça belirtmese bile, daha ağır basan bir kamu yararının bulunduğu hallerde, yasaklayıcı hükme rağmen yapılan sözleşmeler yine

44) **Larenz**, AT, s. 431,432; **Larenz/Wolf**, § 40, N. 20-21; **Kramer**, Art. 19-20, N. 141. - Bilgi verme yükümlülüğünün yerine getirilmemesine ilişkin bir başka örnek için bkz. yukarıda§ 22a, N. 10, 13.

45) **Huguenin**, Basler Konun., Art. 19-20, N. 17; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 651; **Kramer**, Art. 19-20, N. 138. -Başka türlü: **Rouiller**, not 4'de age, s. 325 vd.

46) Bkz. **Kramer**, Art. 19-20, N. 138-139; **Huguenin**, Basler Komm. Art. 19-20, N. 17.

k"sın hükümsüz sayılmak gerekir⁴⁷. Bu durum, özellikle, başta hekimlik ve avukatlık olmak üzere çeşitli mesleklerde, bu mesleğin icra edilme inin yetkili mercilerden ruhsat alınmasına bağlandığı ihtimullercle karşımız.o çıkar. Gerçekten, o mesleği icra edebilmek içli gerekli şartlara sahip oldu-ğu yetkili merciin verdiği izin ile snbit olmamış kişilerin, iş sahipleri veya hastalarla yaptıkları sözleşmeleri geçerli saymak, bir başka anlatımla onlan da bu gibi sözleşmelere taraf olabileceklerini kabul etmek, toplumu ehliyetsiz kişilerin eline teslim etmek tehlikesine yol açtığından, üstün tutulması gereken kamu yararı düşüncesine açık biçimde ters düşerdi⁴⁸.

Bir kanun ile, bir kimsenin tara.f-ı ile hiLsiu.l-ı:ııey.e kılJ.J.niasının 27 yasaklanması ile, bir sözleşme içerivinin (konusum) sadece taraflardan omsi 1c111 yasak7aiinası ayılışey değildir. ikinci halde, yasa , taraf sıfatına degil, dogrudancloğruya sözleşmenin *konusuna (içeriğine)* yöneliktir. O içerikte bir sözleşme yapmak, taraflardan sadece birisi için yasaklandığı vakit, hayli taraftar toplayan bir göniş, bu yasağa aykırı davranışın sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyeceğini, buna karşı her iki tarafa da yönelmiş yasakların sözleşmeyi geçersiz kılacağını (BK. m. 20/I) ileri sürmektedir. Bu düşünce bu şekliyle kabul edilemez. Sözleşme içeriğine ilişkin bir taraflı yasağı getiren kanun hükmünün anlam ve amacı, yasağa aykırı sözleşmelerin (tamamen veya kısmen) geçersiz sayılmasını gerektiriyorsa, geçersizlik yaptırımının uygulama alanı bulması kaçınılmazdır. Öğretide bu konuda verilen bir örneği tekrarlayarak diyebiliriz ki, bir kanun belirli bir mal için ihracat (dışsatım) yasağı getirmişse, bu yasağın sadece Türkiye'deki ihracatçıya yöneldiği, buna karşı dış ülkedeki ithalatçıyı (dışalımcıyı) hedef almadığı çok açıktır. Buna rağmen, yasağın amacına ulaşabilmesi için, o mala ilişkin olarak ithalatçı ve ihracatçı arasında yapılan ve *konusuna (içeriğine)* göre *sadece bir taraf açısından* hukuka aykırı olan sözleşmeyi, ister istemez BK. m. 20/I uyarınca kesin hükümsüz saymak gerekecektir⁴⁹.

- *Üçüncü örnek:* 1512 sayılı Noterlik Kanununun 50. maddesi, noterlerin yapmaktan yasaklı oldukları işler arasında "kefil olmayı" da saymak-

47) BGE 114.II.279; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 651. Ayrıca bkz. BGE 117.II.47, 117.II.287.

48) Ayrıca bkz. **Larenz/Wolf**, § 40, N. 18-19. Federal Mahkemeye göre, ruhsatsız meslek icrasının sözleşmenin geçersizliğine yol açmadığı durumlarda, iyiniyetli diğer taraf, sözleşmeyi hata veya hile sebebiyle iptal edebilir. Bu karara yol açan olayda, bir kantonda çalışma ruhsatı olan bir mimar, diğer bir kantonda kendisini tescil ettirip çalışma izni almak.sızın mesleğini icra ediyordu. Federal Mahkeme, olayın özelliklerini gözönünde tutarak, taraflar arasındaki ilişkide sözleşmenin kesin hükümsüz değil, sadece irade bozukluğu sebebiyle iptal edilebilir olduğu sonucuna varmıştır (BGE 117.II.47; Aynen bkz. **Tercier**, Contrats, N. 4611).

49) Bu açıklamalar için bkz. **Kramer**, Art. 19-20, N. 140.

tadır. Bu yasağa aykırı davranan noter için, aynı kanun (m. 157), ağır para cezası öngönnüştür⁵⁰. Anılan yasağa rağmen, bir başkasının borcu için kefil olan noterin yaptığı kefalet sözleşmesi, yukarıda sözü edilen para cezasına ek olarak, ayrıca geçersiz de sayılabilir mi? Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre⁵¹, bu sorunun cevabı olumsuzdur. Zira, "yasak, sözleşmenin konusuna değil de, taraflardan sadece birinin böyle bir akdi yapmasına yöneliyorsa" o yasağa aykırı olan sözleşmenin hükümsüz olmayacağı genellikle kabul edilmektedir. Kaldı ki, noterin, bu yasağı çoğu zaman bilmeyen kişilerle yaptığı kefaletin hükümsüzlüğünü ileri sürerek sözleşmeden sıyrılabilmesi hakkaniyete aykındır. Biz, meselenin, daha farklı biçimde ele alınması gerektiği kanısındayız. Bir defa, yukarıda gördük ki, sadece bir tarafın belirli içerikte bir sözleşmeye taraf olmasının yasaklanması, o sözleşmenin mutlaka geçerli sayılacağı anlamına gelmez. Son sözü söyleyecek olan husus, yasaklayıcı hükmün anlam ve amacına göre, hükümsüzlük yaptırımının gerekli görülüp görülmeyeceğidir. Noterlere, örneğin "borsa oyunu oynamak" gibi diğer bazı yasaklar yanında "kefil olma" yasağının da getirilmesi Noterlik Hukukuna ilişkin eserlerde şöyle açıklanmaktadır: Noterler, kelimenin gerçek anlamı ile güvenilen kişilerdir. Kendilerini tevdi edilen parayı, eşyayı, kıymetli evrakı, vasiyetnameleri muhafaza ederler. Bu durumda bulunan bir kimsenin örneğin kefalet gibi son derece riskli işlemleri yapması kabul edilemez. Kefil olan veya borsa oyununda kaybeden noterin iyiniyetle ve sonradan yerine koyabileceği ümidi ile tevdi olunan paraya, kıymetli evraka, değerli eşyaya el uzatması büyük zararlara yol açabilir. Bu ise, bu gibi varlıklarını noterlere emanet edenlerin güvenliğini temelinden sarsabilir. İşte bu tür son derece sakıncalı sonuçları önlemek içindir ki, kefil olma yasağı öngörülmüştür⁵². Bir başka deyimle, noterler içiri getirilen kefil olma yasağının temelinde kamu yararı düşüncesi yatmaktadır. Kamu yararı amacı ile öngörülen bu yasağın amacına tam olarak ulaşmasını sağlayacak olan yaptırım ise, kefalet sözleşmesinin geçersiz sayılmasıdır. Bu yasağı bilmeden noter ile kefalet sözleşmesini yapan alacaklıların çıkarı ile, yasak hükmünün temelinde yatan kamu yararı düşüncesi yan yana konup tartıldığı vakit, kamu yararının ağır basacağı ise kuşkusuzdur.

29

Noterin imzaladığı kefalet sözleşmesinin geçersiz sayılması üzerine, sözleşmenin diğer tarafını oluşturan alacaklı, sözleşme görüşmelerinde bu nokta hakkında kendisini bilgilendirmeyen noterden "culpa in contrahendo" esasına göre tazminat isteyebilir. Ne

50) Bu konuda bkz. **Ulukapı/Atah**, Noterlik Hukuku, Konya 1994, s. 56-57, 172.

51) **Tandoğan**, not 34'de age, s. 6-7.

52) **Gürsel**, Noterlik Kanunu ve Uygulaması, Ankara 1972, s. 34; **Özüarı**, Açıklamalı Noterlik Kan.unu, 3. Baskı, Ankara 1987, s. 41. Ayrıca bkz. **Ulukapı/Atah**, not 50'de age, s. 129 vd.

ki. bu yoldan ödenecek tnlminot (istisn olumk BK. m. 26/tr ve nK. m. 1)nf hU-
-l'l1m\crinden kıyn yolu ile yamrlnnmn imkfını buluumıdıķnsırf olumRtı/. 1.ııırların 1-
dı:rilmesinc yönelik olucduğındn) çok defo kefalet sOzleşmesinde öngörillnOş ınıkıorın
hılyı l\l\ındn kalcıktır. Dunun gibi, söyleşinenin diğr tnmfının (nlocoklının) tin **kinu-**
ronun bulunması halinde hftkim tnminnl miktanndu yerine göre ufık veyo büyOk lodı•
rim\cr ynpnbilecek (BK. m. 44), özellikle kefalet sözleşmesi dOzenlenirckl 1söz konusu
yasnğı bildiğı ortaya çıkun olacaklı nçısından, nmziını talebini ııııııııen <lobi reddc<le-
biç ektir. Knldı ki. nlocttkhın asıl borçludan vcyn (vn.rsu) boşku teminuılırdın tahsil
ctmi, bulunduğu miktarlar için ilke olumk bir tnmınoı talebindensöz c<lilemcyceektir.

- Dördüncü örnek: Taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkı, kural ola- 30

❖ k. aı.cak tapu si.? ine-?' aca tescil ile!?anılır. Ne va.!: ki, unl! fl istisnaları vardır. Örneğin, miras yolu ile mirasçıya intikal eden taşınmazla-
nnıfüilRıyeti, ölüm aıünôa.,tapu kütüğün-e tescil aranmaksıZın:-!Jİlrasçıya
geçer. Bu şekilde, tescilsiz mülkiyeti kazanılan taşınmazlarda, tescil mera-
s.i!m tananıı!ınmadan tapu ❖tüğünde tasarruf iş❖mi yapılması MK. m.
705/II (eski MK. in. 633/11).Jar.afından.yasaklanmıştır. Her nasılsa, mirasçı,
mirasbırakanın ölümü ile maliki olduğu taşınmazı, önce kendi adına tescil
ettirmeksizin satıp tescil talebinde bulunmuş ve büyük bir ihmal sonucu
tapu sicil müdürü alıcı adına tescili gerçekleştirmişse, anılan yasağı çiğne-
yen bu işlem geçerli sayılabilecek midir? Bu sorunun cevabını verebilmek
için, yasağ hükmünün amacım araştırmak gerekir. Burada, aşağıda görüle-
ceği gibi, üçlü bir amaç söz konusudur⁵³:

= Birinci amaç, tescilsiz mülkiyet hakkını kazanan kişiyi) dolaylı biçimde, taşınmazı önce ke~~n~~dinatescil ettirmeye ("kurucu" değil, sadece "ilalancı" bir tescil) zorlamaktır.

= İkinci amaç, taşınmaz üzerinde arka arkaya mülkiyet kazanan kişilerin sırasının, tapu kütüğünde eksiksiz ve gerçek duruma uygun biçimde gözükmeye sağlanmasıdır.

= Üçüncü amaç ise, taşınmaz üzerinde tapu sicilinde tasarruf etmek isteyen kişinin, gerçekten tasarrufa yetkili olup olmadığı hususunda tapu sicil müdürünün yapacağı araştırmayı kolaylaştırmaktır. Gerçekten, kamına göre (MK. m. 1015ff, eski MK. m. 924/I, c. 2), tapuda tasarruf edebilmek için, söz konusu kişinin kütükte malik olarak kendi adının yazılı olduğunu veya malik olarak yazılı kimsenin temsilcisi sıfatıyla hareket ettiğini ispat etmesi gerekir.

Gerçi, verdiğimiz örnekte, mirasçı, taşınmazı önce kendi adına tescil ettirmeden onu üçüncü bir kişiye tapu kütüğünde işlem yaparak devrettiği zaman, tapu kütüğünün düzenli işlemesi için öngörülen bütün bu amaçlar

53) Bu açıklamalar için bkz. **Gloor**, Der aussergrundbuchliche Eigentumserwerb nach schweizerischem Recht, Zürcher Diss. 1929, s. 25.

çığnenmektedir. Ne var ki, bu kişi, taşınmazın maddi hukuk yönünden tasamıf yetkisine sahip gerçek malikidir. Sırf tapu sicilinin düzeni bozuldu diye, tapu kütüğü yönünden olmasa bile maddi hukuka göre tasarruf yetkisine tam olarak sahip gerçek malikin yaptığı işlemi geçersiz saymak, anılan yasak hükmünün amacını aşan bir yaptırım olurdu. Bu sebeple, böyle bir işlem, yasağı çiğneyen tapu sicil müdürüne uygulanabilecek idari yaptırımlar (disiplin cezaları) saklı kalmak üzere geçerli tutulur⁵⁴.

31

c. Kamu Düzenine A'kırh k

hukuka aykırılığın bu üçüncü tipinde karşımıza hiçbir zaman sınırlan kesin olarak çizilemeyen tartışmalı bir kavram çılıyor. Kamu düzeninden ne anlamak gerektiği konusundaki görüşleri ikiye ayırmak gerekiyor:

- İsviçrede ileri sürülen ve (yerinde olarak) Türk Hukukunda yankı bulmayan bir görüşe göre, kamu düzenini korumak üzere sevk edilen hükümler, (İsviçre açısından federasyonun yahut kantonların kendi yetki alanları içinde çıkardıkları) *yasaklayıcı Kamu Hukuku hükümleridir*. Şu halde, örneğin ceza kanunlarında yahut İdare Hukukunun kapsamına giren alanlarda çıkan kanunlarda yer alan hükümler, kamu düzenini koruyucu nitelikte sayılır ve bunlara aykırı davranıldığı zaman kamu düzeni çiğnenmiş olur⁵⁵. Oysa, aşağıda göreceğimiz gibi, Kamu Hukuku hükümleri gibi, kamu düzenini korumak amacı ile çıkarılmış *Özel Hukuk hükümleri* de vardır; hatta, herhangi bir kanun hükmü söz konusu olmaksızın dahi kamu düzeni ihlal edilmiş olabilir.

32

- Türk Hukukunda hakim olan, ancak İsviçrede de savunulan ikinci görüş, birinci görüşteki sınırlamayı kabul etmemekte ve kamu düzenine ilişkin olarak (hepsini buraya geçirmeyeceğimiz) az çok birbirine yaklaşan çeşitli tanımlar vermektedir. Örneğin, bir tanıma göre "özellikle menfaati için konulan, bu de 101asınd ve koruyunmasında toplumun ve -aevletin bünyesine katılan ve bu kuralları tümüne karşı düzeni kuralları cleJE! ". Diğer bir tanım açısından, kamu düzeni kuralları "örgütlenmiş top-

54) **Kocayusufpaşaoğlu**, Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul 1959, s. 18; **Meier/Hayoz**, Berner Kommentar, Bd. IV: Sachenrecht, Grund-eigentum I, Bern 1965, Art. 656, N. 73; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, 11. bası, İstanbul 2006, s. 320.

55) **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 648; **Guhl/Koller**, § 7, N. 22; **Koller**, I, N. 939 vd. -**Koller'e** göre (1, N. 943) Kamu Hukukunun öngördüğü yasağın açıkça ifade edilmiş olması şart olmayıp, bu sonuç, hukuki düzenlemenin ruhundan (anlam ve amacından) da çıkarılabilir.

56) **v. Tuhr/Peter**, § 31, II, s. 250; **Eren**, 9. bası, s. 288. Şu var ki, **v. Tuhr** sadece Özel Hukuk hükümlerini bu kategoriye dahil saymak.tadır.

lumun t²md yapısını ve temel çıkarılmasını koruyan kanun kurollurudur"n. tsviçre öğretisinde, benzer düşüncede olan bazı yuzırları göre, **kamu** düzeni kavramı "hukuk düzenine içkin (*imlallellf*) olan (eski deymi ile **hukuk** düzeninde "mündemiç" bulunan, onun özünde yer alan veya **değişik** bir ılatımla bu düzenin temelinde yatan) değer ve düzen ilkelerinin tümünü" ifade cder⁵. İsviçre Fedcrnl Mahkemesi, nispeten eskimiş sayılabilecek bir kararında, kannı düzenine ilişkin anlayışını şöyle ifade etmiş bulunuyordu: "... bir kuralın kamu düzenine ilişkin sayılması için, bu kurala aykırılığın memleketin hukuk düzeninin temel ilkelerinden biriyle çalışması, ya da memleketin genel hukuk duygusunu ağır şekilde zedelemesi zorunludur"s⁹. Bizde. Anayasa Mahkemesinin bir kararına göre, kamu düzeninin "toplumwl huzur ve sükununun sağlarıırsını, Devletin ve Devlet te²k.ilatının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, başka bir deyimle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden kuralları kapsadığı sonucuna varılmaktadır"⁶⁰. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, "kamu düzeni" kavramını etraflı bir şekilde ele alıp çeşitli tanımlara yer verdiği bir kararında, Fransız Hukukçusu Niboyet'nin "kamu düzeni kavramı ifade edilebilmekten ço² duyulabilen, sezinlenebilen şeylerdir" şeklindeki ifadesini hatırlatmakta ve şunları kaydetlmektedir: "Yukarıdaki görüşler birleştirilip incelendiğinde şu sonuca varılabilir: Bir kuralın kamu düzeni ile ilgisi ... ülkenin sosyal, ekonomik, kültürel ve tarihsel gerçeklerine göre belirlenmelidir. Diğer bir deyimle, sözü edilen gerçekler kuralın vazgeçilmezliğini, toplumsal yararını ve hukuk düzeninin korunmasına yönelik amacını ortaya koyuyorsa, kuralın kamu düzeni için ilgisi kabul edilmelidir"⁶¹.

57) **Hatemi**, Hukuka ve Ahlakı Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul 1976, s. 42-43.

58) **Huguenin**, Basler Komm., Art. 19-20, N. 23-24; **Belser**, not 31'de age, s. 391.

59) BGE 88.TI. 1, JdT 1962.I.49 I. Yukarıda kararın **Kaneti** (İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukul"l Kararları, 1955-1964, I, Ankara 1968, s. 22) tarafından yapılmış çevirisi esas alınmıştır.

60) Anayasa Mahkemesinin 28.1.1964 tarih ve E. 63-128, K. 64-8 sayılı karar (RG. 17.4.1964, no. 11685).

61) Yarg. HGK. 12.12.1990, E. 1990/3-527, K. 1990/627, YKD. 1991/3, s. 326 vd. - Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 6.5.1998 tarih ve E. 1998/12-287, K. 1998/32 sayılı kararında (YKD. 1998/9, s. 1273) kamu düzeni ile ilgili olarak "Ahlak ve dürüstlük kuralları, toplumun, hukukun temel ilke ve değer yargılarını, adaleti, ahlak anlayışını, Anayasada yer alan temel hakları ciddi şekilde sarsan ve aykırılık oluşturan olaylar kamu düzenini ihlal eden olgulardır" denmesi ve bu şekilde "ahlaka aykırılığın"da kamu düzeni kavramı içerisinde gösterilmesi, sadece Milletlerarası Özel Hukuk açısından yerindedir. Şu noktayı ekleyelim ki, Alınan Hukukunda BGB'nin Birinci Tasarısında, BGB § 138'i karşılayan § 106, hem "ahlak" hem de "kamu düzenini" andığı ve bunlara aykırılığın hukuki işlemin kesin hükümsüz olmasına yol açacağını belirttiği halde; İkinci Tasarıda, kamu düzeni kavranının sınırlarını kesin biçimde çizme imkanının bulunmaması ve kamu düzenine ters düşen işlemlerin çok defa hukuk ve ahlak düzenine de aykırı düştüğü gerekçeleriyle, "kamu düzeni" deymi metinden çıkarılmıştır. (**Flume**, § 18, 1, s. 364).

Biz yukarıda verilen tanımlardan kamu düzeni kurallarını "toplumun temel yapısını ve temel çıkarlarını koruyan hükümler" olarak açıklayan tanımı daha kullanışlı buluyor, ancak aşağıda görüleceği gibi, bu kavramın sırf "kanun kurallarına" ilişkin olarak anlaşılıp sınırlandırılmasına hiçbir şekilde katılmıyoruz.

33 Bu anlamda kamu düzeninin zaman içerisinde değişken bir kavram olduğu kuşkusuzdur. Şu halde, bir toplumda, belirli bir dönemde kamu düzenini koruyucu sayılan hükümlerin, bir başka dönemde bu niteliklerini kaybetmeleri yahut bunun tersi her zaman imkan dahilindedir.

34 Borçlar Hukuku dışında ilci alanda daha kamu düzeni kavramından söz edildiği görülür:

- Bunlardan birincisi "Geçiş (İntikal) Hukuku" veya "Çağlararası Hukuk"⁶² diye adlandırılabilir. Dikkate değer ki, bu alanda "kamu düzeni" ve "genel ahlak" kavranılan, tıpkı Borçlar Hukukunda olduğu gibi ayn ayn kavramlar olarak yan yana arulmak.-tadır⁶³.

- İkinci alan "Milletlerarası Özel Hukuk" alanıdır. Burada, Türk kanunlar çatışması kurallarına göre yetkili sayılan yabancı hukukun, ülkenin kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmesi halinde, uygulanması önlenmektedir⁶⁴. Görüldüğü gibi, bu alanda kamu düzeni, sözleşme serbestisini sınırlayıcı bir rol oynadığı Borçlar Hukukundan çok farklı bir fonksiyona sahiptir. Diğer taraftan, konuyu düzenleyen 27.11.2007 tarih ve 5718 sayılı "Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun"un 5. maddesi "genel ahlaktan" hiç söz açmayıp, sadece kamu düzeninden bahsetmektedir. Bunun sonucu olarak, hiç değilse bu açıdan, Milletlerarası Özel Hukuk alanındaki kamu düzeni kavramı, Borçlar Hukukundaki kamu düzeni kavramından daha geniştir ve (genel ahlakın korunmasını da kapsamına alarak) ülkenin ahlak anlayışına esaslı (tahammül edilmez) biçimde aykırı düşen yabancı hukuk kurallarının uygulanmasına engel olur⁶⁵.

35 Kamu düzenini korumak üzere sevk edilmiş emredici kamın hükümleri, Kamu Hukukuna ilişkin olabileceği gibi Özel hukuka ilişkin de olabilir. Kamu Hukuku alanında verilebilecek en güzel örneklerden birisi imar mevzuatıdır. İmar mevzuatı çerçevesinde yer alan hükümlerin kamu düzeni hükümleri olduğu yerleşmiş Yargıtay kararları ile yerinde olarak kabul

62) "Intertemporales Recht" karşılığı kullanılan bu son deyim için bkz. **Hatemi**, Medeni Hukuk'a Giriş, 2. Bası, İstanbul 1999, § 4, N. 52.

63) Bkz. 3.12.2001 tarih ve 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, m. 2.

64) Bkz. **Nomer/Şanlı**, Devletler Hususi Hukuku, 12. bası, İstanbul 2003, s. 159 vd.-Şurasını ekleyelim ki, kamu düzenine aykırılık, yabancı mahkeme kararlarının Türkiye'de tenfizini de engellemektedir (Bkz. 27.11.2007 tarih ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, m. 54/c).

65) K.rş. **D. Gökyayla**, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni, Ankara 2001, s. 38.

edilmektedir. Özel Hukuka ilişkin olarak verilebilecek çarpıcı bir örnek ise, kiracıları korumak, onların konut ve işyeri ihtiyacalarını karşılamak üzere çıkan lan özel kanunlarda yer alan hükümlerdir⁶⁷. Halen, bu konuda 6570 sayılı Gayrimenkul Kiralan Hakkında Kanun yürürlükte bulunmaktadır. Yine Özel Hukuka ilişkin diğer bir örnek olarak zamanaşımı sürelerinin sözleşme ile değiştirilmesini yasaklayan BK. m. 127 hükmü gösterilebilir. Bu vesileyle, şu noktayı hatırlatalım ki, "emredici hüküm" ve "kamu düzenine ilişkin hüküm" kavramları eşanlamli değildir. Zira, kamu düzenini koruyucu hükümler, emredici hükümlerin sadece bir bölümünü oluşturur. Bunun dışında, kamu düzeniyle ilgili olmaksızın, örneğin genel ahlakı veya kişilik haklarını korumak üzere sevk edilmiş emredici hükümler de vardır⁶⁸.

Bu kadar, hep kamu düzenine ilişkin olarak çıkarılmış emredici kanun hükümlerinden söz açtık. Şimdi, çok tartışmalı bir başka konuyu ele almamız gerekiyor: Acaba, *herhangi bir kanun hümanünde ifadesini bulmayan, tamamen yazılı hukuk kuralları dışında kalan bir kamu düzeni kavramına* dayanarak da, bir sözleşmenin (veya daha geniş olarak hukuki işlemin) BK. m. 20 çerçevesinde geçersiz olduğunu ileri sürmek imkanı var mıdır? Bu konuda iki görüşle karşılaşırız:

36

- Birinci görüşe göre, sadece kamu düzenini korumak amacı ile sevk edilmiş bir kanun hükmüne değil, Y. kırılık halinde, ir. ki, BK. m. 20'ye aykırı ve yapılan işlem geçersiz sayılabilir. Yazılı hukuk /kuralları dışında, deyim yerinde ise, "soyut", -Ör. kanun. düzenine aykırılıktan söz açmak suretiyle bir h. işlemi geçersiz saymak mümkün değildir⁶⁹.

Bu görüşün dayandığı gerekçeler şunlardır:

-
- 66) Çok sayıda Yargıtay kararına örnek olarak bkz. Yarg. 15. HD., 19.10.1998, E. 1998/3274, K. 1998/3915, YKD. 1999/4, s. 502; 15. HD., 8.3.1999, E. 1999/558, K. 1999/810, YASA, 1999/12, s. 1486; 15. HD., 1.3.1999, E. 1998/4624, K. 1999/725, YASA, 1999/9, s. 1121. Yüksek Mahkeme, bir kararında bu görüşünü şöyle açıklamaktadır: "İmar Kanunu, düzenli şehirleşmeyi ve dolayısıyla içerisinde güvenli ve sağlıklı olarak oturulacak ve çalışılacak binaların yapımını amaçlamıştır. İmar Kanunu kamu düzeni ile ilgili olup emredici niteliktedir." (Yarg. 15. HD., 10.6.2002, E. 2002/1621, K. 2002/3127, İBD 2003/4, s. 1090).
- 67) Bkz. **Burcuoğlu**, Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Yasa'ya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi, İstanbul 1993, s. 50, 51; **Velidedeoğlu**, Türk Medeni Hukuku, cilt I, cüz 1, Umumi Esaslar, 7. bası, İstanbul 1968, s. 181. Ayrıca bkz. yukarıda not 61'de anılan Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 12.12.1990 tarihli kararı.
- 68) **Oğuzman/Barlas**, Medeni Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 13. bası, İstanbul 2006, s. 64, not 80; s. 69.
- 69) **Buol**, Beschriinkung der Vertragshaftung durch Vereinbarung, Zürich 1996, N. 349; **Kamın**, not 11'de age, s. 170 vd.; **Lörtscher**, not 11'de age, s. 196 vd.; **Hatemi**, not 57'de age, s. 39 vd.; **Batemi**, not 11'de age, § 5, N. 5.

= "Kamu düzenine aykırılık" kavramından sadece BK. m. 19/II'de söz edilmektedir. Oysa, bu hükmün sadece yorumlayıcı bir fonksiyonu vardır. Bir başka ifade ile, anılan hüküm, açıkça emredici olduğu belirtilmemiş kanun hükümlerinin ne vakit emredici sayılabileceği konusunda başvurulacak kriterleri ifade etmekle yetinmiştir⁷⁰. Şu halde, burada sayılanlar arasında yer alan "kamu düzeni" sözleşme serbestisini sınırlayan bağımsız bir kavram olarak öngörülmüş değildir.

= Kesin hükümsüzlük yaptırımını öngören BK. m. 20/I'in metni, geçersizliğe yol açacak sebepler arasında "kamü auzenine" yer almamıştır.

= Nihayet, yazılı hukuk kurallarından bağımsız bir kamu düzenine aykırılığın geçersizlik sebebi sayılması hukuk güvenliğine de ters düşer.

- Bizim de katıldığımız *ikinci görüş* ise, yazılı hukuk kuralları dışında da bağımsız bir kamu düzeni kavramının bulunduğunu ve bununla bağdaşmayan hukuki işlemlerin geçersiz sayılması gerektiğini aşağıdaki gerekçelerle kabul eden görüştür:

= Bir defa BK. m. 19/II'nin ne şekilde anlaşılması gerektiği çok tartışmalı bir konudur. İsviçre'de bu hükmün kanuna konuluş sebebi, hükme sadece yorumlayıcı bir fonksiyon tanıyan anlayışı desteklese bile, özellikle Borçlar Kanunumuzda hükmün yazılış biçimi ve çoğunluğun görüşünce, bu maddede sözü edilen "emredici kurallar", "ahlak", "kamu düzeni" ve "kişilik hakları" ayrı ayrı ve bağımsız olarak sözleşme serbestisini sınırlayan unsurlardır⁷¹. O zaman, kamu düzenine aykırılığın, her türlü yazılı kuraldan bağımsız biçimde bir geçersizlik sebebi sayılması bir zorunluluktur. Zira, kamu düzenini korumak amacı ile sevk edilmiş emredici bir kanun hükmüne ters düşen bir sözleşme, "kamu düzenine" değil, "emredici kanun hükmüne" aykırılıktan ötürü geçersiz olur. *Maddede emredici hükümler yanında, kamu düzenine aykırılığın ayrıca anılması, bunun başlı başına bir geçersizlik sebebi olmasını gerektirir.* Aksi halde, emredici hükümlerle birlikte, kamu düzeninin ayrıca anılması iki defa aynı şeyin söylenmesi anlamını taşır⁷².

70) Bu düşünce için ayrıca bkz. yukarıda N. 6.

71) Bu konuda bkz. yukarıda N. 7 altında yaptığımız açıklamalar.

72) **Kramer**, Art. 19-20, N. 156; **Stockar**, Zur Frage der richterlichen Korrektur von Standardverträgen nach schweizerischen Recht, Basel und Stuttgart 1971, s. 62-63; Atamer, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 1999, s. 184-185; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 73 ve not 111. -Bu vesileyle hukuka aykırılığın mutlaka "yazılı hukuk kurallarına aykırılık" anlamına gelmediğini, yazılı olmayan hukuk kurallarına aykırılığın da bir hukuka aykırılığa yol açabileceğini hatırlamakta yarar vardır. Bağımsız (yazılı bir hukuk kuralında ifadesini bul-

= Daha önce işaret ettiğimiz gibi, çok kötü biçimde kaleme nlinnn BK. m. 19/11 ile BK. m. 20/1 arasındaki ilişkileri, bu iki hükmü bir anıda (fidcta tek bir maddeymiş gibi) ele alarak açıklamak zorunluluğu vardır⁷³. O zaman, BK. m. 19/11'ye sadece "yorumlayıcı" veya sadece "sınırlayıcı" olarak bakan görüşlerden bir tanesini esas almanın pratik hiçbir değeri kalmamaktadır. Kaldı ki, BK. m. 19/11 için sırf yorumlayıcı görüş benimsense bile, BK. m. 20/1'de "kamu düzeninden" hiç söz açılmadığı gerekçesi ile bir yere varılamaz. Zira, "kamu düzenine aykırılığın" bir "hukuka aykırılık" oluşturduğu kuşkusuzdur⁷⁴. BK. m. 20/1'de yer alan ve kötü bir çeviri sonucu "gayri muhik" deyiimi ile ifade edilen kavram gerçekte "hukuka aykırı" diye anlaşılması gereken bir kavramdır. Bu durumda, BK. m. 20/1'de sözü edilen, konusu hukuka aykırı ("gayri muhik") sözleşmeler içersine "kamu düzenine aykırı" sözleşmelerin de gireceği çok açıktır⁷⁵.

= Yazılı kurallardan bağımsız bir kamu düzeni kavramının, hukuk güvenliğini sarsacağı düşüncesi de yerinde değildir. Daha önce girdiğimiz iİTiL."a!ıl??sta olıpa?-i!,???'-51.ii?!!ü. ra2?-. . a 1 se e vs. g i pek çok kavram, kanunda sadece çer evesi izilen, içeriği ise hakim-tara-
an somtlaştırılmay? 1"!1? ta ???ç??i"??}Li.ijcüm?yi"beyaz u it
uze e.nniştir. Bunlarda hükmün içeriğinin yargı organınca'belirlen-
mesi lıulnık güvenliğine aykırı görülmezken, "toplumun temel yapısını ve
temel çıkarlarını koruyan" kamu düzeni kuralları için tam tersi sonuca va-
rılması isabetli sayılamaz.

= Nihayet, Anayasa hükümlerinin Özel Hukukta uygulama alanı bulmasını sağlayan en önemli giriş kapılarından birisi, kamu düzenidir⁷⁶. Yazılı hukuk kuralları dışında bir kamu düzenine yer olmadığını söylemek, bu konuda gereksiz bir sınırlamaya gitmek anlamını taşır⁷⁷.

mainiş) kamu düzenine aykırılık, bu anlamda yazılı olmayan bir hukuk kuralına ters düşmeyi ifade eder (Belser, not 31'de age, s. 392).

73) Bkz. yukarıda N. 8.

74) Not 72'de anılan Belser'e ek olarak bkz. Kramer, Art. 19-20, N. 128, 129; Zufferey-Werro, not ?'de age, N. 579; Bucher, AT, s. 250.

75) Buradaki gibi: Zufferey-Werro, not 7'de age, N. 584; Stockar, not 72'de age, s. 65.

76) Bu konuda bkz. yukarıda§ 40, N. 2.

77) Genel işlem şartlarında, içerik denetiminin, bu şekilde bağımsız (fakat herhalde içeriği bütün çerçeve hükümlerde olduğu gibi somutlaştırılmaya muhtaç) bir kamu düzenine aykırılık esasına dayandırılması, bugün İsviçrede çoğunluk tarafından benimsenen görüş olmuştur (Bkz. Huguenin, Basler Komm., Art. 19-20, N. 23-24, 28; Guilloid/Steffen. CR, Art. 19 et 20, N. 66, 83; Atamer, not 72'de age, s. 187).

Türk Hukukunda Atamer de (s. 200 vd.) bu görüşü savunmaktadır. Her ne kadar Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 4822 sayılı kanunla değiştirilmiş 6. maddesi içerik denetimine ilişkin bir düzenleme getirmişse de, bu düzenleme sadece anılan kanunun uygulama alanına giren tüketici sözleşmeleri için geçerlidir.

37 Kamu düzeni'nin en fazla ve en ayrıntılı biçimde incelendiği ülkelerin başında Fransa gelir. Fransız Hu.1-ı.kunda, günümüzde hakim olan görüş, yazılı hukuk kurallarında ifadesini bulan kamu düzeni (ordre public textuel) yanında, bir de herhangi bir yazılı hukuk kurallına dayanmayan kamu düzeninin (ordre public virtuel) varlığını kabul etmektedir⁷⁸. Aynı şey İtalyan Hukuku için de geçerlidir⁷⁹. Portekiz Hukukunun özelliği ise şuradadır: Bu hukuk çevresinde kamu düzenine aykırılık sadece hukuk sisteminin yazılı kurallar içinde ifadesini bulmamış temel değerleri açısından söz konusu olmaktadır⁸⁰. Her üç hukuk sistemine ortak olan özellik ise, yazılı hukuk kuralları dışında kalan kamu düzeni kavramının, bir geçersizlik sebebi olarak, ancak pek nadir hallerde bir rol oynamasıdır. Bu da gösteriyor ki, yazılı kurallar dışında bağımsız bir kamu düzeni kavramına yer vermenin, bir çok sözleşmenin geçersizliğine yol açarak hukuki güvensizlik yaratacağı yolundaki endişe, meseleye sırf bu açıdan bakıldığı vakit dahi, isabetli olmak-tan uzaktır.

Kamu düzenine aykırılık ile ahlaka aykırılık arasındaki ilişkileri, aşağıda ahlaka aykırılık bahsinde inceliyoruz⁸¹.

38 d. Kişilik Haklarına Aykırılık

Bu konu Kişiler Hukuku kitaplarında ayrıntılı biçimde ele alındığından burada tekrar edilmeyecektir. Biz, aşağıda, sadece kişilik haklarına aykırı sözleşmeleri geçersiz sayan MK. m. 23 ile ahlaka aykırılık butlanını düzenleyen BK. m. 20 arasındaki ilişkileri ele almakla yetiniyoruz.

IV. Ahlaka Aykırılık

1. Ahlaka Aykırılık Kavramı

39 BK. m. 19-20'de sözü edilen "ahlak" veya "genel ahlak"⁸² kavramından ne anlaşılacaktır? Bu konuda üç görüşe rastlanıyor:

- Birinci görüş: Hakim gözüyle olabilecek bu görüşe göre, to him içinde, vasat (orta) bir düzey esas alınmak üzere,--makul ve dürüst düşünen kişilerin düşünce ve anlayışlarına ters düşen işlemler ahlaka aykırı sayılır⁸³. Şey, hı, ld ç, hakiminyeya. tarafları daha. katı-v.ey-a-daha--esnek

78) Terre/Simler/Lequette, Droit civil, les obligations, 5. ed., Paris 1993, N. 350; Mestre, Rapport français, s. 126, in: L'ordre public, Travaux de l' Association Henri Capitant, Joumées Libanaises, tome XLIX, 1998.

79) Guarneri, Rapport italien, s. 158 (not 78'de anılan kolektif eserde).

80) A. Carneiro Da Frada, Rapport portugais (II), s. 282 vd. (not 78'de anılan kolektif eserde).

81) Bkz. aşağıda N. 42.

82) Biz "ahlak" ve "genel ahlak" deyimlerini eşanlamlı olarak kullanıyoruz.

83) Örnek olarak bkz. v. Tubr/Peter, § 31, V, s. 256; Eren, s. 291; Karabasan, SH., s. 235; Oğuzman/Öz, 4. bası, s. 74, not 112. Bu anlayış, Alınan Federal Mahkemesinin (öğretide sık sık rastlanan eleştirilere rağmen) ısrarla benimsediği görüş ile tam bir uyum içindedir (Bkz. Larenz/Wolf, § 41, N. 9; Medicus, N. 682). Diğer taraftan, bazı hukukçuların, bu kriteri uygularken, "orta zekalı" dürüst kişilerin davranışlarından söz açma-

ahlak anlayışlarının dikkate alınması söz konusu olmaz. Ne var ki, hekimlik, avukatlık gibi bazı meslekler açısından, (o mesleğe ilişkin daha sert ahlak kurallarının esas alınması mümkündür⁴. Görüldüğü gibi, bu yoldan, BK. m. 19/20'de yer alan ve bir çerçeve hüküm niteliğini taşıyan "ahlaka aykırılık" kavramının yol açtığı hüküm içi boşluk, hukuk dışında bir kaynağa, topluma mal olmuş ve vasat düzeydeki dürüst insanlarca benimsenmiş davranış kurallarına (sosyal ahlak) yollama yapılarak doldurulmaktadır⁸⁵. Şu noktaya dikkat etmek gerekir ki, kanun, bu şekilde, bütün sözleşmelerin yüksek bir ahlaki değer taşımalarını emretmiş ve yalnız onları geçerli saymış değildir. İstenen, toplum içinde herkesin mutlaka uyması gereken asgari (minimum) ahlaki değerlere ters düşen sözleşmelerin yapılmasını ve hüküm doğumasını engellemekten ibarettir⁸⁶. Bu anlamdaki ahlak kuralları bir ülkeden başkasına farklı olabileceği gibi, aynı ülke içinde dahi zaman içinde değişken bir nitelik taşırlar⁸⁷.

- İkinci görüş: Buna göre, kanunda ahlaka yapılan yollamayı, (birinci 40 görüşte olduğu gibi) to hıma mal olmuş "sosyal ahlak:...olarak...an)amak, bir bilinmeyenine yerine başka bir bilim y_ enLg.çirmekten-öte-y:e-geçmez. Bu sebeple, ahlaki, sosyal ahlaktan tamamen ş.QYYtları:nış bir hukul ahlak" olarak anlamak gerekir. Buna göre, ahlaktan ne anlamak gerektiği, hukuk dışı bir kavram olan sosyal ahlaka başvurulmadan, tamamen Anayasada ve

larına katılmıyoruz. Gerçekten, etik değerlere saygı ile zeka arasında doğrudan bir ilişki mevcut değildir.

84) Bkz. not 83'de anılan v. **Tuhr/Peter** ve **Karabasan**. -Belirli mesleklerle ilişkin etik kuralların kodlaştırılması, yani (sınırlayıcı bir nitelik taşımamak üzere) yazılı olarak tespit edilmesi mümkündür. Bu bakımdan, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları iyi bir örnek oluşturur. Ne var ki, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 2.5.2001 tarih ve 4667 sayılı kanunla değiştirilen 34. maddesine eklenen bir hükümle, avukatların Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlü olmaları öngörüldüğünden, sözü geçen Meslek Kurullarınca düzenlenmiş konulara aykırı davranışlar bundan böyle doğrudan doğruya hukuka aykırı sayılır.

85) **Bucher**, AT, s. 256; **Schwenzer**, N. 32.17.

86) **Bucher**, AT, s. 255; **Koller**, I, N. 993.

87) Alman, İsviçre ve Türk Hukuklarında genellikle benimsenen bu görüşe karşı çıkan bir azınlık düşüncesine göre, "ahlak kurallarının değişken ve belirsiz olması asla düşünülemez. Ne hakim, ne de gelişigüzel seçilmiş bir bilirkişinin keyfi değerlendirmelerine bırakılabilir. Yazılı olmayan ahlak kuralları (ahlaki töreler) Tabii ve Evrensel Ahlak'tan kaynaklanan ve Tabii Hukuk ile arasında zorunlu bağlantı olan kurallardır" (**Hatemi**, not 11'de age, § 5, N. 4). -Ahlaka aykırılık kavramının zaman içerisinde nasıl değiştiğine ilişkin örnekler için bk.z. **Zufferey-Werro**, not 7'de age, N. 858 vd. Biz, bunlardan hayli ilginç bir tanesi üzerinde durmakla yetineceğiz: On dokuzuncu yüzyılda, Fransız mahkemeleri, bir tiyatro oyununun ticari başarısını sağlamak üzere, para ile tutulmuş alkışçılarla yapılan sözleşmeleri (alkışçı veya şakşakçı sözleşmesi, le contrat de claque) ahlaka aykırı sayıyordu. Günümüzde, yeni bir sinema filmi veya gösteri için organize edilen medya ve reklam bombardımanı karşısında çok hafif kalan bu gibi usullerin ahlaka aykırılığından söz açmak mümkün değildir (Bkz. **Zufferey-Werro**, N. 864).

diğer kanunlarda yer alan hükümlere içkin olan, bir başka anlatımla anılan hükümlerin özünde veya temelinde yatan etik değerler (veya bu etik değerlerin tümünün oluşturduğu etik düzen) esas alınarak belli edilmelidir⁸⁸. Kaldı ki, günümüzün plüralist (çoğulcu) toplumlarında, çok farklı etik değerlere sahip gruplar bir arada yaşadığından, topluma hakim etik değerlerin hangileri olduğunu tespit etmek, kısaca "ahlak" kavramına sosyal ahlakın yardımı ile bir içerik kazandırmak da mümkün gözükmemektedir⁸⁹.

Derhal belirtelim ki, bu dü şüncelem.en har◆ke.Ledenlerin çok ufak bir Dolumu yukarıda açıklanan radikal çözümü benimseyerek, sosyal ahlakı tamamen-devre-dışr bTtakınakta; büyük çoğunluk ise, daha l-hmlı b.ii turum çerç-evesinde aşağıda incelediğimiz üçüncü görüş◆ üs◆nlük tanımaktadır.

Hukuki ahlaktan ne anlamak gerektiğini ufak bir örnek ile göstermekte yarar görüyoruz. BK. m_ 99 hükmü, borçlunun kasten veya ağır ihmali ile vereceği zararlardan sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşmaları geçersiz saynuş, bazı istisna durumlarında, hafif ihmalden sorumsuzluk kaydının bile bakım tarafından geçersiz sayılmasına imkan vermiştir. Diğer taraf karşısında zayıf konumda ve boynu bükük olmadıkça, hiçbir alacaklı, borçlunun kendisine empoze etmek istediği bu gibi sorumsuzluk kayıtlarına boyun eğmez. Şu halde, BK. m. 99 hükmünün temelinde, (tek başına olmasa bile) somut olayda ve kişisel olarak, zayıfı güçlüye karşı korumak gerektiği yolundaki etik ilke yatmaktadır⁹⁰.

88) **Egger**, Zürcher Kommentar, Einleitung, Das Personenrecht, 2. A., Zürich 1930, Art. 27, N. 15, 17; **Bucher**, AT, s. 256; **Bucher**, Bemer Kommentar, Bd. I/2, 2, Bem 1993, Art. 27 ZGB, N. 272-273. Ayrıca bkz. **Brückner**, Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000, s. 231, not 212; **Kramer**, Art. 19-20, N. 172. -Kanun hükümlerine içkin (immanent) olan kuralları, bu hükümlerin dayandığı ilkeler olarak anlamak gerektiği hususunda bkz. **Mayer-Maly**, Münch Komm. § 138, N. 11.

89) **Köhler**, 28.A., § 13, N. 19. Biraz daha ılımlı: **Jauernig**, § 138, N. 7. Ayrıca bkz. **Kramer**, Art. 19-20, N. 171, 174. Bu eleştiri ile ilgili olarak biz, **Kramer** ile birlikte, bir yandan hala topluma mal olmuş ve çoğunluk tarafından benimsenmiş ahlak kurallarının bulunduğu kanısını taşıyor; diğer yandan da farklı etik değerlere bağlı marjinal grupların, nasıl çoğunluk tarafından yapılan kanunlara uymaları gerekiyorsa, aynı şekilde BK. m. 20 (veya BK. m. 41/IJ) aracılığıyla hukuk sahnesine çıkan ve hukuki yaptırıma bağlanan (çoğunlukça kabul edilmiş fakat Anayasanın ve kanunların temelinde yatan etik değerlendirmelere ters düşmeyen) ahlak anlayışı ile de bağlı olmaları gerektiğine inanıyoruz.

90) Bkz. **Lörtscher**, not 1 l'de age, s. 15-16. BK. 99 hükmünün (toplum içersinde sosyo-ekonomik açıdan, yani yapısal olarak zayıf durumda bulunanların yapısal olarak güçlü olanJann insafına terk edilmesini önleyerek) aynı zamanda kamu düzenini koruyucu bir fonksiyonunun bulunması, vardığımız sonucu değıştinnez. Diğer taraftan, zayıfı güçlüye karşı koruyan tek hükmün BK. m. 99 hükmü olduğunu sanmak da büyük bir yamlgı olur. Verilebilecek pek çok örnek içinden şu ikisi ile yetiniyoruz: BK. m. 21'deki gabin ve Anayasanın tüketicilerin korunmasına ilişkin 172. maddesinin temelinde de (bu sonuncuda kamu düzeninin korunması amacı ile birlikte) 1.ayının güçlü tarafından ezilmesini önlemeye yönelik etik duyarlılık yatmaktadır. Ayrıca bkz. TKHK m. 1.

- *Üçüncü görüş*: İsviçre Federal Mahkemesi⁹¹ tarafından da benimse-
nen ve son zamanlarda Almanya ve İsviçre'de çok taraftar toplayan bu
görüş⁹², birinci ve ikinci görüşleri birlikte uygulayan kamıa bir görüştür.
Bizim de katıldığımız bu anlayışa göre, ahlak kurallarını tespit etmek üzere
başvurulabilecek iki kaynak vardır. Bunlardan birincisi (birinci görüşe uy-
gun biçimde) topluma mal olmuş sosyal ahlfi ilkeleri, ikincisi ise (ikinci
görüş çerçevesinde) Anayasa başta olmak üzere kanun hükümlerinin teme-
linde yatan (onlara içkin olan) etik değerlendirmelerdir. Şu var ki, sosyal
ahlak ilkeleriyle, Anayasa ve kanun hükümlerine temel oluşturan etik de-
ğerler arasında bir çatışma olduğu takdirde, "Anayasa ve kanun hükümleri-
nin üstünlüğü" ilkesi uyarınca bu ikincilere üstünlük tanınacaktır⁹³.

Öğretide (birinci görüş yararına) ileri sürülen bir düşünceye göre⁹⁴,
ahlak sadece "sosyal ahlak" açısından söz konusu olur. Buna karşı, Anaya-
sa ve kanun hükümlerinin temelinde yatan etik değerlendirmeler, "ahlak"
değil, "kamu düzeni" kavramı içinde yer alır. Bizce, BGB § 1 38'den farklı
olarak, "ahlak" ve "kamu düzeni" kavramlarını ayrı ele alan İsviçre-
Türk Hukukları açısından bu görüş kabul edilemez. Neyin "ahlak" kavra-
mına dahil olduğu, bu görüşün yaptığı gibi sırf şekli (biçimsel) bir kritere
bağlanamaz (etik değerlendirmeler topluma mal olmuşsa "ahlak", Anayasa
ve kanun hükümlerinin temelinde yatıyorsa "kamu düzeni" ile ilgili sayılı-
yor). Tam tersine, sözü geçen ilkelerin "niteliğini" esas alan maddi bir kri-
tere başvunnak gerekir. Etik bir kural, sırf Anayasa ve kanun hükümlerinin
temelinde yattığı için, ahlak ile olan bağıyı koparıp kamu düzeni kuralına
dönüşemez. Şu noktayı hiç gözden kaçırmamak gerekir ki, sadece toplu-
mun temel yapısını ve çıkarlarını korumayı amaç edinen kamu düzeni,
ahlak karşısında nötr (tarafsız, yansız) bir kavramdır⁹⁵. İmar mevzuatının
kamu düzeni ile ilgili olduğu kuşkusuzdur, ancak bu çerçevede yer alan
hükümlerin etik ile bir ilgisi yoktur. Buna karşı, aynı hükmün temelinde
hem kamu düzenini hem de ahlakı ilgilendiren değerlendirmeler yan yana
bulunabilir. Sorumsuzluk kayıtlarını düzenleyen BK. m. 99 buna iyi bir
örnek oluşturur. Şöyle ki, bu madde açısından, *kişisel durumu* itibarı ile

91) BGE 115.II.235.

92) Koller, I, N. 994; Gauch/Schluep/Schmid, N. 668; Schwenger, N. 32.18; Köhler,
28.A., § 13, N. 19-20; Larenz/Wolf, § 41, N. 9, 12 vd.; Palandt/Heinrichs, 64.A., §
138, N. 2-3.

93) Larenz/Wolf, § 41, N. 20; Köhler, 28.A., § 13, N. 20. Hiç kuşkusuz, kanun hükümleri-
nin temelinde yatan etik ilkelerin dikkate alınabilmesi de, bunların Anayasaya uygun
olmalanna bağlıdır. Bu konuda bkz. Hatemi, not 57'de age, s. 104 vd.; Atamer, not
72'de age, s. 153 ve not 58.

94) Kramer, Art. 19-20, N. 155-156, 174; Huguenin, Art. 19-20, N. 32-33; Atamer, not
72'de age., s. 152-153.

95) Alman Hukuku açısından krş. Larenz/Wolf, § 41, N. 11.

zayıf olanı yapacağı somut sözleşmede koruma düşüncesi etiği, toplum içinde *yapısal yönden (strukturell. structurel)*, bir başka anlatımla *toplumdaki konumları itibarı ile sosyo-ekonomik açıdan güçlü olanların*, örneğin piyasaya hakim firmaların, yine yapısal açıdan onlarla aynı müzakere gücüne sahip olmayan zayıf sözleşenleri ezmesini genel olarak önleme düşüncesi kamu düzenini ilgilendirir⁹⁶. Sadece "kişisel" özellikleri sebebiyle zayıf olanları sömürden korumayı amaçlayan gabin (**BK. m. 21**) hükmünün temelinde ise yalnız ahlaki değerlendirmeler yatar⁹⁷. Bütün bunlar gösteriyor ki, *Anayasa ve kanun hükümlerinin temelinde yatan değerlendirmeler, yerine göre sadece kamu düzenine veya sadece ahlaka yahut bunlardan her ikisine ilişkin olabilir. Bunları, bir ayırım yapmadan, toptan kamu düzenini koruma etiketi altında değerlendirmeye kalkmak isabetsizdir.*

1. Ahlaka Aykırılığın Gerçekleşme Biçimleri

43 Hakim olan görüşe göre, tıpkı hukuka aykırılıkta olduğu gibi, ahlaka aykırılık üç biçimde gerçekleşebilir⁹⁸:

- *Bin-nci hal*: Doğrudan doğruya böyle bir sözleşmenin yapılması ahlaka aykırı olabilir:--

- *İkinci hal*: Sözleşmede vaat edilen edim ahlaka aykırıdır.

- *Üçüncü hal*: Sözleşme ile taltijQ edilen amaç ahlaka aykırıdır.

Derhal belirtelim ki, hukuka aykırılığı incelerken belirttiğimiz gibi, birinci ve ikinci haller arasında hiç bir pratik fark yoktur. Öğretide, çok defa, hangi ahlaka aykırı sözleşme örneğinin birinci hale, hangisinin ikinci hale gireceği hususunda görüş birliği olmadığı g2!ii!!'nektedir. Bu sebepJe, biz, birayrın -2-2- ya pm adan ilk iki hale ilişkin örnekleri bir arada vermeyi tercih ediyoruz.

96) "Kişisel" yönden zayıf olma-"yapısal" (strukturell, structurel) açıdan zayıf olma ayrımı için bkz. **Belser**, not 31'de age, s. 412.

97) İsviçre Kanun koyucusunun BK.. m. 21'i düzenlerken sadece kişisel yönden zayıf olanları koruma düşüncesi ile hareket etmiş olmasına rağmen (**Belser**, not 31'de age, s. 578), bu hükmün aynı zamanda sözleşme özgürlüğü kurumunun kötüye kullanılmasını engellemek amacını güttüğü, bu sebeple yalnız "kişisel" değil "yapısal" zaaf hallerinde de uygulama alanı bulabileceği ve kamu düzenine ilişkin bulunduğu görüşü için bkz. **Belser**, not 31'de age, s. 530, 578 vd., 580; **Kramer**, Art. 19-20, N. 160-161. Bu görüşün eleştirilmesi için ayrıca bkz. yukarıda § 39, N. 3. Bizce, bir an için, kendi hesabımıza katılmadığımız bu görüş benimsenseydi dahi, BK. m. 21'in temelinde hem "kişisel" hem de "yapısal" zaafılara karşı koruma düşüncesinin yattığı, bu yüzden arulan hükmün kamu düzeni yanında ahlaki değerlere de dayandığı kabul edilmek gerekirdi.

98) Örnek olarak bkz. **Huguenin**, Basler Konun. Art. 19-20, N. 36; **Koller**, I, N. 995 vd.

a. Doğrudan Doğruya Böyle Bir Sözleşme Yapılmamın.: Vay.a Sözleşme..aot Edilen Edimin Alill'il<n Aykırı Olması

ok z??gİ !l. ?ir li??ratürün bulunduğ bu konudn biz bir knç örnek ver- 44
m<: kle yetiniyoruz:

- Bir kimsenin, işinin görülmesi için bir görevliye rüşv?t vaadinde bulunmasına ilişkin sözleşme gibi, para karşılığı adam öldürtmek için kiralık katil tutulması-Sına ilişkiirrs?zl?şm?de ahlaka aykırılık sebebiyle geç rsizdir.

Dikkat edileceği gibi her iki örnekte de, hem hukuka hem de ahlaka aykırılık vardır. Bu, her zaman karşılaşılabilecek bir durum olup, her iki geçersizlik sebebinin bir arada bulunmasına bir engel yoktur⁹⁹.

- ?şci-li-ğ-i-ein-sel-i-l işkide-bulunıak üzere w!!al! özle me de ahlaka aykırıdır.

- Yargıtayın bir içtihadı birleştirme kararına göre, hükümetin izni olmaksızın genelev açmak ve işletmek kanuna ve ahlaka aykırı olmakla birlikte, hükümetin izni bulunan hallerde bu aykırılığın bahis konusu edilmesine gerek kalmaz. Bu sebeple, hükümetin izni varsa, genelev olarak kullanılmak üzere taşınmaz kiralanmasına ilişkin sözleşmelerin ahlaka aykırılığı ileri sürülemez¹⁰⁰. Aynı doğrultudaki daha yeni bir Yargıtay kararının ifadesiyle "*Ancak bazı sosyal zorunluluklar nedeniyle ülkemizde hükümetin izni ile genelev işletmek duruma ahlakilik kazandırmaz ise de, ahlakilik tartışmasını pratik olarak önler. Esasen genelev işletmesine hem hükümetçe müsaade edilmek, hem de bu müessese ile ilgili bütün işlemlere, sözleşmelere hukuk alanında hiçbir varlık tanımamak mantıkla da bağdaşmaz*"¹⁰¹. Buna karşı, hükümetin izni olmaksızın, kaçak bir randevu evi işletmek üzere kira veya ortaklar arasında bir adi şirket sözleşmesi yapıldığı takdirde, bu sözleşmeler, aşağıda (b) başlığı altındaki açıklamalarımız çerçevesinde, amaçları yönünden ahlaka aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz olur¹⁰².

99) Koller, I, N. 998.

100) Yarg. İBK., 14.1.1948, 30/2 (RG. not 6971). Bu karar, öğretide büyük tartışmalara yol açmıştır. Kararla ilgili çeşitli görüşler için bkz. **Postacıoğlu**, içtihat ?otu, İÜHFM 1949/4; **Saymen/Elbir/Oğuzman**, Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları I, İstanbul 1953, s. 117; **Hatemi**, not 57'de age, s. 261 vd.; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 75, not 116. -Şu noktayı ekleyelim ki, açıkça "genelev olarak kullanılmak üzere" yapılmış bir kira sözleşmesinde, sözleşmenin "amacının" değil, "konusunun" ahlaka aykırı olup olmadığı söz konusu olur (Bu konuda bkz. **Hatemi**, not 57'de age, s. 170 vd.).

101) Yarg. 13. HD., 13.12.1976, E. 1976/2884, K. 1976/8294 (YKD. 1977/8, s.1118).

102) **Eren**, 9. bası, s. 293; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 75.

- Yine Yargıtay'a göre, kız babasının evlenmeye razı olmak üzere istediği mal ve paraya (başlık) ilişkin olarak yapılan sözleşmeler de hem hül--uka hem de ahlaka aykındır¹⁰³.

- Bir gazeteci para karşılığı belirli bir eser, kurum veya kişi aleyhinde yazmamayı taahhüt ettiği vakit, bu sözleşme de ahlaka aykırı sayılır¹⁰⁴.

b. Sözleşme ile Takip Edilen (Doğru) Amacın Ahlakı Aykırı Olması

45 BK. m. 20/1, sadece sözleşmenin "konusunun" ahlaka aykırı olmasından söz açtığı halde, sözleşme ile takip edilen *ortak* amacın ahlaka aykırı olması halinde de, sözleşmenin ahlaka aykırılık sebebiyle geçersiz olacağı konusunda görüş birliği vardır. Ne var ki, sadece *bir tarafın* (diğer tarafça bilinmeyen) ahlaka aykırı bir amaç taşıması yeterli değildir. Karşı tarafın diğer sözleşenin ahlaka aykırı amacını sadece *bilmesi* de, zaman zaman rastlanan tersine düşüncelere rağmen, sözleşmeyi otomatik olarak BK. m. 20/1 anlamında ahlaka aykırı hale getirmez. Onun, ayrıca diğer tarafın ahlaka aykırı amacını (açıkça veya örtülü biçimde) *benimsemiş* olması aranır¹⁰⁵. Örneğin B'nin, arkadaşlarıyla yapacağı bir soygunda kullanmak veya J2.ir kız kaçırmak amacı ile, 1rullam1Tltfş-aranırs-aran A---a an-gi_r araba kiralamak ve a satm alıpak istediğini farz edelim. O, ahlaka (a;yrü..zamanda hukuka) _çl _ykın bu .amacını satıcı vey.a kiralayan durumundaki A'ya .bildirmediği kdirde, yapılan sa!ış vey kira sözleşmesi ahlaka .aykm sa;yılmaz. A'nın sözü geçen amaçla ilgili olarak sadece bilgi sahibi olması bu sonucu değiştirmez ve sözleşmenin geçerli sayılmasını engellemez. Zira, genellikle kabul edildiği üzere, taraflardan yalnız bir tanesinin güttüğü saikler diğer tarafı ilgilendirmez ve sözleşmenin geçerliliği üzerinde etkili olmaz. Taraflardan birinin ahlaka aykırı amacının sözleşmeye bulaşmış sayılabilmesi

103) Yarg. 11. HD., 15.11.1976, E. 4887, K. 4912 (**Karabasan**, SH, s. 238-241); 11. HD., 11.2.1980, E. 620, K. 620 (**Karabasan**, SH, Sözleşmeler, s. 241). Başlık verilmesine ilişkin sözleşmelerin ahlaka aykırı sayılabiliş sayılamayacağı öğretide tartışmalıdır (Bu konuda bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 398). Ortalama bir çözüme göre, sadece örneğin medeni nikahla evli olan bir erkeğin imam nikahıyla ikinci bir eş edinmesi veya yaşlı bir erkeğin henüz reşit (ergin) olmamış bir kızı almak için başlık ödeme taahhüdü altına girmesi, yahut borç içindeki babanın borçlarını tasfiye etmek amacıyla kızına karşı başlık istemesi hallerinde olduğu gibi uygun olmayan amaçlarla hareket edildiği zaman, başlık verilmesine ilişkin sözleşme ahlaka aykırı sayılmalıdır (**İ. Doğan**, "Başlık Parası" ve Ahlak, 3.1.2001 tarihli "Cumhuriyet", s. 2).

104) **Engel**, s. 289.

105) Özellikle bkz. **Hürlimann**, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, Freiburg Schweiz, 1984, s. 37; **v. Tubr/Peter**, § 31, V, 1, s. 258; **Zufferey/Werro**, not 7'de age, N. 994,996; **Kramer**, Art. 19-20, N. 176; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 400-401; **Başpınar**, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998, s. 147. Ayrıca krş. **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 75; **Batemi**, not 57'de age, s. 170 vd.

için, diğer tarafın da şu veya bu şekilde bu anıncı paylaşmış olması gerekir. Bu açıkça olabileceği gibi, örtülü biçimde (zımnem) de gerçekleşebilir. Verdiğimiz örnekte, fırsattan yararlanan A, araba için piyasa fiyatının çok üstünde bir bedel talep ederse veya karşı tarafın ahlaka aykırı amacını himaye eden, onun gerçekleştirilmesini kolaylaştırmak ve bir çeşit yardım veya teşvik niteliğini taşıyan tutum ve davranışlar içine girerse, yapılan sözleşme ahlaka aykırı hale gelir¹⁰⁶. Örneğin, B'nin almak istediği otomobilin özelliklerinin böyle bir soygun veya kız kaçırma olayında yetersiz kalacağını söyleyip, daha güçlü başka bir arabayı teklif eden A, diğer tarafın ahlaka aykırı amacını örtülü biçimde benimsemiş demektir. Bu arada, hiç gözden kaçırılmaması gereken bir husus vardır: A'nın belirtilen nitelikteki davranışları sözleşmenin kurulmasından önce gerçekleşmiş olmalıdır. Sözleşme kurulduktan sonra, B'nin ahlaka aykırı maksadını öğrenen ve ona yardım eden A'nın bu davranışı, bir defa geçerli olarak kurulmuş sözleşmenin ahlaka aykırılık sebebiyle butlanına yol açmaz¹⁰⁷.

Öğretide ileri sürülen bir fikre göre¹⁰⁸, taraflardan biri tarafından güdülen ahlaka aykırı amacın sözleşmeyi geçersiz kılması için, yalnız karşı tarafın işin içyüzünü bilmesi yeterli olmayıp, sözleşmenin herhangi bir şüpheye yer açmayan içeriği ile diğer tarafın ahlaka aykırı saiki arasında o derece sıkı bir bağlantı bulunmalıdır ki, işin içyüzünü öğrenen dürüst bir sözleşmenin sözleşmeyi kurmaktan kaçınması beklenebilmelidir. İlk bakışta çekici bulunabilen bu görüş şu bakımdan kabul edilemez ki, bu anlayış çerçevesinde, hemen hemen her zaman gerçek durumu öğrenen diğer tarafın sözleşmeyi yapmaktan kaçınması ondan beklenebilecek, dolayısıyla "benimseme" kriteri fiilen yerini "öğrenme" ("bilme") kriterine bırakacaktır.

46

c. Sözleşme İçeriği İle Doğrudan Bağlantılı Olarak Sözleşmenin Kurulma Tarzının Ahlaka Aykırı Olması (Özellikle Banka Kredi Sözleşmeleri Açısından)

Burada meseleyi, uygulama açısından çok büyük önem taşıyan tek bir örnek üzerinden incelemek istiyoruz.

47

Alman Hukukunda hakim olan görüşe göre, tarafılardan biri, diğerine nazaran üstün olan durumuna dayanarak, daha za)!) ı konumdaki kar ı tara--fa açıkça onun meiffa7ülerJne ters dit elJ azı kgvJl e...hiJ.kiialec bu(et-tirmişse; bir başka anlatımla,J.istüü duı.-un:ıwı.danı. y.ar.ai:lanar..ak iJjgei; tarafa-insajiz ve nispetsiz fedakarlıklar. Yii.klcxken.Jce.ndisi,hundan..u.v.gun..olınayan aşı.;'0.ararlar sağla!!!ıj ya ııa; sözl ş me ahla a kırı sa ılır. Güçlü o manı:ien-oe ırğın örneklerinden biri, taraflardan birinin bir tekel (monopol) durumundan yararlanmasıdır. Ne var ki, güçlölük için bir tekel duru-

106) Bkz. not 105'de anılan v. Tuhr/Peter, Oğuzman/Öz Becker, Art. 19, N. 36; Lorenz/Wolf, § 41, N. 27.

107) Başpınar, 105'de age, s. 146.

108) Bucher, AT, s. 257.

munun bulunması şart olmayıp, herhangi bir tarzda gerçekleşebilecek fiili üstünlüğün iş hayatının gerekleri ile bağdaşmayacak ve tarafların karşılıklı edimleri arasında ağır bir dengesizlik yaratacak biçimde istismar edilmiş olması yeterlidir¹⁰⁹. Bu görüş, bizce çok yerinde olarak, İsviçre-Türk Hukuklarında bir çok yazar tarafından benimsenmiştir¹¹⁰. Yargıtayda da son zamanlarda bu yolda bir eğilime rastlanmaktadır¹¹¹. Buna karşı, diğer bazı yazarlar¹¹², sadece "sözleşmenin konusu (içeriği)" ile "ortak amacın" sözleşmenin ahlaka aykırı sayılması için esas alınabileceğini, buna karşı sözleşmenin kurulma biçimine ilişkin hal ve şartların sözleşmeye ahlaka aykırılık damgasının vurulması için yeterli olamayacağım, bu gibi hal ve şartların sözleşme üzerindeki etkisinin olsa olsa gabin veya irade bozuklukları (hile, ikrah) hakkındaki hükümlere bağlı olarak ele alınabileceğini ileri sürerek bu görüşü reddetmektedir.

Bizce, sözleşmenin taraflarca kabul edilmi_Ş i_ç_eriği, sözleşm.eninJrurulması_ aş_ı_ındaki.i hal ve şartlarınbir yansımasıdır ve nasıl sözleşme yorumlanırkır:-soziş-in-e-orfcenf gönişmelere bakmaktan vazgeçilemiyorsa, ahlaka aykırılık değeriendirinesi-yapılırken de, içeriğin bu şekil4CLdüzenlenmiş olmasının sebebini oluşturan ve bu içerik ile doğn,dan doğı:uya ve sıkı biçimde bağlantılı olan o/gıdan da mutlaka dikkate almak gerekir. Şu

109) **Larenz/Wolf**, § 41, N. 41 vd.; **Flume**, § 18, 2, b, ee, s. 371; **Mayer-Maly**, Münch-Komm. § 138, N. 78.

110) **Oftinger**, Betrachtungen über die laesio im schweizerischen Recht, Festschrift Zepos, II. Band, 1973, s. 549-550; **Lörtscher**, not 11'de age, s. 203, 205; **Kramer**, Art. 19-20, N. 205; **Zufferey-Werro**, not 7'de age, N. 679 vd.; **Belser**, not 31'de age, s. 419; **Sungurbey**, Türkiyede Bankaların İçyüzü, Çorlu 1994, s. 54; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 401; **Serozan**, Karşılıklı Sözleşmelerde Bütan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arası Dengesizliğin Uyarılma Yoluyla Düzeltilmesi, Prof. Dr. Kemal Oğuzinan'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 1018-1019.

111) Yargıtay 20. HD.nin 28.3.2002 tarih ve E. 2002/1955, K. 2002/2791 sayılı kararına göre (YKD., 2002/7, s. 1077), "Öte yandan tahkim sözleşmesinin ahlaka aykırı olması halinde geçerliliğinden söz edilemez. Bu hal, genellikle tahkim sözleşmesinde bir tarafın diğeri üzerinde, davalı şirketin davacı fuma üzerinde ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hususlar kabul ettirmesi veya somut olayda olduğu gibi hakemi seçme olanağının verilmesi hallerinde kendini gösterecektir. Bu şekilde yapılan bir tahkim sözleşmesinin Borçlar Yasasının 20. maddesi uyarınca batıl olacağı kuşkusuzdur. Sözleşmenin 12. maddesinde hakem seçiminin, tamamen ekonomik ve sosyal güce sahip davalı şirket tekeline bırakıldığı" anlaşılmaktadır.

112) Örnek olarak bkz. **Koller**, I, 2.A., § 13, N. 175; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 676; **Bucher**, AT, s. 258-259 ve not 86. İsviçre Federal Mahkemesi de 4.2.1958 tarihli bir kararında (BGE 84.II.1 3) bu görüşü benimsemiş ve bir sözleşmenin ahlaka aykırı olup olmadığının sadece içeriğine göre belli edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Aynı yönde bir başka Federal Mahkeme kararına göre (BGE 115.II.36) sözleşmedeki edimlerin değerleri arasındaki dengesizlik sadece gabne ilişkin BK. m. 21'in uygulama alanına girer. Ayrıca bkz. yukarıda § 39, N. 33 vd.

halde, BK. m. 20'nin "Bir akdin mevzuu (konusu)" şeklinde başlayan ifadesi, ahlaka aykırılık açısından geniş bir yoruma tdbi tutulmalıdır¹¹³. Aksi halde, kanunda yazılı olmadığı halde "ortak amacın" da ahlaka aykırılığa esas teşkil edebileceğini kabul eden, bu yüzden BK. m. 20'deki "konu" sınırlanmasını çoktan aşmış bulunan bir hukuk sisteminde, olup bitenin sadece yansına bakılmış ve diğer yansına gözler kapatılmış olur ki, bunun anlamı. çağımızın güçlülerin zayıfları ezmesine fırsat hazırlayan ultra liberal anlayış ve uygulamaları karşısında, hile, ikrah ve gabin hükümlerinde çok defa yeterli destek bulamayacak yargı organlarının çaresiz bir izleyici konumuna düşürülmesi olur. Şurasını önemle ekleyelim ki, bu görüş kabul edildiği takdirde, ahlaka aykırılık damgası, sözleşme öncesi davranışlara değil, bu davranışlar sonucu meydana gelen hukuki düzenlemeye vurulmuş olacaktır¹⁴.

Alman Hukukunda, konu sınırlamasını öngörmeyen BGB § 138/1 hükmü çerçevesinde, sözleşmenin konusu "tek başına" ahlaka aykırılık sonucuna varmak için yeterli olmu-yorsa, sözleşme (veya daha genel olarak hukuki işlem), "konu", "saik" ve "amaç.. unsurlarının tümü ile değerlendirilmesine dayalı genel karakteri esas alınarak ahlaka aykırı sayılabilmektedir¹¹⁵. Yine Alman Hukukunda, bu konuda rol oynayan ve "kınanabilir (aşğılık) bir zihniyet" diye ifade edebileceğimiz "verwerfliche Gesinnung" unswu varılacak sonuca etkili olabilmektedir. Ne var ki, İsviçre-Türk Hukuklarında böyle bir subjektif unsura yer yoktur¹¹⁶. Daha önceki açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere, bizde, değerlendirme ilke olarak objektif esaslara dayanmakta, sadece bir tarafın dolaylı ahlaka aykır amacının diğer tarafça bilinip benimsenmesi ihtimalinde bu sınır aşılmaktadır.

48

İncelediğimiz ahlaka aykırılık hali, Türk Hukukun.9.a....llalıLka 2k 2di sözleşmelerinde yer alan ve bankalara (örneğin sözleşmede yer alan faiz oranlaruii sonradan herhangrbii-sınırlılı>ağılı olmaksızın bfrJarallı, O}a?ak iste-dilaeii kaqar artırma, hatta bu-)'iikseltilmiş-faizlet.ödeum_eclığı_takdirde asıl

49

113) Bazı hukukçulara göre (**Kramer**, Art. 19-20, N. 176; **Hatemi**, not 57'de age, s. 164, not 34), BK. m. 20'de yer alan "hukuka aykırılık" ve "ahlaka aykırılık" kriterlerinin farklı biçimde değerlendirilmesi söz konusu olamaz. Oysa, kendine has özellikleri dolayısıyla hukuka aykırılıktan çok farklı bir kavram olan ahlaka aykırılık kavramının sınırlan çizilirken, hukuka aykırılık için varılacak sonuçlarla bağlı olmak mecburiyeti yoktur. Nitekim, çeviriye esas olan Fransızca metinden farklı olarak, İsviçre BK. m. 20'nin Almanca metninde sadece "hukuka aykırılık" ve "imkansızlık" açısından konu sınırlaması getirilmiş, buna karşı "ahlaka aykır sözleşmelerden" söz açmak suretiyle bu halde bir konu sınırlamasına yer verilmemiştir. İsviçre Borçlar Kanununun hazırlık çalışmaları da, ahlaka aykırılığa daha geniş bir uygulama alanı kazandırılmak istendiğini göstermektedir (**Kramer**, Art. 19-20, N. 175). Alınan Hukukunda, BGB'nin İlk Tasarısında "konusu" ahlaka aykır hukuki işlemlerden söz açıldığı halde, İkinci Tasarıda konu sınırlaması kaldırılmıştır. Halen BGB § 138/I, "konu"dan hiç bahsetmeksizin "Ahlaka aykırı bir hukuki işlem kesin hükümsüz olur" demekle yetinmektedir. (**Flume**, § 18, 2, a, s. 367).

114) Özellikle bkz. **Mayer-Maly**, MünchK.omm. § 138, N. 78 ve aşağıda N. 51.

115) **Flume**, § 18, 2, a, s. 368; **Larenz/Wolf**, § 41, N. 24.

116) **Kramer**, Art. 19-20, N. 181; **Hugueoin**, Basler Komm., Art. 19-20, N. 36.

borcu da vadesinden önce muacce ! kılma ! (❖)! fet! yle bor lu aleyhine takibe geçme yetkilerinin verilmesi gibQ hak ve yetkiler tanıyan hükümler dolayısı ile tartışılmıştır: -öğretide ileri sürülen-bir görüşegore¹⁷, müşterileri karşısınôa ısfüüi hırl<önümde bulunan bankaların, bu gtiçlerini ısfısmar eöerek genel kredi sözleşmelerine kendilerine aşın çıkarlar-saglayan 15u çe"şit hücumlar koydurmuş olmaları halinde, sözü geçen hükümJer-alıfaka aykırılık sebebiyle batıl (kesin hükümsüz) olur. Yargıtay bu görüşe katılmamıştır. Yüksek Mahkeme'ye göre, bu tip hükümler ahlaka aykırı sayılamaz, sadece her defasında bankanın yetkilerini MK. m. 2 çerçevesinde dürüstlük kuralına uygun biçimde kullanıp kullanmadığı veya bir hakkın kötüye kullanılmasının bulunup bulunmadığı yargı organının denetimine tabi tutulur'¹⁸.

SO Bizce, Yargıtayın görüşü, ilk bakışta, uygulamadaki aşırılık.lan törpülemeye imkan veren uygun bir görüş olarak değerlendirilmeye elverişli gözükmemektedir. Ancak iş burada bitmemektedir. Genellikle kabul edildiği üzere, dürüstlük kuralı gereği bankanın faiz artırımına ilişkin kararını müşteriye bildirmesi ve değişikliği geriye yürütmeyip ancak bu tarihten sonrası için yeni yükseltilmiş faizleri uygulaması gerekir¹⁹. Genel kredi sözleşme-

117) **Sungurbey**, not 110'da age, s. 53, 54. Aynı eğilimde: **Akyol**, Banka Sözleşmeleri (Birsen Armağanı), İstanbul 2001, s. 114-115.

118) Yarg. 19. HD., 25.11.1994, E. 94/6472, K. 94/11467 (**Kostakoğlu**, Banka Kredi Sözleşmeleri ve Kredi Kartlarından Doğan Uyuşmazlıklar-Akreditif, 5. bası, İstanbul 2006, s. 192 vd. veya İzmir Barosu Dergisi, 1995/1, s. 119 vd.). Yüksek Mahkeme, burada ahlaka aykırılık butlanına yer olmadığını şöyle açıklamaktadır: "Kredi sözleşmesinin vadesiz süreci içinde, artan kredi faizlerinin, kredi müşterisi nezdindeki kredi borcuna, ihbar koşulu ile bankaya uygulama yetkisi tanıyan bu hükmün de kredi müşterisinin ekonomik özgürlüğünü kısıtlayıcı, ahlaka aykırı ve kelepçeleyici bir niteliği bulunduğu kabulü olanaksızdır. Kredi faizinin süreç içinde ekonomik koşullara göre artmasının tabii bulunduğunu müdebbir bir tacir gibi düşünmesi gereken müşteriye, bankanın yapacağı ihtar tarihinden itibaren yükselen faiz oranlarını uygulaması ekonomik özgürlüğünün kısıtlanması olarak kabul edilemez; aksi halde, vadesiz kredilerin uzun yıllar içinde düşük faizle kullanılmasına ve bankaların acze düşmesine ve buna bağlı mevduat sahiplerinin mağduriyetine yol açılmış olur ki, bu da haklı görülemez". (Aynı doğrultuda başka Yargıtay kararları için bkz. **Kostakoğlu**, s. 179 vd.) Yargıtayın çözümü, **Atamer** (not 72'de age, s. 242 vd.) ve **Kostakoğlu** (s. 170 vd.) gibi yazarlar tarafından da benimsenmiştir. Şu noktayı ekleyelim ki, anılan Yargıtay kararında yer alan ve "Meğer ki, banka tarafından bu hakkın kullanılmasında MK.m. 2. maddesindeki "objektif iyiniyet" ve 3. maddesindeki "hakkın kullanılmasının suistimal edilmesi" kurallarına aykırı davranılmanuş olsun" cümlesi, redaksiyon aşamasındaki bir dikkatsizlik sonucu, hakkın kötüye kullanılmasını yasaklayan MK. m. 2m hükmünü aynı kanunun (konuyla ilgili olmayan) 3. maddesine taşımaktadır.

119) **Atamer**, not 72'de age, s. 242; **Kostakoğlu**, not 118'de age, s. 171; **Battal**, Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2001, s. 248. Böyle bir bildirim alan müşteriye, dayanamayacağı faiz yükünden kurtulmak üzere, derhal kredi sözleşmesini feshetme imkanı da tanınmalıdır (**Atamer**, s. 242; **Kostakoğlu**, s. 171). Bu fesih hakkı, bir çeşit haldı (muhik) sebeple fesih hakkı olarak nitelelenebilir. Ayrıca bkz. aşağıda N. 50a.

sinde "bildirimde bulunma" veya "geriye yürüme" lwnu/arıuda her/taugi bir dı'i=enleme olmadığı ve sadece bankaya bir taraflı olarak faizleri yükseleme yetkisinin tal11111111ası ile yetinildiği zaman, bankanın bildirimde bulunmadan veya bildirim tarihinden öncesine de etkili olmk üzere faiz artırımının gitmesi halinde, bunun Yargıtay'ın görüşü çerçevesinde MK. m. 2 ile bağdaşmadığı rahatlıkla söylenebilir. Bunun gibi, kredi sözleşmesinde yer alan ve bankaya dilediği zaman kredileri azaltmak, kredi kullanımını durdurmak veya kesmek, diri hesap bakiyesinin iadesini istemek yetkilerinin tanınması da ekonomi dünyasının gereklerine ters düşmediği için geçerli sayılır ve ancak banka bu yetkilerini somut olayda kötüye kullanmışsa MK. m. 2 hükmüne dayanarak bunu engellemek mümkün olur¹¹⁹a. Görülüyor ki, bir çok ihtimalde, Yargıtay'ın görüşüne dayalı olarak tatmin edici sonuçlara ulaşma imkanı ❖rdır. Bwıa karşı, genel kredi sözleşmesinde er alan açık liiküm er e, u w en uç ir zaman kabul edilemeyecek biçimde) bankamı bı Tdirimsiz faiz artımlıua gTciehileceği-U❖a-yafH❖min geriye yürür biçimde sonuç do❖ıracağı al...adaştı:ılınıfS, 1/2rgıtay karar-Tannfürgörüldüğü ve azı-hukukçularca desteklendiği üzere, ine MK. m. 2 hükmüne dayanıp, bu gibi sözleşme kayıtlarının hüküm doğuramayacağı sol1ucuna varılabil-ec-ek midir?-n°:-Bu-sorınınil cevabı ol!!mS- U-J.-Ur-ve-bu gibi ihtimallerde, ahlaka aykırılığireddeô ip qies ef❖nıJ çözümünü MK. m. 2'ye teri<.eden Yargıtayın görüşü yetersiz kalm akt❖dır. Gerçekten, bazısı dürüstlük kuralına uygun bazıları aykırı, değişik kullanım biçimlerine açık biçimde bir taraflı faiz artırmaya ilişkin genel bir yetkinin aksine, sözleşme ile tanınmış bildirimsiz veya geriye yürür tarzda faiz artırımına gitmek gibi hak ve yetkilerin her kullanımı sakattır. Zira, buradaki sakatlık gerçekte (MK. m. 2 hükmünün denetimine imkan verecek biçimde) geçerli olarak kazanılmış bir yetkinin kullanılma tarzmdan değil, doğrudan doğruya böyle bir hak veya yetkinin sözleşmedeki açık hüküm gereği bankaya tanınmış olmasından kaynaklanmaktadır. Şu halde, artık hakkın "kullanılması" değil, fakat "varlığı" (yani taraflarca açıkça kabul edilmiş bu hükümlerin geçerli olarak kararlaştırılmış sayılıp sayılamayacakları) ile ilgili bir problem ortaya çıkm.Jştır¹²⁰³. Sözleşmede açıkça yer alan bu yetkilerin geçersizliğini

J19a) **Kostakoğlu**, not 118'de age, s. 168 ve yine not 118'de anılan Yargıtay 19. HD.nin 25.11.1994 tarihli karar.

120) Bkz. Yarg. 19. HD., 3.3.2000, E. 99/8010, K. 2000/1603 (**Kostakoğlu**, not 118'de age, s. 180 ve yukarıda not 118'de anılan karar); **Battal**, not 122'de age, s. 248; **Kostakoğlu**, s. 171. Şu var ki, anılan yazarlardan **Battal**, bildirimde gerek olmadığı yolundaki sözleşme hükmünde MK. m. 2'ye (dürüstlük kuralına) aykırılık görüşünü kabul ettiği halde, geriye etkili faiz artırımına izin veren sözleşme hükümleri açısından (yerrinde olarak) ahlaka aykırılık kavramına yollama yapmaktadır (s. 249).

120a) Aynı doğrultuda: **Atamer**, not 72'de age, s. 176. Yazarın yerinde olarak belirttiği gibi "İçerik denetimi sözleşmese! bir hakkın belirli bir içerikle geçerli olarak doğup doğmadığı sorununa ilişkindir... Buna karşılık MK. m. 2/II'ye dayannn hak.kın kötüye

sağlayacak hüküm ise MK. m. 2 hükmü değildir. Zira, öğretide belirtildiği ve İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da kabul edildiği üzere, *hakların kullanılmasında ile ilgili bulunan MK. m. 2 hükmü sözleşme serbestisine sınır getiren bir hüküm niteliğini taşımaz ve sözleşmeye yönelik içerik denetimi AİK. m. 2'ye değil, konuyu özel olarak düzenleyen BK. m. 19-20 hükümlerine göre yapılır*¹²¹. O halde, kredi sözleşmelerinde yer alan, anılan nitelikteki (örneğin bildirimsiz faiz artırımına yahut geriye yürür biçimde bildirimde bulunmaya ilişkin) hükümlerin uygulanması, ancak bunların BK. m. 20 uyarınca ahlaka aykırılık sebebiyle hükümsüz sayılması ile önlenabilir¹²². Şu var ki, bu tip hükümler taraflar arasındaki kredi sözleşmesine bankanın genel işlem şartlarına dayalı olarak girmişse, genel işlem şartlarını incelerken gördüğümüz gibi, ayrıca kamu düzenine aykırılığa veya tüketici kredilerinde Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerine dayanmak imkanı da vardır. Söz konusu olan hükümsüzlük, hiç kuşkusuz BK. m. 20/II anlamında bir kısmi hükümsüzlük-tür.

kullanımı denetiminde, geçerli olarak doğmuş olan bir hakkın belirli bir şekilde ileri sürülmesi, doğurduğu hakkaniyete aykırı sonuçlar nedeniyle engellenmektedir".

121) **Baumann**, Zürcher Kommentar, Einleitung, I. Teilband Zürich 1998, Art. 2 ZGB, N. 49, 91; **Zufferey-Werro**, not 7'de age, N. 727-729; **Akyol**, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. bası, İstanbul 2006, s. 14; BGE 115.II.236). Bu yazarlardan **Zufferey-Werro**, açıkça, MK. 2/I'e (dürüstlük kuralına) veya MK. 2/II'ye (hakkın kötüye kullanılması yasağına) aykırı düştüğü gerekçesi ile hiçbir zaman bir sözleşmenin kesin hükümsüz sayılamayacağını, zira bu hükümlerin tarafların sözleşme içeriğini diledikleri gibi belirleme hususundaki özerkliklerini sınırlayıcı bir nitelik taşımadığını belirtmekte; **Akyol** ise, "ahlaka aykırılığın" sözleşmenin içeriğini kontrol amacı güttüğünü kaydettikten sonra aynen şöyle devam etmektedir: "Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralları ise, sözleşmenin kuruluşunda onun muhtevasını denetlemek gibi bir fonksiyon ifa etmezler. Onlar bu denetimden geçmiş ve geçerli bir sözleşmenin taraflarından herbirinin hakkını kullanırken veya borcunu ifa ederken nasıl olması gerektiğini belirler". -Diğer taraftan Yargıtayın anılan kararlarının bir çoğunda kullandığı "Artan faiz oranlarının bankaca kredi borcuna uygulanmasına olanak sağlayan sözleşme hükmü tarafların serbest iradeleri ile oluşturulduğundan BK.m. 19. ve 20. maddelerine aykırılık teşkil etmeyeceği kuşkusuzdur" yolundaki ifade isabetli olmaktan uzaktır. Zira, "hukuka aykırılık", "kamu düzenine aykırılık", "ahlaka aykırılık", "kişilik haklarına aykırılık", "imkansızlık" gibi sebeplerle geçersiz sayılan sözleşmeler, hep tarafların serbest iradeleri ile oluşturulmuş sözleşmelerdir.

I 22) Sözleşme içeriğinin denetlenmesiyle, bu içeriğe dayalı olarak geçerli olarak elde edilmiş hakkın kullanılmasının denetlenmesi ayırımına yerinde olarak işaret eden **Yalçın** (Banka Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Geçerliliği, Ankara 2006, s. 54 vd., 81-82, 95-96), sonuç olarak, banka kredi sözleşmelerinde içerik denetimini de MK. m. 2/11 hükmüne bırakmakla açık bir yanılgıya düşmektedir. Aynı yazarın, ahlaka aykırılık görüşüne yönelttiği eleştirilerde kredi sözleşmelerine uymayan "kelepçeleme sözleşmesi" gibi yanlış bir ahlaka aykırılık modeline dayanması, bu eleştirileri de dayanaksız hale getirmektedir (Esas alınması gereken ahlaka aykırılık modeli için bkz. yukarıda N. 47).

Mesele "tüketici kredileri" açısından ele ulındığı vakii, TKJIK. m. 10/1, c. 3 "Taraflar arasında akdrılcn sözleşmede öügiin"ileu kredi şartları, sözleşme süresi içerisinde tüketici aleyhine değıştiri/emc.z" demektedir. Bu konunun, 2003 yılında 4822 snyıılı kanunla değışikliğe uğramasından önce de aynı nitelikte bir hüküm m. 10'da yer ulıyor ve bunu dayanarak öğretilde bu hüküm karşısında banknlunn İlkctiei krediJcrinde bir taraflı olarak faiz artırımına gıtmesine imkfin kalınıldığı kabul ediliyordu¹¹¹¹. 4822 sayılı kanunla yapılan değışiklik sonuca kwmnıı eklenen m. 10/A, 3. fıkrasında **kredi** kartı sözleşmeleriyle ilgili bir istisna öngören şu hükmii içeriıyor:

"Kredi veren faiz artırımıı ouuz güü öücedeu tüketiciye bildirmek zorındadır. Kredi wren tarafından artırıl/aufaiz oram geriye dönük olarak uygulanamaz. Tüketici hildirim ıarılıindeu itibaren e11geç altmış güü içiude tüm borcu ödeyip kredi kullanmaya son verdiğı takdirde faiz artışmdan etkilenmez".

Şurasını ekleyelim ki, benzer bir hükme 5464 sayılı Banka Karılan ve Kredi Karttan Kanunu m. 25'de de rastlanıyor^{122b} _

Daha önce gördüğümüz gibi, 4822 sayılı kanunla yapılan değışikJiğın en önemli sonuçlarından biri, TKHK. m. 6 ile getirilen ve tüketicileri tüketici sözleşmelerinde yer alan "haksız şartlara" karşı koruyan düzeolemedir^{122c}. Bu düzenleme karşısında tüketici kredisi sözleşmelerine karşı harekete geçecek tüketici, "ahlaka aykırılı.k" butlanını öne sürmek zorunluluğu bulunmaksızın, ihtilafı (adı geçen kamında konuya ilişkin ayn ve özel bir düzenleme bulunmadıkça) "haksız şart" denetimi çerçevesinde çözüme bağlatmak imkanını elde etmiştir.

Yine daha önce gördük ki, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğın sonuna eklenen bir liste, belli başlı haksız şart örneklerini saymaktadır^{122d}. Hiç kuşkusuz bir Yönetmelik ek.inde yer alan bu gibi örneklerin kanunun emredici-yasaklayıcı hükümlerini değıştirmesi söz konusu olamaz. Oysa bu listede yer alan aşağıdaki örnek ile (Ek. b/2), sözleşme süresi içinde Jcredi şartlarının tüketici aleyhine değıştirilmesini yasaklayan TKHK. m. 10/1, c. 3 hükmünün nasıl bağdaştırılabileceğı ister istemez büyük soru işaretlerine yol açmaktadır. Gerçekten anılan örnek, Ek a/10'da öngörülen örneğe bir istisna getirerek, haklı sebeplerin varlığı halinde finans hizmeti ifa edenlerce (bankalarca) faiz oranlarının bir taraflı olarak değıştirilmesine izin veren sözleşme şartlarını geçerli saymaktadır, yeter ki bu durumdan tüketiciyi derhal haberdar etme yükümlülüğü bulunsun ve tüketiciye sözleşmeyi derhal feshetme hakkı tanınmış olsun.

3. Ahlaka Aykırılığın-T-aFafların-Davranışlar+-İle-Değil Hukuki Düzenleme İle İlgili-Bulunması

Bir hukukı işlemin (.özellikle .sözleşmenin) ahlaka-aykırı olduğundan sı söz açıldığı-zamı! 11, "ahlaka Y..lgrılık" .9amgaş1, (BK. _ın_ 41Lieden _f.arklı olr) taraflaD-D danı:amışlarına değil..oolann meydana getirdiğı hukukı işleme \sözleşmeye)_bir bşka deyimle..ger-yelcleştirilen h'ükflkfcliiz(!Tl/emeye . Ne var ki, yukarıda gördüğümüz gibi, yerine göre, bu hukukı

122a) **Battal**, not 119'da age, s. 247; **Akipek**, Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Ankara 1999, s. 282-283).

122b) Bkz. **Aslan**, 3. bası, s. 416.

122c) Bkz. yukarıdaş 23, N. 25 vd.

122d) Bkz. yukarıdaş 23, N. 36.

123) **Flume**, § 18, 2, a, s. 368; § 18, 3, s. 373; **Medicus**, AT, N. 685. -**Medicus** tarafından anılan bir Alman Federal Mahkemesi kararında bu husus şöyle ifade edilmiştir: "BGB

düzenlemenin doğru biçimde değerlendirilmesi ve onun gerçek yüzünün anlaşılabilmesi için, bahis konusu düzenlemeye ne yola ve nasıl ulaşıldığını ara., nnak ve sözleşme içeriği ile doğrudan doğruya ve soooo içinde oaglanıl bütün-llat ve şartları göz önünde tutmak imkanı sak laır, zira bu nal ve şartlar sözleşme içeriğinin (geriye dönük) bir çeşit uzantısı sayılabilir¹²⁵. Huraya Kacıar söylenenlerin doğal bir sonucu olarak, sözleşmenin ciliTafu-ayl...-irısayıTiiiası için. tara[layı:n alı(ôka gykırılığm,llu-lfl.naa olmala- nna. bir başka deyimle. ahlakaaykırılık bilincine sahip bulunma/arma gere: yolu--ur¹²⁵. Buna karşı, onların, ahlaka aykırılığa yol açan olguları (vakıaları) bilmeleri gerekir¹²⁶. Örneğin, bir gazete yazarın belirli l:>ir konda kendi talimatına uygun yazılar yazması için para verecek olan A'nın, bu, 2arayı B'den öaüniç olarak alması-h?linde; B'nin, ödünç sözleşmesinin bir gazete yazarını "satın almak" için yapıldığını bilmesi ve bu maksadı (örtülü biçimde de olsa) benimsemesi yeterlidir. Onun, bir gazeteciye para ile her istenileni yazdırmaamacının ödünç sözleşmesinin hukuken ahlaka aykırı sayılması sonucunu doğuracağını bilmemesi, bu sözleşmeyi ahlaka aykırılık sebebiyle geçersiz olmaktan kurtarmaz. Bu örnekte aynı şey A için de geçerlidir. Bu açıklamaların ışığında, ahlaka aykırılık, tarafların davranışlarına değil, yaptıkları sözleşmeye vurulan bir damga olduğuna göre, bir sözleşmenin ahlaka aykırı olduğunu ileri sürmek, hiçbir şekilde sözleşmeyi yapan tarafları ahlaka aykırı davranmakla suçlamak anlamını da taşımaz.

§ 138 çerçevesinde, bir kimsenin davranışlarının değerlendirilmesi ve ahlaka aykırı hareket tarzı sebebiyle yaptırım (müeyyide) uygulanması söz konusu olmayıp, bahis konusu olan sadece bir hukuki' işlemin ahlaka aykırılığıdır".

124) Bkz. yukanda N. 47.

125) "· **Tuhr/Peter**, § 31, V, I, s. 256; **Medicus**, AT, N. 689; **Palandt/Hcinricbs**, 64.A., § 138, N. 8. Yargıtay da bu görüştedir. Yargıtay 4. HD.nin 5.7.1971 tarih, E. 4049, K. 6649 sayılı kararına göre "Bir sözleşmenin ahlaka veya hukuka aykırı olup olmadığının taraflarca bilinip bilinmemesinin sonuca etkisi yoktur". (**Karabasan**, TBH, GH 1992, cilt 2, s. 324). Bunun gibi, Yargıtay 11. HD.nin 15.1.1976 tarih ve E. 4887, K. 4912 sayılı kararında şu ifadeye rastlanmaktadır: "Esasen borç doğuran eylemin ahlaka aykırılığını tarafların bilmemeleri... halkın dürüst ve makul düşünen çoğunluğu tarafından ahlaka aykırılığı kabul edilen işlemin nitelik ve etkinliğini değiştirmez" (**Karabasan**, TBH, GH 1992, cilt 2, s. 335). Öğretide yerinde olarak belirtildiği gibi, bu görüş esas alınmasaydı, bazı ahlaka aykırı işlemleri, sırf taraflar ahlaka aykırılık bilincinden yoksun diye geçerli saymak gibi kabul edilemez bir sonuca ulaşılabilecekti.

126) Şu var ki, "bilmeyi" ispat etmenin ne kadar zor olacağını dikkate alan Alman Federal Mahkemesi ve Alman öğretisi, bilinçli olarak bu olguları öğrenmekten kaçınan veya ağır ihmali sonucu söz konusu olguları öğrenmemiş olan kişiler açısından da "bilme" şartının gerçekleşmiş sayılacağını kabul etmektedir (Bkz. **Larenz/Wolf**, § 41, N. 27; **Köhler**, § 20, N. 23; **Jauernig**, § 138, N. 11). Taraflardan biri, güçlü konumuna dayanarak, daha zayıf durumdaki karşı tarafa, kendisine aşırı yararlar sağlayan fakat diğer tarafı ezen hükümleri kabul ettirmişse, "bilme" şartı sadece bu hükümleri empoze eden güçlü taraf için söz konusu olacaktır (Bu konuda bkz. **Larenz/Wolf**, § 41, N. 28).

4. Kişilik Hnkları-ına Aykırı Sözleşmeleri Yasaklayan MK. m. 23 ile Ahlaka Aykırılık Butlanını Düzenleyen DK. m. 20 Arasındaki İlişki

Kişilik haklarını üçüncü kişilerden gelecek hukuka aykırı saldırılara karşı korunduğu ifade edildiği Ü?; re kişileri "vaz Jn..ç ve aşırı sınırlamaya kaışh koruyan hüküm-1eİsevk etmektedir...Bw;ada ö. id iler.Ls.iltiil<môî r görüşe go :Jı⁷ kişinin bizzat kendisine kar ı korunması söz konusudur. Bu görüş e-leştiriliniş ve . m. 3'de öngörülen hallerde dahi, kişinin keİdisineaeğı , yine aşkatarından gelecek saldırılara karşı korunduğu söylenmiştir. Şu farkla ki, MK. m. 23'de düzenlenen olgularda kişi, (MK. m. 24-25'de düzenlenen olgudan farklı olarak) üçüncü kişilerin haksız fiil oluşturan (şu halde korunanın rızası olnlaksızın gerçekleşen) eylemlerine değil, kendi rızası ile yaptığı sözleşmeler vasıtasıyla kaynağını sözleşmenin karşı tarafında bulan bir saldırıya karşı himaye edilmektedir¹²⁸.

MK. m. 23'ün 1. fıkrasında yer alan hükme göre "Kimse, hak v.e. ilil eh-liyetlerinden kısmen de ols .q azge emez". Öğr tid t>!!J:!!iJw.1 ün Js padir -~ allerde uygulama alanı bulduğu hususunda görüş birliği vardır: . Onun için;Dız-,MK. m."23"ü:tı 1 . fıkrasını Oir yana bira.-ux lam?? büyük önem taşıyan 2. fıkrasını esas almak sur.etiy;le açıklam.alan-m.ızı sürdüreceğiZ:-Bu fıkra göre "Kimse özgür.lüklev:ii;iden.Y. az v..evp.PJJ.Jarı hukuka ya da ahlaka aylan olarak sınJrlay q,maz". Derhal belirtelim ki, bu i.ikümde "hukuka aykırı" sınırlamaların ayrıca anılması maddeye bir şey katmayan basit bir açıklayıcı beyandır veya bir başka anlatımla, bu sınırlamayayı öngören ve kanunda yer alan özel hükümlere yapılmış bir yollamadan ibarettir. Zira, kanunun başka bir maddesinde özgürlüğün sınırlandırılması yasaklanmışsa, o hükmün (yoksa MK. m. 23/II'nin değil) uygulanacağı ve MK. m. 23/II'ye başvurma ihtiyacı olmayacağı açıktır¹³⁰. Buna karşı, "öz-

127) Örnek olarak bkz. **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, s. 96.

128) **Grossen**, La protection de la personnalite en droit prive, ZSR, N.F. 79, 1960/3, s. 19a-20a; **Tandoğan**, Şahsiyetin akit dışı ihlallere karşı korunmasının işleyiş tarzı ve basın yoluyla olan ihlallere karşı özel hayatın korunması, AÜHFD, cilt XX, 1963/1-4, s. 5; **Tercier**, Le nouveau droit de la personnalite, Zürich 1984, N. 143. Bu konudaki görüş ayrılığının sadece teorik bir değer taşıdığı hakkında bkz. **Arpacı**, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), 2. bası, İstanbul 2000, s. 143-144.

129) Örnek olarak bkz. **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 658; **Huguenin Jacobs**, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I. Basel 1996, Art. 27, N. 7; **Tekinay**, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6. bası, İstanbul 1992, s. 253.

130) **Bucher**, Berner Kommentar, Bd. 1/2, Die natürlichen Personen, Bern 1993, Art. 27 ZGB, N. 270; **Brückner**, Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000, s. 231, not 211; **Tekinay**, not 129'da age, s. 253-254. Hukuka aykırı sınırlamaya ilişkin olarak sık sık anılan örnek BK. m. 343'de yer alan hükmüdür. Buna göre, bir hizmet sözleşmesi bir

gürlükten vazgeçme" ve özellikle özgürlüklerin "ahlaka aykırı olarak sınırlandırılması" ihtimalleri uygulamada büyük önem taşımaktadır. Bu sebeple, aşağıda MK. m. 23 ile BK. m. 20 arasındaki ilişkiyi, sadece MK. m. 23ff'i'yi esas alarak ve MK. m. 23/II'de sözü edilen "hukuka aykırı sınırlamayı" bir yana bırakarak inceliyoruz.

- 54 MK. m. 23/II hükmü "özgürlüklerden vazgeçme" ve "özgürlüklerin ahlaka aykırı olarak sınırlandırılması" arasında bir ayrım yapmaktadır. Buna göre, birinci halde *mutlak (kesin)* bir bağlanma yasağı vardır. İkinci halde ise, ilke olarak bağlılık altına girmek yasak olmamakla birlikte, bu bağlılığın ahlaka aykırı sayılabilecek ölçüde *aşırı* olmasına izin verilmemiştir. Maddenin üst kenar başlığı, (eski ve yeni Medeni Kanunlarda) "Kişiliğin Korunması" (eski metinde "Şahsiyetin Himayesi") biçiminde geniş kapsamlı bir ifade kullandığı halde, MK. m. 23ff'i hükmünün uygulama alanı, bir başka deyimle bu hükmün kapsamına giren kişilik değer ve varlıkları bakımından İsviçre ve Türk öğretilerinin farklı anlayışları benimsedikleri görülüyor. Bu hükme çok dar bir anlayışla yaklaşan Türk öğretisi, genellikle MK. m. 23/II'yi dar anlamda "özgürlükler" ile ilgili görüyor ve bu kavramın dışında kalıp da kişilik hakları içinde yer alan, örneğin kişinin manevi alanı, beden bütünlüğü, özel hayat gibi kişilik değerleri söz konusu olduğu zaman artık :MK. m. 23ff'i'nin değil, (çok yanlış bir çeviri sonucu "şahsi hükümlere müteallik haklar"dan söz açan) BK. m. 19/II'nin kişilik haklarına aykırı sözleşmeleri yasaklayan hükmünün uygulanacağını, bu bakımdan BK. m. 19/II'ünün MK. m. 23/II'yi tamamladığını kabul ediyor¹³¹. Biz bu görüşe katılmak imkanını göremiyoruz. Bir defa, MK. m. 23 (İsviçre MK. m. 27) hükmüne İsviçre'de, yerinde olarak, çok daha geniş bir anlam veriliyor ve kişinin *karar verme özgürlüğünü* mutlaka muhafaza etmesi ve hukuken (yerine göre) "hiç" veya "belirli bir sınırın ötesinde" taahhüt altına girmemesi gereken alanlarda önceden kendisini bağlaması, MK. m. 23/II anlamında özgürlükten vazgeçme veya özgürlüğün aşım biçimde sınırlandırılması kapsamına alınıyor. Şu halde, MK. m. 23/II *gerçekte, kişilik haklarının kapsamına giren "tüm kişilik değerlerine" ilişkin olarak, karar*

tarafın yaşadığı süre yahut on yıldan fazlası için yapılmışsa, işçi, on yıl geçtikten sonra sözleşmeyi bir aylık bir ihbar süresine uymak suretiyle, herhangi bir tazminat ödemek-sizin, her zaman feshedebilir. Bunun gibi, nişanlıların mutlaka birbirleriyle evlenecek-leri yolunda yaptığı taahhütler, "Nişanlılık, evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermez" diyen MK. m. 119/1 uyarınca hukukî bir değer taşımaz (Bu konudaki örnekler için bkz. **Akipek/Akıntürk**, Türk Medeni Hukuku, Birinci cilt, Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku, 5. bası, İstanbul 2004, s. 396; **Riemer**, Personenrecht des ZGB, Bem 1995, § 13, N. 313 vd.).

- 131) **Dural/Ögüz**, Türk Özel Hukuku, cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2004, s. 135; **Tekinay**, not 129'da age, s. 255-256; **Arpacı**, not 128'de age, s. 143, 147; **Oğuzman/Seliçi/Oktay**, Kişiler Hukuku, 7. baskı, İstanbul 2002, s. 131.

*rerme serbestisinden (özgürlüğünden) vazgeçilmesini yahut bu konuda alı/aka aykırı sayılabilecek ölçüde aşırı bağıllık alıma girilmesini yasaklayan bir lüki"im niteliğini taşıyor*¹³². Bu hükmü, sadece ..dar anlamda özgürlüklerle" ilgili sayan ve diğer kişilik değerlerinin korunması için BK. m. 19/II hükmüne başvuran görüş şu bakımdan da kabul edilemez gözüküyor ki, MK. m. 23'ü takip eden ve kişilik haklarını, (kişinin kendi kendisini sınırlaması söz konusu olmaksızın) dışarıdan (üçüncü kişilerden) gelecek saldırılara karşı koruyan MK. m. 24-25 hükümlerinin tüm kişilik değerlerini koruyan bir hüküm olduğu hususunda görüş birliği bulunuyor. Bir kanunun kişilik haklarını üçüncü kişilere karşı korurken tüm kişilik değerlerini koruma kapsamına alması, buna karşı kişinin kendi iradesi ile kişilik haklarından tamamen veya kısmen vazgeçmesi söz konusu olduğunda, sadece kişilik değerlerinin ufak bir bölümünün koruma altına alınması ile yetinmesi herhalde bir kamın koyucudan beklenebilir makul bir davranış olarak karşımıza çıkmıyor. Diğer taraftan, meseleye BK. m. 19/11 açısından baktığımız vakit, bu hükmün sadece yorumlayıcı bir fonksiyona sahip bulunduğu, yani münhasıran bir kamın hükmünün ne vakit emredici sayılacağıının bulunmasına hizmet ettiği görüşü¹³³ çerçevesinde, bundan, MK. m. 23/II'de bulunduğu (yerinde olmaksızın) iddia edilen eksikliği tamamJamak üzere yararlanılmasına esasen imkan bulunmuyor. Hakim görüş ile birlikte, BK. m. 19/II'nin sözleşme serbestisine sınır çizen bir hüküm olarak ele alınması halinde ise, bu hükümde kişilik haklarından söz açılması, ister istemez, *MK. m. 23'de tüm kişilik değerleri için öngörölmüş sınırlamalara yapılmış bir yollama* olarak değerlendirilmek gerekiyor¹³⁴. Bu açıklamaların ışığında, öğretide verilen bir karı kocanın cinsel ilişkilerinin filme alınıp kamuya sunulmasına para karşılığı izin vermeleri ömeğini¹³⁵ incelediğimiz vakit varılacak sonuç şu oluyor: Böyle bir sözleşme ile eşler, *filme alınıp gösterime sokulmasına izin verdikleri konuda, özel hayatlarının gizli fiğine ilişkin karar verme özgürlüklerinden, hukuken bağlanmak suretiyle kendi kendilerini tamamen yoksun bırakmış olduklarından*, MK. m. 23/II'de sözü edilen "özgürlükten vazgeçme" şartı gerçekleşmiş bulunmaktadır. Böyle bir taahhüdün hukuken geçersiz sayılması için BK. m. 19/II hükmüne başvurmayla

132) **Thevenaz**, La protection contre soi-meme, Etude de l'article 27 alinea 2 CC, Beme 1997, N. 69-70; **Zufferey-Werro**, not 7'de age, N. 619, 634; **Egger**, Zürcher Kommentar, I. Band: Einleitung und Personenrecht, 2. A., Zürich 1930, Art. 27, N. 27; **Huguenin**, Basler Komm., Art. 19-20, N. 44; **Jiggi**, Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, ZSR 79 (1960), s. 198a vd., 261a. -Türk öğretisinde aynı doğrultuda: **Zevkliler/Acarbey/Gökyayla**, Medeni Hukuk, Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, 6. Baskı, Ankara 1999, s. 482.

133) Bkz. yukarıda N. 6.

134) Özellikle bkz. **Zufferey-Werro**, not 7'de age, N. 337, 630, 640; **Koller**, I, N. 929; **Thevenaz**, not 132'de age, N. 195.

135) **Arpacı**, not 128'de age, s. 147.

hiçbir şekilde gerek yoktur. Bu da gösteriyor ki, çok defa rastlanan bir eğilimin tersine, özgürlük"ten vazgeçmiş sayılmak için mutlaka bir kölelik sözleşmesinin yapılması zorunlu değildir.

- 55 MK. m. 23 hükmünün en büyük özelliği bir yandan bazı yasaklar getirirken, bu yasaklara aykırı davranış halinde *hukuki yaptırımın* ne olacağını belirtmemiş olmasıdır. Bu belirsizlik, öğretide ve İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında çok değişik görüşlerin ortaya atılmasına yol açmıştır. Bunları üç kategoride toplamak imkanı vardır:

- *Birinci görüş*, klasik diye ifade edebileceğimiz görüştür. Bu düşüncede olanlar, MK. m. 23/II'nin öngördüğü yasaklama için herhangi bir yaptırımın içermemesinden hareket ederek, bunu sadece BK. m. 20'ye (çoğunluğun fikrinde oradaki "ahlaka aykırılık" kavramına) yollama yapan bir hüküm olarak görüyorlar. Ne var ki, MK. m. 23/II'ye aykırılığın yaptırımını BK. m. 20/I çerçevesinde *kesin hükümsüzlük (butlan)* olarak gören bu düşünce, gereğinde özgürlük sınırlamasındaki aşırılık giderilmek suretiyle kısmi hükümsüzlüğe de (BK. m. 20/II) izin veriyor¹³⁶.

- 56 - *İkinci görüş*, İsviçre'de *Bucher*¹³⁷ tarafından ortaya atılmış ve büyük yankı uyandırarak tartışmalara yol açmıştır. Bu görüşün ana hatları şöyledir:

= *Bucher*, işe çok önemli bir tespit ile başlıyor: Ona göre, MK. m. 23ff'de öngörülen ve "özgürlüklerden vazgeçmeye" yahut "özgürlüklerin ahlaka aykırı biçimde aşırı biçimde sınırlandırılmasına" yönelik düzenleme ile, BK. m. 20/I'deki ahlaka aykırılık butlanı arasında yapısal bir fark vardır. İkinci halde (BK. m. 20'de) sözleşmenin *konusu* ahlaka aykırıdır, bu yüzden BK. m. 20'nin bahsettiği koruma, *içeriği* dolayısıyla hukuk ve ahlak düzenine ters düşen sözleşmelere karşıdır. Oysa, birinci ihtimalde (MK. m. 23ff'de) sözleşme, içeriği dolayısı ile değil, fakat taraflardan birine *"tamamen serbest karar verme yetkisini muhafaza etmesi gereken bir alanda yüklediği bağlılık"* veya *"aşırı bağlılık"* sebebiyle kişilik haklarına aykırı sayılmaktadır. Şu halde, MK. m. 23/II'nin konusuna giren sözleşmeler, BK.

136) Özellikle bkz. **v. Tubr/Peter**, § 31, V, 2-3, s. 258-259, 261-262; **Zufferey**, Les contrats du sport professionnel face aux bonnes moeurs, SJZ 86 (1990), s. J 17, not 33. Yakın zamanlara kadar bu görüşü benimseyen Federal Mahkeme kararlarına örnek olarak bkz. BGE 84.11.355; 106.11.369.

137) **Bucher**, Art. 27 2GB, N. 2, 126 vd., 162 vd., 295 vd., 523 vd.; **Bucher**, AT, s. 259 vd., özellikle s. 265 vd.; **Bucher**, Fürmehr Aktionendenken, AcP 186 (1986), s. 24 vd. Öğretide tamamen veya geniş ölçüde *Bucher*'in görüşlerini paylaşan yazarlara örnek olarak bkz. **Brückner**, not 130'da age, N. 905 vd.; **Deschenaux/Steinauer**, Personnes physiques et tutelle, 4 ed., Beme 2001, N. 305-306, 308a; **Koller**, I, N. 972 vd. Ayrıca bkz. **Zufferey-Werro**, not 7'de age, N. 634. **-Bucher'in** görüşünün açıklanması ve eleştirilmesi için bkz. **Thevenaz**, not 132'de age, N. 152 vd.

= Borçlunun ahlaka aykırı düşecek ölçüde *aşırı bağlılık* altına girdiği sözleşmelerde ise, bu görüşe göre, sözleşme geçerli olup herhangi bir hükümsüzlük söz konusu değildir. Sadece, borçlu, dilerse aşırılığın gerçekleştiği andan itibaren, kendisine tanınacak bir *fesih* (*bozma*, *Kündigung*) hakkını kullanarak, bu sözleşme ilişkisinden ileriye doğru (*ex nunc*) kurtulabilecektir¹⁴⁰. Fesih hakkının yerinde olup olmadığı incelenirken, (BK. m. 20/I uyarınca kesin hükümsüzlük yaptırımını öngören görüşlerin tersine) *sözleşmenin yapıldığı andaki*. değil, fakat *fesih beyanının yapıldığı* (*Bucher'e* göre ihtilafın çıktığı veya mahkemenin hükmünü vereceği) *andaki* hal ve şartlar incelenerek bir aşırılığın bulunup bulunmadığına bakılacaktır. Geçerli olan böyle bir sözleşmede fesih hakkını kullanıp kullanmamak tamamen borçlunun iradesine bırakılmış olduğundan, hakimin re'sen (kendiliğinden) duruma müdahale etmesi mümkün değildir.

- 57 - Üçüncü görüş , hal.eIIIs'iiçi: 2deki yeni öğretide çoğunluk tarafından benimsenen görüştür ve klasik kesin hükümsüzlük görüşünü (birinci görüş), ikinci görüş çerçevesinde yapılan eleştirileri göz önünde tutarak bazı rötuşlarla ayakta tutmaktadır. Bu görüşe göre, MK. m. 23ff hükmüne ters düşen sözleşmeler BK. m. 20/I'e göre kesin hükümsüz olmakla birlikte, MK. m. 23'ün kişilik hakları çiğnenen tarafı koruyucu amacı göz önünde tutulmalı ve hükümsüzlük anılan amaç çerçevesinde sınırlandırılarak uygulanmalıdır. Şu halde, *sadece kişilik haklarını zedeleyen bir bağlılık altına giren taraf hükümsüzlüğe dayanabilmeli, o geçersizlik iddiasında bulun-*

küm.süzlük tipi, bizzat Türk kamın koyucusu tarafından da benimsenmiş gözükmemektedir. Gerçekten, MK. m. 23/III hükmüne göre "Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddf ve manevf tazminat isteminde bulunulamaz".

- 140) Fesih beyanı karşı tarafa ulaşınca derhal sonuç doğurmayacak ve ancak diğer tarafın yeni duruma göre kendini ayarlayabilmesini sağlayan uygun bir süre geçtikten sonra etkili olacaktır. Şu noktayı ekleyelim ki, öğretide, aşırı bağlılık doğuran sözleşmelerde, yaptırımın kişilik hakkı korunan tarafa sözleşmeden sıyrılması için tanınan bir fesih hakkından ibaret olduğu görüşünün sadece "süre" unsurunda bir aşırılık halinde işlerlik kazanabileceği, bunun dışında kalan aşırılık hallerinde ister istemez kısmi hükümsüzlük kavramına başvurmak gerekeceği ileri sürülmüştür (**Descbe-naux/Steinauer**, not 137'de age, N. 310). Bir başka eleştiri şöyledir: Aşırı bağlılık altına girdiği için kişilik hakları ihlal edilen kişi öldüğü veya ayırt etme (temyiz) gücünü sonradan kaybettiği zaman fesih hakkının kullanılması mümkün olabilecek midir? Olabilecekse bu hakkı kim kullanacaktır? (Bkz. not 132'de anılan **Thevenaz**). Bu soruların, hiç değilse ölüm hali için, konuya ilişkin son kararında (bkz. N. 59) Federal Mahkeme tarafından nasıl cevaplandırıldığını aşağıda ayrıca inceliyoruz. Federal Mahkeme'nin, **Bucher'in** görüşüne uygun biçimde, MK. m. 23ff'ye ters düşen aşırı süre geçtikten sonra, kişilik hakkı ihlal edilen tarafa bir fesih (bozma) hakkı tanıyan önceki karar için bkz. BGE 114.II.159.

madıkça. diğer taraf111 sö:zleşme111/ükiimsii.zo/duğuuu ileri siirine. iue izin ,.crilmem<!lidir. Bunım gibi, liôkiuu de, kesin /u'iki'.imsiizliiğü sadece klşllik hakları karıman taraf/e/i11lc re .sen (göreviuden ötiirii) giiz üüüüule tutabilmt. 'lidir^{14n.1}. Derhal belirtelim ki, bu sonuçlar, hem "mutlak bñglılık" (özgür-lükten vazgeçme) yasağının söz konusu olduğu haller, hem de "ohlfiiku ay-kın biçimde aşırı bağıllık nltına girme" halleri için geçerliuir. Diğer taraf-tan. sadece aşırılığı törpülemekle yetinen kısmı hükümsüzlük yaptırımını da (BK. m. 20/1[]) hiç kuşkusuz saklıdır¹⁴¹.

BK. m. 20/1 'deki "kesin hükümsüzlük" kavramının, bu şekilde, özel hük.iim niteliğindeki MK. m. 23'ün amacı göz önün e ulunauru aral< ve bu amaca uygun bazı eğişı  r e eygularıinası, "esnek hükümsüzlük" anlayış^{14.2} çerçevesinde gerçekleşmektedir. Bu vesile ile belirtelim ki, kişilik haklarına aykırı sözleşmelere izin vermeyen MK. m. 23, gerçekte, geniş anlamda emredici hükümler kategorisine giren *bir* "yasaklayıcı hüküm"dür. Daha önce gördüğümüz gibi, yasaklayıcı kanun hükümlerine aykınlığın yaptırımını mutlaka BK. m. 20/1 gereği kesin hükümsüzlük olmayıp, bu hükümlerin anlam ve amacına göre hükümsüzlük dışında bir yaptırım da (ör-neğin bir ceza yaptırımını veya idarı yaptırımlar) olabilir¹⁴. İncelediğimiz meselede, bir adım daha atılmakta ve yasaklayıcı hükmün yaptırımının BK. m. 20/1 uyarınca kesin hükümsüzlük olduğu hallerde bile, özel hükmün anlam ve amacı gereği, klasik kesin hükümsüzlük yaptırımının sınırlandırılıp değişikliğe tabi tutularak uygulanması kabul edilmektedir¹⁴⁴. Biz de bu görüşe kahlıyoruz.

140a) Bu görüşün sonucu olarak, tehlikeli sahneler için angaje edilen dublör, bu sahnelerin çekimi tamamlandıktan sonra, ücret alacağını tahsil edebilmek için film yapımcısına karşı bir ifa davası açtığı vakit, davalı MK. m. 23fü ve BK. m. 20/1'e dayanarak bir geçersizlik iddiasında bulunamayacak; mahkeme de, davalı lehine olarak kesin hükümsüzlüğü re'sen dikkate alamayacaktır. Buna karşı, çok tehlikeli bulduğu bir sah-nede oynamaktan kaçınan dublör aleyhine ifa veya tazminat davası açıldığı takdirde, davalı geçersizliği ileri sürebilecek, onun böyle bir savunma yapmaması halinde mahkeme de, re'sen onun yararına sözleşmenin kesin hükümsüz olduğuna hükmede-bilecektir.

141) Bu görüşte olanlara örnek olarak bkz. **Kramer**, Art. 19-20, N. 209, 371 vd.; **Kramer**, Persönlichkeitsverletzung bei einem über Jahrzehnte immer wieder erneuerten Kaufrecht mit einem heute wirtschaftlich obsoleten Preisansatz, recht 2004/1, s. 3I (ya-zar, bu görüş çerçevesinde gerçekleşecek kesin hükümsüzlüğün ileriye doğru "ex nunc" etkili olacağını ileri sürüyor); **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 687; **Hürlimann**, not 105'de age, N. 188; **Huguenin**, Basler Komm., Art. 19-20, N. 55, 56; **KoUer**, I, N. 973 vd. (bazı noktalarda özel düşünceleri var); **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, s. 100. Ayrıca bkz. **Zufferey-Werro**, not 7'de age, N. 1672. -Bu görüşün eleştirilmesi için bkz. **Bucher**, Art. 27 ZGB, N. 572 vd.

142) Bkz. aşağıda § 43, N. 28.

143) Bkz. yukarıda N. 23 vd.

144) **Kramer**, Art. 19-20, N. 375.

SS Şimdi, sıra benimsediğimiz görüşle ilgili iki noktayı açıklığa kavuşturmaya gelmiş bulunuyor:

- MK. m. 23/II'nin uygulanacak yaptırım açısından yollama yaptığı BK. m. 20/1 çerçevesinde söz konusu olan (atipik) kesin hükümsüzlük, bir "hukuka aykırılık" hali mi, yoksa "ahlaka aykırılık" durumu mu oluşturur? Çoğunluğun fikrinde burada bir ahlaka aykırılık vardır¹⁴⁵. Azınlıkta olan görüşe göre ise hulafta aykırılık söz konusudur¹⁴⁶. Bizce, MK. m. 23/II'nin sadece bir gönderme fonksiyonuna sahip bulunduğu ve bu hükmün bizzat kendisinin hukuka aykırılık oluşturacak biçimde çiğnenmesinin söz konusu olamayacağı yolundaki düşünce¹⁴⁷ inandırıcı olmaktan uzaktır. Bu sebeple biz, MK. m. 23/II'ye aykırı düşen sözleşmelerin, her şeyden önce hukuka aykırı olduğu, ancak bunun yanında, kişilik haklarını zedeleyecek biçimde bağıllık altına girilmesi, hem toplumda hakim olan ahlak anlayışına hem de Anayasanın temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümlerinin temelinde yatan etik değerlendirmelere aykırı düştüğü için, ahlaka aykırılığın da ek olarak gerçekleştiği görüşündeyiz¹⁴⁸.

- Üzerinde duracağımız ikinci nokta, ikinci görüş taraftarlarının yaptığı bir aynın ile ilgilidir. Onlara göre, sözleşmenin "içeriği (konusu)" dolayısı ile geçersiz sayılması ile, taraflardan birini hukuken kabul edilemeyecek biçimde "bağlaması" sonucu bir yaptırıma tabi tutulması farklı şeylerdir. cı a e, söz e menm BK. m. 20/1'de ön örölğ iği gibi, "içeriği" hukuka veya ahlak aylaır, l-olduğı için geçersiz sayılması söz konusu olamaz. Biz, bu görüş e Uıç değılse bu şekilde ifade edildiği raw ; a a-j atılamiyo z. Kişilik değerleri açısından mutlak bağıllık veya aşın bğl lık ratan bir hüküm hiç kuşkusuz sözleşme içeriğinin dışında kalmaz ve taraflarca yulu.enilen karşılıklı borçlara ilişkin düzenleme olarak sözleşmenin konusumr-dafül ohrr. Söylenilecek tek şey, kişilik haklarını zedeleyen hukulaıra v alflakaaykırı bu anla inanın -.2:01[liükünü çerçevesinde tabi olacağı hukulaımsüzlük rejimi açısından, (MK. m. 23/II'nin koruyucu amacı

145) Örnek olarak bkz. **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 656, 658; **Zufferey-Werro**, not 7'de age, N. 630 vd.

146) **Kramer**, Art. 19-20, N. 128, 208; **Eren**, 9. bası, s. 289.

147) Bkz. **Zufferey-Werro**, not 7'de age, N. 543.

148) İsviçre Hukukunda, MK. m. 23/11 çiğnendiği vakit hem hukuka hem de ahlaka aykırılığın bir arada gerçekleştiği görüşünde: **Keller/Schöbi**, s. 142, 144. Şu noktayı ekleyelim ki, ilke olarak hukuka aykırılık görüşünü kabul eden **Kramer** de, eserinin bir başka yerinde (Art. 19-20, N. 186) hukuka aykırılık yanında ahlaka aykırılığın da gerçekleşmiş sayılmasına yeşil ışık yakıyor. Türk öğretisinde bu görüşü benimseyen **Hatemi** (not 57'de age, s. 224, not 115) durumu şöyle açıklıyor: "Bu gibi sözleşmelerde, MK. m. 23/II dolayısı ile "ahlaka aykırılık" aynı zamanda "hukuka aykırılık" durumuna gelir. Nicelik bakımından belirli bir dereceye yükselen özgürlük kısıtlamaları, MK. m. 23/II dolayısı ile hukuka aykırı sayılır ve bu dereceyi de ahlak kuralları belirler."

göz önünde tutularak) sözleşmenin bunun dışındaki ixeri in.!. 1) 2.nran farklı J?!r şfnJÜYeintl1i . o ması.g ıgıclır',N⁹.

Son olarak İsviçre Federal Mnltkemesinin bu konu ile ilgili yeni görüşünü aı.;ıklodığı, 59 30.t 0.2002 truihli knım¹⁵⁰ üzerinde kısaco dunnnk istiyonuz. Yüksok Mnhkemc bu lrrn-rannda çok geniş ölçüde *Bucher* turafmdnn orlnyn ıtılmış bulwum ikinci görüşo uygun sonuçlara vannaktn ve "ohlşiko oyknlık" ile "kişilik huklurınn aykırılığı" ayn ayrı nnnn BK. m. 19/11hükümünden hareketle şöyle bir nymn yopmnktıdır:

- Sözleşme, kişilik haklarının hiçbir bağlılık kabul etmeyen kişiye sıkı surette bağlı özü ile ilgiliyse (bununla MK. m. 23/11'de sözü edilen "özgÜrlüklerden vazgeçme" ihtimali kastediliyor), BK. m. 20/1 nnlainıdu nhlll.kn aykırılık vardır ve kesin hükümsüzlük ynplırım (yerine göre sadece kısmi geçersizlik biçiminde) uygulanır. Komrda, buradaki kesin hükümsüzlüğe sadece kişilik hakları çığneden tırnfin dayanabileceğine ve mahkemenin de geçersizliği yalnız onun lehine olnrnk göz önünde rııabileceğine hiç değinilmemiştir.

- Buna karşı, sözleşme ile kişilik değerlerine ilişkin özgÜrlüklerden vazgeçilmemiş ve sadece "aşın bir bağlılık" altına girilmişse, durum farklıdır. Bu ihtimalde, sözleşme ile bağlanmak hukuken mümkündür, sadece bu bağlılığın aşın olması MK. m. 23ffı tarafından yasaklanmıştır. O halde bu durumda ahlaka aykırılık yoktur, BK.. m. 20/I uygulanmaz, sadece kişilik haklarının çığnemesi söz konusudur, ilgili kişi bu aşırılığa rağmen dilerse MK. m. 23/II'nin bahşettiği himayeden vazgeçip sözleşmeyi geçerli olarak ifa edebilir, karşı tarafın aşın bağlılığı ileri sürmesine de izin verilmez. şu var ki, MK. m. 23/II'nin koruyucu amacı çerçevesinde, aşın biçimde bağlanan kişi dilerse sözleşmeyi ifa etmekten kaçınma hakkına sahip olur¹⁵¹. Mesele BK. m. 20/1 hükmüne başvurulmaksızın sadece kişilik haklarını koruyan MK. m. 23/II hükmüne göre çözüme bağlandığı için, hakim duruma re'sen (görevinden ötürü) müdahale etmek imkanından yoksundur ve aşın bağlılık altına giren taraf sağlığında MK. m. 23/II'ye dayanarak bir talepte bulunmamışsa, onun mirasçılan MK. m. 23/II hükmüne dayanarak aşın bağlılık yaratan sözleşmeye karşı harekete geçemezler.

Biz, bu karara katılmıyor ve ayrıntılara girmeksizin sadece şu noktalan belirtmekle yetiniyoruz: Kararda, "özgÜrlüklerden vazgeçme" halinde ahlaka aykırılık sebebiyle BK. m. 20/I'deki kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulanabileceğinin kabul edilmesi, buna karşı "aşın bağlılık" halinde ahlaka aykırılıktan (dolayısı ile BK. m. 20/1 hükmünün uygulanmasından) söz edilemeyeceği sonucuna varılması isabetsizdir. Unutmamak gerekir ki, doğrudan doğruya MK. m. 23/II (İsviçre MK. m. 27/il) hükmü, aşın bağlılık halinin kabul edilebilmesi için sınırlamanın ahlaka aykırılık derecesine ulaşmasını aramaktadır. BK. m. 20/I'de yer alan ahlaka aykırılık ile, MK. m. 23/II'de yer alan ahlaka aykırılık kavranılan arasında bir fark yoktur. Her iki maddede de aynı kavrama yollama yapılmaktadır. O halde, kişilik değerlerinin ahlaka aykırı sayılacak aşırılıkta sınırlanmasında BK. m. 20/I hükmüne başvurulamayacağını, bu ihtimalde ahlaka aykırılık de-

149) K.řř. **Hatemi**, Kişiler Hukuku Dersleri, 2. bası, İstanbul 2001, § 8, N. 9. Tamamen metindeki açıklamalannuz gibi olmamakla beraber, yazar, dikkate değeri biçimde, sözleşmenin "dar anlamda" konusu ile, bağlı olduğu sürenin uzunluğu dolayısı ile hürriyetin izin verilemez ölçüde sınırlanması arasında bir aynın yapıyor ve (geniş anlamda konuya dahil olduğu ihsas edilen) ikinci halde kanun koyucunun butlandan başka bir müeyyide (yaptırım) öngörebileceğine işaret ediyor.

150) BGE 129.III.209, JdT 2003.1.623.

151) Aynca bkz. **Kramer**, recht 2004/1, s. 30.

ğil, sadece kişilik hakların ihlalinin söz konusu olduğunu ileri sürmek, buna karşı aynı maddenin aynı fıkrasında yer alan "özgürlüklerden vazgeçme" ihtimali için ahlaka ay-
lonluğu kabul edip çözümü BK. m. 20/I'de aramak, kabul edilebilir bir düşünce tarzı
olamaz. Bunun gibi, aşın sınırlama halinde mahkemenin, kişilik hakları zedelenen taraf
lehine bu hususu re'sen (görevinden ötürü) nazara alamayacağını kabul etmek de, MK.
m. 23m ile korunmak istenen tarafı, dava sırasında bu himayeden (hiç değilse kısmen)
yoksun bırakmak anlamını taşır ve MK. m. 23/II'nin koruyucu amacı ile bağdaşmaz.
Nihayet, sağlığında MK. m. 23/II'ye dayanmamış kişinin mirasçılarını, "burada ahlaka
aylonluk bulunmayıp, sadece kişilik haklarının çiğnenmesi söz konusudur; o halde,
kendisi itiraz etmeyen kişinin mirasçılan aşın bağlılık yaratan sözleşmeye karşı çıka-
mazlar" gerekçesi ile MK. m. 23/II hükmünün öngördüğü himayenin tamamen dışında
tutmak da başarılı bir çözüm sayılamaz. Oysa, bizim de katıldığımız görüş çerçevesin-
de, MK. m. 23/II kapsanuna giren "aşın (ahlaka aykırı) sınırlama", BK. m. 20/I uyarın-
ca "hukuka aykırılık" veya "ahlaka aykırılık" yahut (bizim yaptığımız gibi) bunlardan
her ikisi dolayısı ile sözleşmenin (benimsediğimiz görüş açısından "atipik" diye nitele-
nebilecek) kesin hükümsüzlüğüne yol açmıştır ve mirasçıların da bu geçersizliğe da-
yanmalarına bir engel yoktur.

- 60 Genellikle MK. m. 23/II'de öngörülen iki halden, "kişilik dğerleriyden
mutlak vazgeçme" değil, fakat bu değerlerin "ahlaka aykırı biçimde sınır-
laaniaS1'-" -daha çok karşımıza çıkarv-euygulama açısından büyük önem
taşıu.-Bunun en çarpıcı örneklerinden birisini ise "kelepçeleme" veya "kıs-
kıvrak bağlama" sözleşmeleri (*Kiebelungsverträge, contrats d'asse, isse-*
ment) oluşturur¹⁵². Federal Mahkemeye göre, borçlu bir başkasının canı
nasıl isterse o şekilde kullanabileceği iradesine teslim olmuş, ekonomik
özgürlüğünü ortadan kaldırmış veya giriştiği yükümlülükler onun ekono-
mik varlığının temellerini tehlikeye sokacak bir ölçüye ulaşmışsa, bu tip bir
sözleşme söz konusu olur¹⁵³. Öğride, bu konuda, (gerçek va tüz 19şi)
borçlunun, ekonomik varlığının yok olması tehlikesini yaratcak biçimde
atac-aklıhrtflcey ine aghluffılması, onun iradesiz j)i." Jeti haline gelmesi
gibi şartlar ar a vebusela e or lunun ekonomik faaliyet özgürlü-
ğünün felce uğratıı!<!§!1. alinde bir kele elell!.e veya kısıkvrak bağlama
sözleşmesinden söz edilmektedir¹⁵⁴. Federal Mahkemenin incelediği bir

152) Bu konuda, Türk Hukukunda, örneğin "cendere sözleşmeleri", "boğazlama sözleşmele-
ri", "köleleştirme sözleşmeleri" gibi çok değişik başka deyimler de kullanılmaktadır.
(Bkz. **Başpınar**, Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri, ABD 1999/1, s.
22).

153) BGE I 1 4.II.162; 111.II.337 -Bir Yargıtay karanna göre "Sözleşme serbestliğinin
sınırlanması, kural olarak borçluyu alacaklının iradesine bağlı kıldığı veya kapsa-
mı bakımından borçlunun iktisadi varlığını tehlikeye soktuğu takdirde aşın olur" (4.
HD., 12.3.1971, E. 12928, K. 3376, **Karabasan**, TBH, cilt 2, 1992, s. 342). Bir başka
kararda ise "bireylerin kişiliklerini ve ekonomik varlıklarının temellerini, ahlak anlayı-
şı ile bağdaşmayacak şekilde tehlikeye atan stnrlamalar "aşın sayılmış ve bu tip smır-
lamalan öngören sözleşmelerin hükümsüz olduğu sonucuna varılmıştır (HGK,
11.2.1976, E. 4-1088, K. 209, YKD 1976/9, s. 1269-1270).

154) **Sungurbey/Kaoeti**, Medeni Hukuk Sorunları, cilt 3, İstanbul 1976, s. 188-189; **Sun-**
gurbey, Medeni Hukuk Sorunları, cilt 5, İstanbul 1984, s. 621; **Larenz/Wolf**, § 41, N.

olayda, yirmi iki yaşındaki bir şarkıcı adayı genç kız, Zürih'te "Talent-Studio" adlı bir kuruluşu işleten ve gençlere şarkı ve sahne sanattan eğitimi veren bir hanımla, "Managements-Vertrag" (menajerlik sözleşmesi) olarak adlandırılmış bir sözleşme yapmıştı¹⁵⁵. Federal Mahkeme tarafından vekalet hükümlerine tabi tutulan bu sözleşme ile, karşı tarafça yıldız şarkıcı olarak yetiştirilmesine karşılık, yirmi iki yaşındaki kız (kazancının %40'ına ulaşabilen bir bölümünü menajer ücreti olarak ödeme yükümlülüğü yanında) çok ağır ve kapsamlı bağlılıklar altına girmişti. Örneğin, o, karşı tarafın rızasını almadan sahneye çıkmayacak, sanatsal faaliyetine ilişkin bir sözleşme imzalamayacak, diğer tarafın tüm talimatlarına uyacak, kendisine teklif edilen şarkıları kabul edecek, menajeri tarafından imzalanmış sözleşmeleri yerine getirecek, hatta özel hayatını dahi, menajeri ona ihtiyaç duyduğu zaman derhal isteneni yapabilecek biçimde düzenlemek zorunda olacaktı. O ayrıca, kendisine ulaşan teklifleri menajerine bildirmek, bunlarla ilgili olarak görüşme yapmaktan kaçınmak, bir günden fazla sürecek her çeşit seyahatini ve yeni adresini derhal menajerine haber vermekle yükümlü tutulmuştu. Federal Mahkeme tarafından, yerinde olarak, MK. m. 23/II'ye aykırı ve geçersiz sayılan bu sözleşmede, taraftar olduğumuz görüşe göre, menajer, şarkıcı adayını sözleşmeye dayanarak (örneğin yerine getirilmeyen bazı borçlar sebebiyle tazminat isteyerek) dava ettiği zaman, davalının kesin hükümsüzlüğe dayanması mümkün olabileceği gibi, mahkeme de kendiliğinden bunu göz önünde tutabilecektir. Oysa, şarkıcı adayı, geçersizlik iddiasında bulunmaksızın, sözleşmeden doğan borçlarını ifa etmeyen

34. -Federal Mahkemeye (BGE 114.II.162) ve öğretide hakim olan düşünceye göre (**Gaub/Schlupe/Schmid**, N. 663; **Hürlimann**, not 29'da age, N. 143; **Bucher**, AT, s. 262), bir sözleşmenin MK. m. 23ff'i anlamında aşın bir sınırlama getirip getirmediği araştırılırken, karşı tarafın sağladığı çıkarlar, özellikle ödenen bedel de dikkate alınmalıdır. Böylece uygun bir bedel ödenmesi suretiyle, diğer taraf için sözleşmede öngörülen sınırlamalardan dengelenmesi, dolayısı ile sözleşmenin geçerli sayılması imkanı doğmaktadır. Buna karşı, aslında yanlış olmayan bu bakış açısının çok dikkatli ve ihtiyatlı bir şekilde ele alınması öne sürülmüştür ki (**Belser**, not 31'de age, s. 435), bizce yerindedir. Aksi halde, bedelini ödemek suretiyle karşı tarafı esir alma ihtimali için kapılar aralanmış olur.

155) BGE 104.II.1 08. -Türk Hukukunda, "Managementsvertrag", İngilizce "management" sözcüğünün anlamına uygun olarak "yönetim sözleşmesi" olarak adlandırılmakta ve öğretide, sözleşmedeki asli edim borcu bir "işletmenin çalıştırılması" olmayıp bir başkasının işinin görülmesi ise, bu faaliyet bağımlı olmaksızın yürütülse bile, ortada bir yönetim sözleşmesi değil, alelade bir vekalet sözleşmesinin bulunduğu işaret edilmektedir (**Öz**, Yönetim-Management-Sözleşmesi, İstanbul 1997, s. 15. Bu sözleşme ile ilgili olarak ayrıca bkz. **Martinek**, Moderne Vertragstypen, Band II, München 1992, s. 276 vd.). Nitekim, Federal Mahkeme de, olaydaki sözleşmeye vekalet hükümlerini uygulamıştır. Biz de, bu hususu dikkate alarak, metinde "yönetim sözleşmesi" değil "menajerlik sözleşmesi" deyimini kullanmış bulunuyoruz. Federal Mahkemenin bu konudaki karar ile ilgili olarak ayrıca bkz. **Bübler**, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Teilband V 2f, Der Agenturvertrag, Zürich 2000, Art. 418a, N. 26-27.

menajere karşı bir ifa veya sözleşmeye dayalı tazminat davası açtığı takdirde durum farklı olacaktır. Bu ihtimalde, MK. m. 23/II'nin kişilik hakları tecavüze uğramış kişileri koruyucu amacı gereği, menajer sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri süremeyecek, mahkeme de bunu re'sen nazara almayacaktır.

- 61 Sonsuza dek sürecek ebedi sözleşmeler h-ör.e-ütün ve şart ar takdir edilerek aşırı ölçüde uzun süreli sa) -'ılan sözl-şmeleL.de bir -kelepçeteine-(Kisluvra ag amas)özfeşİnesioluşturabilir ve MK. m. --:231Jt'nin kapsamına-girebilir-. Burada dikkat edilecek-nokta şudur: Sözleşmeyi MK. m. 23/II'ye aykırı hale getiren husus başlı başına sürenin uzunluğu değil, bunun karşı tarafın ekonomik özgürlüğünü tehlikeye atan aşırı bir bağlılık yaratmasıdır¹⁵⁶. Bu gibi durumlarda, genellikle kısmi hükümsüzlük yaptırımı (BK. m. 20/11) uygulanacak ve sözleşme sadece aşırı bağlılığın başladığı andan ileriye doğru hükümsüz sayılacaktır.

Kısmi hükümsüzlük yaptırımının !!Luygulandığı bir-ola-d-orga- ca soile.şmenioJ<abuLed.ilebilir..sü:esinin-en fazla-yıFin-yıl-efabileceği sonucuna v-İlmış, buna karşı borçlu tarafından geçersizlik yirmi ikirici yılın sonu:da ileri sürülmüşse, son iki y2.lda karşılıklı olarak..y..enne getirilmiş e ırlenn ıadesi istenebilir.ıru? Bu sorunun cevabı olumsuzdur. Bir goruşe göre.ous.onuç: söniki yılda taraflararasında fiili bir boicılışkisinin gerçekleşmiş olması ile açıklanabilir¹⁵⁷. Bizce, sürekli borç ilişkilerinde geçersizliğin, ilke olarak, geriye yürümemesi esassından hareket etmek daha do-gru ur¹⁵⁸.

- 62 Alman Hukukunda sık sık rastlanan bir olay şudur: Yeterli gelir ve malvarlığından yoksun bazı aile bireyleri diğer bir aile mensubunun (genellikle eşin veya ana babanın) bankalara olan borçları için, herhangi bir çıkartan olmaksızın, sırf duygusal sebeplerden veya iş hayatına ilişkin tecrübesizliklerinden ötürü, kendi ekonomik durumları ile karşılaştındığı vakit ölçüsüz sayılabilecek yüksek tutarlara ulaşan kefalet taahhütleri altına girmektedir. Bu gibi kefalet sözleşmelerinin acıklı sonucu, ödeme gücü çok sınırlı olan kefillerin, alacaklı bankalara karşı, belki de ömürleri boyunca sürecek ödemeler yapmak rizikosuna altında olmasıdır. Hayat tecrübeleri, kefalet sözleşmelerinde, bu rizikonun gerçekleşme ihtimalinin çok yüksek olduğunu bize göstermektedir. Öğretide hayli tartışmalı olmasına rağmen, Alman mahkeme kararlarında benimsenen görüş, bu gibi kefalet sözleşmelerini (her olayın özel şartlarını da dikkate alarak) ahlaka aykırı ve kesin hükümsüz sayma yönündedir¹⁵⁹. Aynı çözüm bizim için de geçerli olabilir mi? BK. m.

156) Bkz. Engel, s. 288; Oğuzman/Seliçi/Oktay, Kişiler Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2002, s. 130-131; BGE 114.11.163.

157) Thevenaz, not 132'de age, s. 123.

158) Bkz. yukarıda § 8, N. 12, 13.

159) Bu konuda bkz. ve krş. Kocaman, Kefalet Hukukunda İrade Özgürlüğünün Sınırları, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XV, s. 105 vd.; Kocaman, Gelirden ve Malvarlığından Yoksun Aile Fertlerinin, Kredi Alan Eş veya Ebeveyn Lehine Akdettikleri Kefalet Sözleşmelerinin Ahlaka Aykırılığı Sorunu, Prof. Dr. Ali Bo-

20/I'de düzenlenen klasik ahlaka aykırılık kavramı bakımından bu soruya olumlu cevap verilebileceğini sanmıyoruz. Bu tip kefalet sözleşmelerinde gerek "konu" gerekse "ta-
raflarca güdülen ortak amaç" ahlaka aykırı değildir. Kefalet sözleşmesinin diğer tarafı
olan alacaklı bankanın üstün konumundan yararlanarak kefile kabul ettirdiği ağır şart-
larla aşın veya büyük bir çıkar sağladığı da söylenemez. Zira, ödeme gücü son derece
sınırlı bir kimsenin kefil olmasını sağlamak suretiyle bankanın aşırı (büyük) bir çıkar
elde ettiğini ileri sürmek kolay değildir. Buna karşı, bankanın kefil, muhtemelen bütün
hayatı boyunca sürecek ödeme taahhütleri altına sokarak kısıktırak bağlaması, böylece
onun zayıf ekonomik varlığının temelini sarsmak suretiyle ekonomik geleceğini tehli-
keye atması, MK. m. 23/fI anlamında kişilik haklarının ahlaka aykırı biçimde aşın öl-
çüde sınırlandırılması anlamını taşıyabilir ve böyle bir kelepçeleme sözleşmesi bu mad-
deye aykırılığın yaptırımına tabi tutulabilir¹⁶⁰. Şu noktayı ayrıca ekleyelim ki, Türk Hu-
kukunda, bir kimseyi kefil olarak kabul etmeden önce onun mali durumunu iyice araştı-
ran bankaların, ödeme gücü zayıf kimseleri kefil olarak kabul etme ihtimali hayli zayıf
olduğu için¹⁶¹ bu meselenin pratik önemini fazla büyütmemek gerekir.

Bütün bu açıklamalardan sonra, *de lege ferenda* bir temenniyi burada 63
dile getirmek istiyoruz. Açıktır ki, BK. m. 20/I'de "konusu" ahlaka aykırı
sözleşmelerden söz edilmesi hiç yerinde olmamıştır. Bu ifade çok dardır,

zer'e Armağan, Ankara 1998, s. 371 vd.; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 676a; **Belser**,
not 31'de age, s. 423 vd.; **Atamer**, not 72'de age, s. 155, not 69; **Elçin Grassinger**,
Borçlar Karunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma imkanı, Jan,
İstanbul 1996, s. 68 vd.; **Medicus**, AT, N. 706c vd., -Şu noktayı ekleyelim ki, gabin
(BK. m. 21) ancak iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde söz konusu olabileceği, ke-
falet ise sadece kefile borç yükleyen bir sözleşme olduğu için, bu ilkeden ayrılan **Ga-
uch/Schlupe/Schmid** tarafından meselenin bir de bu yönden ele alınması bizce yerin-
de değildir.

160) Bkz. **Kramer**, Art. 19-20, N. 229. Anılan yazara göre, bu gibi durumlarda bir kelepçele-
me sözleşmesinin kabul edilebilmesi için, sözleşmenin kurulduğu anda bankanın, iş
hayatı bakımından tecrübesiz diğer tarafın gelir ve malvarlığı durumu itibarıyla taah-
hütlerini yerine getiremeyeceğini bilmesi veya bilmesinin gerekmesi zorunlu bir şarttır
(Alacaklının yanılarak, borçluya az çok bir özgürlük alanı kaldığını sanması halinde
de, bir kelepçeleme sözleşmesinin geçerli olamayacağı hakkında bkz. **Medicus**, AT,
N. 690). -Diğer taraftan, her ne kadar İsviçre Federal Mahkemesi, MK. m. 23/II'nin
hiç kimseyi mali gücünün ötesinde borç alına girmekten men etmediğini, bu konuda
borçluyu koruyan hükümlerin, haczedilemeyen mallar rejimini öngörerek bir para
borçlusunun kendisini ve ailesini geçindirecek para ve mallar elinde tutmasına izin
veren İcra ve İflas Kanununda aranması gerektiğini belirtiyorsa da (BGE 95.11.58. Ay-
nca bkz. **Medicus**, AT, N. 706c, e), Alman Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin
19.10.1993 tarihli kararında (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, 89,214
veya NJW 1994, 36 yahut **Atamer** tarafından yapılan Türkçe çeviri için: **ÜHFM** cilt
LV, 1997/3, s. 419) işaret ettiği üzere, taraflar arasında yapısal bir eşitsizlik olduğu ve
sözleşme güçsüz tarafı olağan dışı yükümlülükler altına soktuğu vakit, Medeni Hukuk
kurallarının duruma müdahale ederek düzeltici bir fonksiyon icra etmesi Anayasadaki
irade özerkliği ve sosyal devlet ilkelerinin kaçınılmaz bir sonucudur.

161) Bkz. 5.6.1998 tarihli XV. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumunda
Ahmet Battal tarafından yapılan konuşma (s. 123). Bizce, gerekli incelemeleri hiç
veya gereği gibi yapmayan bankanın, bu durumdan kendi lehine sonuç çıkarması hiç-
bir şekilde kabul edilemez. Alman Hukukunda, bu yola başvuran bankaların ne gibi
amaçlar güttüğü hakkında bkz. **Kocaman**, not 159'da anılan Sempozyum, s. 105.

bütün ahlaka aykırılık hallerini içennemektedir ve ültra liberal modern toplumlarda, güçlü olanların güçsüz olanları ezmesini önleyecek hukuki çözümlerin üretilmesine her zaman bir engel oluşturabilme riskini taşımaktadır. Bu hususu dikkate alarak, Borçlar Kanunumuz değiştirilirken, BK. m. 20/I'de, "konu"yu bir köşeye bırakarak, tıpkı İsviçre Borçlar Kanununun Almanca metninde ve BGB § 138'de olduğu gibi sadece "ahlaka aykırı" sözleşmelerden söz açmak çok yerinde olacaktır.

V. İmkansızlık

- 64 BK. m. 20/I, sözleşmenin kurulduğu anda mevcut objektif imkansızlığı bir kesin hükümsüzlük sebebi saymaktadır. Buradaki imkansızlığı borcun "ifası aşamasındaki fiilî, ~~???~~!!1un suruna day~~?~~(1 ~~???~~J(-: m. 2 6) veya küsursuz (BK. m. 117) imkansızlığı (He kanst l n namalıdır¹⁶².

İmkansızlık konusu bütün cepheleri ile (BK. m. 20/I hükmü de dahil olmak üzere) bu eserin *Serozan* tarafından kaleme alınan üçüncü cildinde incelendiğinden, burada bu hususa işaret etmekle yetiniyor ve *Serozan*'ın açıklamalarına yollama yapıyoruz¹⁶³.

§ 43. Hukuki İşlemlerde Yokluk ve Hükümsüzlük

I. Yokluk

- 1 Bir hukuki işlemin hükümsüz olu olmadığının incelenmesi, ancak var olan işlem için ~~??~~öz konusu olabilir~~??~~. Şu 4 ~~??~~!d-ekurucu unsurlarından biri- **SIN** hukukî oluşumaması sebebiyle kurulmamış bulunan bir sözleşmede gerçek ve teknik anlamda bir hükümsüzlük en söz edilemez. Gerçi böyle bir sözleşme-ele-hiçbir hukuki sonuç doğurmamaktadır. Şu var ki, bu durum, sözleşmede bir hükümsüzlük sebebinin bulunmasından değil, sözleşmenin hukukî bir varlık kazanmamış olmasından (yokluk) ileri gelmektedir. Görülüyor ki, "yokluk" halinde ayrıca "hükümsüzlük" kavramına başvurmaya gerek kalmamaktadır.

- 1 Borç sözleşmelerinin ele Y-Okluğa Y-ol..açabilecek.J:lellL ~~??~~şL.durumlara örnek:::o~~??~~ ...lv ,lunlar gösterilJ:bilir:

- Bir sözleşmenin kurulmuş sayılabilmesi için karşılıklı ve birbirine ~~??Y~~??~~l~~ likCiraael3eyanma ibtiyâç-yardırr:-Birbeyırtgntroct;lr taoesi_eksikse

162) BGB'de son yapılan değişiklikte bu aynının aşılmış olduğu hakkında bkz. **Medicus**, SR I, § 33, N. 377-378.

163) Bkz. **Serozan**, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 4. bası, İstanbul 2006, § 14.

1) Keller/Seböbi, s. 140; Eren, s. 298.

ve a be anlar arasında (açık veya gizli uyumsuzluk sebebiyle)2 uygunluk y eksa sözleşme mey ana -ı:n-remiştir.-----

– Real borç sözleşmelerinde, sözleşmenin kurulmuş sayılması için tarafların irade beyanları yetmez, ayrıca macidi "offolayru-gerçel<leşmesi (Sözleşme-konusu şeyin-karşı tarafa teslim edilmesi) aranır. Şeyin tesiminden önce sözleşme meydana gelmiş değildir. Ne varı<1. real bôrç sözleşmesi 1 lulu ru ku in u z d a b e m e n -i r e i n -e l l -n i ç f f y ğ ü l a r ı a a l a n l k a l m a m ı ş b i r k a v r a m d ır 3.

– Bizim de katıldığımız görüşe-g-öre, muvazaalı işlemlerde, taraflar hukuki sonuç iradesinden yoksun bulundukları için, "kesin hükümsüzlük" değil "yokluk" söz konusudur⁴.

– Buna karşı, "şekil eksikliği"⁵ ve "temyiz kudretinden (yeni Medeni Kanunumuzdaki terminoloji ile "ayırt etme gücünden") yoksun bulunma hali⁶ yokluğa yol açmaz. Bu gibi durumlarda işlem kesin hükümsüz olur. Zira, bu haller, işlemin kurucu şartlarına ilişkin olmayıp sadece geçerlilik şartları ile ilgilidir.

Borç sözleşmelerinde, aşağıda göreceğimiz gibi, kesin hükümsüzlük halinde işlem daha baştan hüküm doğurmadığı için, yokluk ile kesin hükümsüzlük arasında, doğrudukları sonuçlar açısından, büyük bir pratik fark kalmamaktadır. Buna rağmen, öğretide, aşağıdaki farklara işaret edilmektedir:

– Kesin hükümsüz işlemler⁹en farklı olarak, yok sayılan..işlemler, çe-
? ? ? (! ? ! ? il., ony ersiy o a j -- k u r u m u n d a n y a r a r l a n a m a y a c a k l a r ı - g i b i . b u n l a -
I J ! U a s d i k e d i l m e s i (. o ? ? y l c ! , n t n a s ı) d a h i . s ö z . k o n u s u o l a m a z ? .

– Bir hukuki işlem hiç meydana gelmemişse, yokluğu ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması (MK. m. 2/11) anlamını taşıdığı iddiası ile aynen ifa talebinde bulunulması (bir başka anlatımla yokluğun düzelmesi) düşünülemez. Eğer şekil noksanı bir yokluk sebebi sayılısaydı, MK. m. 2/II'nin yardımı ile borçlunun aynen ifaya mahkfun edilebilmesi mümkün olamazdı⁸.

2) Bkz. yukarıda§ 17, N. 3.

3) Bu konuda bkz. yukarıda § 10, N. 8.

4) Bkz. yukarıda§ 35, N. 19 ve not 35.

5) Şekil eksikliğinde yokluk görüşünün eletirilmesi için bkz. yukarıda§ 29, N. 3. Krş: **Moroğlu**, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 2. baskı, Ankara 1993, s. 20; s. 22, not 25.

6) Ayırt etme gücünden yoksun bulunmanın yokluğa yol açmayacağı hakkında bkz. **Eren**, 9. bası, s. 299.

7) **Flume**, § 30, 4, s. 550.

8) Bu konuda bkz. **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 137, not 420; **Moroğlu**, not S'de age, s. 22 ve not 25.

- İspat yükü bakımından da yokluk ile kesin hükümsüzlük arasında fark vardır. Bir sözleşmenin meydana geldiğini ileri süren taraf, bunu gösteren olguları ispat yükü altındadır. Sözleşmenin varlığı davacı tarafından ispat edildikten sonra, kesin hükümsüzlük iddiasında bulunan davalı, bu iddiasını ispat yükü altına girer⁹. Görülüyor ki, sözleşmenin varlığı çekişmeli ise, ispat yükü davacıda iken, var olan bir sözleşmede kesin hükümsüzlük iddiası davalıyı ispat yükü altına sokmaktadır.

- 3 Hükümsüzlüğün bir mahkeme kararı ile gerçekleştiği evlenmede (MK. m. 156) ve ölüme bağlı tasarruflarda (MK. m. 557), gerek kesin hükümsüzlük gerekse iptal edilebilirlik açısından "hükümsüzlük" ve "yokluk" halleri arasında önemli farklar olduğu gözden kaçırılmamalıdır.
- 4 Yokluğun, taraflardan biri tarafından ileri sürülmesine bile, hakim tarafından re'sen (kendiliğinden) göz önünde tutulacağı kuşkusuzdur.

II. Hükümsüzlük

1. Klasik "Kesin Hükümsüzlük" ve İptal-Edilebilirlik Ayrımı -...ve Bunun Aşılması

a. Kesin Hükümsüzlük (Butlan)

- s Eskiden "mutlak butlan" denen bu kavram, şimdi bir çok yazarca sadece "füİTlan" deyimi ile ifade ediliyor¹⁰veyabizim yaptığımız gibi "kesin hükümsüzlük" deyimi kullanılıyor. "Mutlak butlan" deyiminin karşılığı olarak kullanılan ve yanlış anlaşılmaya elverişli bulunan "nisbi butlan" deyimi ise hukukumuzda artık yerini "iptal edilebilirlik" (iptal kabiliyeti) kavramına terk etmiş bulunuyor.
- 6 Yukandaki açıklamalarımız borç sözleşmeleri açısından geçerli olmakla birlikte, evlenmede, kanun koyucu şaşırtıcı biçimde mutlak butlan -nisbi butlan aynımı yeni Medeni Kanunumuzda (MK. m. 145 ve MK. m. 148'in kenar başlığı) muhafaza etmiş bulunuyor. Oysa, "kesin hükümsüz" (batıl) ve (Yeni Medeni Kanununun madde metinlerinde kullanılan) "iptal edilebilir" evlenme deyimleri üstün tutulmalıydı.
- 7 "Hükümsüzlük" ve "geçersizlik" gibi deyimler, gerçekte bütün hükümsüzlük ihtimallerini içeren birer üst kavramlardır. Hangi çeşit hflrum-suzlüğün söz konusu o.İduğu, ancak "kesin lıÜkümsifzlillcn-(Du an , "iptal edilebilirlik", "eksik veya askıda hükümsüz işlemler", "nisbi hükümsüzlük" (bu kavramı yukarıda sözü edilen "nisbi butlan" ile karıştırmamalıdır) gibi deyimlerle açıklığa kavuşturulabilir.
- 8 Bir hukuki işlem a ıldı andan itibaren kesin hükümsüz olabileceği gibi (başlıca: en.Jcesin-lükünisii2-0lmaf.-omın-daha-sonra-k-esin h• ••m-

9) Piotet, Inexistence et invalidite des dispositions a cause de mort, JdT 1969.1.s. 165.

10) Örnek olarak bkz. Oğuzman/Barlas, Medeni Hukuk Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 13. Bası, İstanbul, 2006, s. 162; Kılıçoğlu, 7. bası, s. 61.

süz duruma düşmesi de (*sonradan kesin hiikiimsiiz olmg*) şöJonusu olabi-
i❖SonnrđU} _kesin hūlalnstlż_ ur.Ümel düş❖1❖eye örnek olarak, taraflardan
oinnil kanunun tanıdığı iptal hak.kını kullanması, yetkisiz temsilcinin yap-
11ğcsô2leşfileye temsil olunariını icazet vermemesi (**BK.** m. 38) gibi durum-
lar gösterilebilir¹¹. Derhal belirtelim ki, bizi, burada, sadece daha baştan,
yani sözleşmenin yapıldığı andan itibaren gerçekleşen kesin hükümsüzlük
halleri ilgilendinnektedir.

Hukukumuzda, bir işlemin baştan itibaren kesin hükümsüz sayılması, sadece BK. m. 20'ye aykırılık halleri ile sınırlı değildir. Öme-in, tam ehli-yetsizlerin (ayırt etme gücünden yoksun :1 <:lanlarm} yaptıkları işlemler gı 1, (İsviçre-Türk uygulamalarında hakim olan görüşe göre) şekil eksikliği bulunan işlemler ve (bizim katılmadığımız çoğunluğun görüşüne nazaran) muvazaalı işlemler de¹² bu kategoriye girer.

Şle in in kesin hükümsüz sa .ıbıafilmrı doğu duğu sonuçlar 10
ş ımlardır:

a -İşlem yapıldığı andan itibaren hükümsüzdür. Durumu yokluk ile karıştırmamalıdır. Kesin hükümsüzlük hallerinde işlem meydana gelmiştir. O, sadece, taraf larca arzu edilen hüküm ve sonuç ları, aana baştan doğurmak tadır. ş u var ❖ki:-bu iş eirun yapı mış olmasına bağı olarak. kanu...!!.. g❖e-
gi, başka bir takım sonuç ların doğırısı mümkündür. Örneğin, böyle bir İşlemin yapılma sı ta❖rda;-bii=f°ii❖b❖❖.e.❖:❖ih;-lella"q so❖mfolu-
ğuna yol a al2 ilir: bJı:...karomı.y..asak çiğnendiği için..ceza...yaptırımının uygu-
❖I!.c!e!T!❖g❖l ep ili4-geçer.siz. sözleşme.y..e.Aay.alı Olarak v eril❖.O in geri
❖❖❖g a01❖c1 ile bir_ istihkak-v('l.ya-se-bepsiz-z-enginleşme,-da-ılası amk
gerek❖bilir. Ne var ki, bütün bu gibi sonuç lar, kesin hükümsüz sözleşmenin
-doğrudan doğruya doğurduğu sonuç lar olmayıp, böyle bir sözleşme kur-
mak için taraf larca fiilen gerçekleştirilen davranış lara ve kurulmuş sözleşmeye eklenen ifa eylemlerine kanun tarafından bağ lanan hüküm ve sonuç lar dan ibarettir¹⁴.

b - Hukukî işlemde baştan itibaren mevcut olan bu hükiîmsîzlük kesin- 11
❓-ni-fbttt-kzt.1-öee **❓**tadazı ka/.k.s.a....bJk) b.imwuonrada|| düzelmesi ve
işJemin ge çer:il.i.k.Jcaumasl-ilke-oJai'tlk-mümkkii-n-değildir. Şu hafife: tara -
!ardan biri sözleşmeye icazet verdiğini beyan etse dahi, bunun bir etkisi

11) Bkz. v. **Tuhr**, AT, § 55, 2, s. 276-278; **Flumc**, § 30, 4, s. 549.

12) Bize göre ise, muvazaa'nın yaptırımını kesin hükümsüzlük değil, yokluk olmak gerekir (bkz. yukarıdaş 35, N. 19).

13) Özellikle bkz. **Kramer**, Art. 19-20, N. 309 vd.

14) **Larenz/Wolf**, § 44, N. 6, 12; Ayrıca krş. **Weil**, Konversion von Rechtsgeschäften, Zürcher Diss. 1934, s. 33.

ifa ettiği ve alıcı da bu ifayı kabul ettiği takdirde, bu davranışlar, tarafların şekil eksikliği (onaylamı) yolu ile, içeriğ"ies16Sıtl şekil geçerli olur sözleşmenin k.İlirilmiş sayılmasına razı olu! rını gösterir² .

- Kç sin lük-ümsii.z sözl şmenin kanun tarafından bir geçerlilik şekline 13 bağ/;11111ş olması halinde, ilke olarak tasdik (onaylama) işle-minfn de aynı şekle bağlı olarak yapılması gerektiği kabul edilir. Bumin dışında karşımıza tartışmalı bazı problemler çıkar:

İ 1 nJin kesin hükümsüzlüğü bir şekil eksikliğine dayanabileceği gibi., şe -!iği dışında bir sebebe de (örneğin resmi senedi imzalayan kişi fiun ehliyetsizdir veya sözleşme hukuka aykırıdır) dayanabilir. O zaman e ister istemez şu soru ile karşılaşırız: İşlem şekil şartlarına tam olarak uyulmak suretiyle yapılmış bulunduğu ve şekil şartları ile ilgisi olmayan bir başka sebepten ötürü geçersiz sayıldığı takdirde, tasdikin yine aynı şekle bağlı olarak yapılması aranacak mıdır? Hakim olan görüşe göre, bu sorunun cevabı olumludur ve bu halde de tasdik (onaylama) işleminde onaylanan işlem için öngörülen şekle uymak mecburiyeti vardır²¹. Görülüyor ki, geçersizlik ister şekil eksikliğinden ister başka bir sebepten doğsun, kanunun geçerlilik şartı olarak şekle bağladığı işlemlerde, tasdik (onaylama) aynı şekle bağlı olarak gerçekleşmek zorundadır.

= İkinci olarak, karşımıza daha büyük soru işaretlerine yol açan şu mesele çıkar: Geçersiz işlemi tasdik etmek üzere aynı şekle bağlı olarak yapılacak ikinci iş şekil eksikliği (onaylama) işlemi ilk (geçersiz) sözleşmeye ilişkin şekli tam olarak tekrarlamalı, yani ilk sözleşme metni tümü ile yeniden şekle bağlanmalıdır²². Bu çözüm şöyle açıklanabi-

Bu konuda bir aynın yapmak yerinde olur:

= İlk sözleşmede şekil eksikliği varsa, tasdik (onaylama) işlemi ilk (geçersiz) sözleşmeye ilişkin şekli tam olarak tekrarlamalı, yani ilk sözleşme metni tümü ile yeniden şekle bağlanmalıdır²². Bu çözüm şöyle açıklanabi-

yetnameler için özel bir çözüm kabul edilmekte ve bunlarda ahlaka aykırılık mirasın açıldığı ana göre değerlendirilmektedir (**Medicus**, AT, N. 692; **Laren:rJWolf**, § 41, N. 32).

20) v. **Tubr**, AT, § 56, VI, s. 293; **Enneccerus/Nipperdey**, s. 1212. Ayrıca bkz. **Palandt/Heinrichs**, 64.A., § 141, N. 5. Başka türlü: **Keller/Schöbi**, s. 149; **Eren**, s. 301.

21) Bkz. **Larenz/Wolf**, 9.A., § 44, N. 16; **Flume**, § 30, 6, s. 551; **Köhler**, 28.A., § 15, N. 19. Aksi görüşte: **Medicus**, AT, N. 532.

22) Bkz. **Leipold**, N. 757. Aksi görüşte: **Sungurbey/Kaneti**, Medeni Hukuk Sorunları, cilt 3, İstanbul 1976, s. 164. Bu yazarların, öğretilerdeki tek dayanakları olan **Enneccerus/Nipperdey'in** (s. 1212) "Doch braucht bei fonnlosen Geschäften" diye başlayan cümlesini "(Tasdik için) şekle aykırı işlemlerde, işlemin tümünün yeniden tekrarlanmasına ihtiyaç yoktur; tasdik olunacak vakıya ahfta bulunulmakla da yetinilebilir" diye çevinmeleri açık bir çeviri hatası içermektedir. Zira, "bei fonnlosen Geschiiften" ibare-

lir: Tam olarak gerçekleşmemiş bir şekil, kanun tarafından bu şeklin öngörülmesine yol açan amaçları da gerçekleştirememiş demektir. O halde, bu amaçları gerçekleştirmek üzere, işlemin tümü ile yeniden şekle uyularak kurulması gerekir.

≡ İlk sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü *şekil eksikliği dışında* bir sebebe dayanıyorsa, bir görüşe göre, çözüm farkı olacıl... ve aynı şekilde o olarak yapılabilir. Tasdik (onaylama) sözleşmesinde, ilk sözleşme metninin madde madde tekrarlanmasına gerek kalmayıp öyle bir yollama yapmak yeterli sayılabilir. Örneğin, noter önünde resmi şekle bağlanan bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, satıcının ayırt etme (temyiz) gücünden yoksun olması dolayısı ile hükümsüz ise, onun vasisi ile alıcı arasında yine noter önünde yapılacak bir tasdik (onaylama) sözleşmesi ile, önceki geçersiz sözleşme metnini tekrarlamadan sadece ona yollama yapmak suretiyle bu sözleşmenin geçerlilik kazanması sağlanabilecektir²³. Bizce, bu görüş bu şekli ile yerinde değildir. Kanunun öngördüğü geçerlilik şekli (tek başına veya başka amaçlarla birlikte), tarafın korumak ve uyarmak amacıyla geçersizliğe yol açan bu amacın gerçekleştirilmesine engel olduğu vakit, sovradan-yapılacak tasdik işleminde geçersiz sözleşme metnini *tam olarak* tekrarlamak zorunluluğu vardır²⁴. Yukarıda verdiğimiz örnekte bu durum açık kendini gösterir. Satış vaadi sözleşmesini imzalayan tam ehliyetsiz satıcı, resmi şeklin koruyucu amacından hiçbir şekilde yararlanamamıştır. Tasdike yönelik ikinci sözleşmede sadece ilk sözleşmeye bir yollama yapılması ile yetinildiği vakit, bu amaç ikinci sözleşmede de gerçekleşme imkanını bulamayacaktır. Gerçekten, ikinci sözleşme resmi memur önünde düzenlenirken (bunun mutlaka ilk sözleşmeyi düzenleyen noter olması gerekmez), birinci (geçersiz) sözleşme hiçbir şekilde inceleme konusu olmayacak, batta genellikle tarafların önünde dahi bulunmayacaktır. İkinci sözleşmeyi düzenleyen resmi memur, resmi şeklin gereklerini ortada gözükmeyen ve esasen o anda yapılan resmi şekle bağlama işleminin konusunu oluşturmayan ilk sözleşmenin içeriğine göre değil, sadece ikinci (bir atıfla yetinen) tasdik sözleşmesine ilişkin olarak yerine getirebilecektir ki, tasdik olunan (ilk) işlem açısından resmi şeklin himayesinden vazgeçme anlamını taşıyan böyle bir sonuç kabul edilemez. Buna karşı, *geçersizlik şekli noksanı dışında ve şeklin koruyucu amacı ile ilgili olmayan bir olguya*

sinin Türkçedeki karşılığı "şekle aykırı işlemlerde" değil, "şekle bağlı olmayan (şekilsiz)" işlemlerde olmak gerekir.

23) Günümüzde Alman öğretisi ve uygulamasında hâkim olan görüş bu yoldadır (**Leipold**, N. 757; **Larenz/Wolf**, 9.A., § 44, N. 16; BGH, NJW 1999, s. 3704).

24) Bu konuda olsa olsa, ilk metni madde madde tekrarlama zorunluluğunun eski (geçersiz) işlemin mutlaka şekle bağlanması gereken içeriği ile sınırlı olduğu söylenebilir (Bkz. yukarıda § 26, N. 5).

dayamyorsa, çözüm farklıdır. Örneğin, ilk işlemin kesin hükümsüz olmasının sebebi, sonradan ortadan kaldırılan bir kanuni yasak hükmüne aykırı düşmekten ibaretse, şekle uygun olarak gerçekleştirilen yeni işlemde (tasdik işleminde), ilk işleme (onu madde madde tekrarlamaksızın) yollama yapılması ile yetinmek mümkündür.

Tasdik (onaylama) sadece *ex nunc* (ileriye etkili) olarak işlemin geçerlilik kazanmasına yol açar, yoksa eski (geçersiz) işlem, geriye etkili olarak düzelmez²⁵. 14

Bununla beraber, borç sözleşmelerinde, tarafların, tasdik sonucu, birbirlerine karşı sözleşme baştan itibaren geçerli olsaydı neyi verecekler iceliyse onu taahhüt etmelerine, bir başka deyimle bu yolda bir anlaşma yapmalarına bir engel yoktur. BGB § 141/JI, bu yolda bir karine kabul etmiştir. 15

Öğretide rastlanan bir azınlık görüşüne göre, "tasdik" (onaylama) dışında kesin hükümsüz işlemlerin sonradan düzelmesine, istisna olarak, tasarruf işlemlerinde rastlanır. Gerçekten, tasarruf yetkisi olmadan bir tasarruf işlemi yapan kişi sonradan (örneğin tasarrufa yetkili olanın icazet vermesiyle veya başkasının malı üzerinde tasarruf ettiği vakit tasarrufa konu olan mal üzerinde mülkiyet hakkını kazanarak) tasarruf yetkisini elde ederse, işlem hüküm doğurur. Bu görüş yerinde değildir, zira bu işlemlerin kesin hükümsüz olduğu söylenemez. Ortada, sadece, işlemin hüküm doğurması için gerekli tamamlayıcı unsurlardan birisinin (tasarruf yetkisinin) bulunmaması dolayısı ile "eksik" bir hukuki işlem ve buna bağlı olarak bir askıda hükümsüzlük durumu vardır²⁶. 16

İşlemi kesin hükümsüz hale getirmek....için (örneğin ransız Hukukunda olduğu gibi) bozucu yenilik doğuran bir dava (butlan davası) açmak gerekmez. Burada yenilik d-o an bir dava a er oktur, zira işlem zaten yapıldığı andan itibaren kendiliğinden (bir beyanda bulunmaya veya dava açmaya gereksiz) hükümsüzdür. Bu konuda açılabilir dava, mevcut hükümsüzlüğü mahkemeye tespit ettirmek amacıyla günden-ve-her gün süreyle bağli olan bir olumsuz (menfil tespit davasından) ibarettir. 17

Buna karşı, geçersiz sözleşmeye dayanarak verilmiş olanı geri almak için açılacak sebepsiz zenginleşme davası BK. m. 66'da öngörülen zamanaşımı süresine tabidir. Açılan davanın bir istihkak davası olması halinde, karşı taraf kazandırıcı zamanaşımı süresinin geçtiğini ileri sürerek şeyi geri vermekten kaçınabilir. 18

c- Kesin hükümsüzlüğe, yalnız sözleşmenin tarafları veya onların hu- 19

25) Mayer/Maly, MünchKomm. § 141, N. 14.

26) v. Tuhr/Peter, § 29, not 44, s. 230; Schwarz, s. 367-368; Medicus, AT, N. 490, 1030 vd.; BGB § 185. -Başka türlü: Oğuzman/Barlas, not IO'da age, s. 164 not 229. -Eksik işlemler için bkz. aşağıda N. 33.

kuki halefleri (ardılları) değil, hukuki dwurnları kesin hükümsüzlükten etkilenen üçüncü luşilerdedayanabilir²⁷-----

- 20 d- Kesin h.. ..msüzlük sadece karşıJ.arafa değil, geçersiz işlemy_Aaya-
narak hak sahibi olduğunu ileri sjirep. bütün üçüncü kişilere karşı da öne
sürülebilir²⁸.
- 21 e- Dava esnasında, hakim, <Java d(?syasından anlaşılan ancak taraflarca
ileri sürülmemiş bulunan kesin hükümsüzlüğü re'sen (kendiliğinden, göre-
vinden ötürü) göz önünde tutabilir.

b. İptal Edilebilirlik

- 22 Öğretide işaret edildiği gibi, bu tip hükümsüzlüğün❖hiç değilse İsviçre-
Türk Hukukları açısından) iki çeşidi olduğu söylenebilir⁹:

aa. Gerçek 1. ❖!❖rnı ilf!.fl.ir İptal Ifakkı I)oğuran Jptal Edilepiliıfjk

Bu ihtimalde, iptal edilebilir sözleşme başlangıçta, tıpkı geçerli bir sözleşme ğilithüküm ve sonuçlaiföi aoğurmakta; ancak kendisine iptai hakkı -tanınan laraf, bozucu yenilik dÖğurc! ❖!1ıals niteliğin4eki iptal hak!cını kul-
landığı vakit, geçmişe etkili ofarak (yapıldığı andan itibaren) kesin hüküm-
_s_üz_hale g❖lmektedir. Görüldüğü gibi, ortada bir "bozulabilir hüküm do-
ğurma" dwumu vardır ve işlemin geçerliliği konusunda son sözü söylemek
tamamen kanun tarafından korunan ve kendisine bir iptal hakkı bahşedilen
tarafın iradesine bırakılmıştır. O, varması gerekli bir taraflı irade beyanı ile
iptal hakkını kullandığı takdirde, iptal edilen sözleşmenin ba❖tan itibaren
kesin hükümsüz olan sözleşmelerden bir farkı kalınmaktadır^{30. 1}.

27) v. **Tuhr/Peter**, § 29, II, s. 226; **Bucher**, AT, s. 241-242.

28) **Kramer**, Art. 19-20, N. 315; v. **Tuhr/Peter**, § 29, II, s. 226.

29) v. **Tuhr/Peter**, § 29, III, s. 231; **Oğuzman/Barlas**, not 10'da age, s. 168 vd.; **Oğuz-
man/Öz**, 4. bası, s. 139; **Tunçomağ**, s. 179-180; **Dural/Sarı**, Türk Özel Hukuku, cilt I,
Temel Kavramlar ve Medeni Karnımın Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2004, s. 168. -İki
çeşit iptal hakkı bulunduğu yolundaki gönişe karşı: **Eren**, 9. bası, s. 309.

30) Bkz. **Larenz/Wolf**, § 44, N. 19. -Şu noktayı ekleyelim ki, zaman zaman rastlandığı
üzere, gerçek anlamı ile iptal edilebilir sözleşmelerin, iptal edilmedikçe "geçerli sözleşmeler" olarak nitelendirilmesine katılamıyoruz. Geçerli sözleşmeler iptal edilemez. İptal, ancak iptale yol açan bir geçersizlik sebebi mevcut ise söz konusu olur. O halde, bu tip iptal edilebilir sözleşmelerin "geçerli" değil, "başlangıçta (şimdilik) geçerli sözleşmeler gibi hüküm doğuran sözleşmeler" olduğundan söz açmak daha isabetlidir (Bu konuda bkz. yukarıda § 36, N. 43).

31) Borçlar Hukukunda, bazı durumlarda, kanun, gerçek anlamı ile iptal hakkının mahkeme dışı bir taraflı irade beyanı ile değil, mahkemeye başvurulup bir iptal karar elde etmek suretiyle kullanılmasını öngönnüştür. Örneğin kanuna veya ahlaka aykırı tertiplerle artırmaya (müzayedeye) fesat kanştınması halinde, her ilgiliye tanınan iptal hakkı, cebri artırmalarda yedi gün içinde icra mahkemesine şikayet, ihtiyari açık artırmalarda on gün

İptal edildiği için kurulduğu andan başlayarak kesin hükümsüz hale gelen sözleşmenin. bütün kesin hükümsüz sözleşmeler gibi, bu defa her iki tarafın geçersiz sözleşmeyi tasdik etmesi (onaylaması) sonucu geçerli bir anlamaya dönüşmesine bir engel **yoktur**³². 23

Kesin hükümsüz sözleşmelerden farklı olarak, diğer sözleşmelerin veya üçüncü kişilerin, iptal hakkını kullanmadıkça, sözleşmenin hükümsüz olduğunu ihtar edemez) onun yerine iptal hakkını kullanırlar. İptal hakkının kullanılması hak düşürücü bir süreye bağlıdır. Örneğin bu sürenin geçmesi, gerekse iptal hakkı sahibinin sözleşmeyi icazet vermesi (iptal hakkında feracat etmesi) hallerinde iptal hakkı düşer. 24

Kesin hükümsüz sözleşmenin tasdik edilmesi (onaylanması) ile iptal edilebilir bir sözleşmeye icazet verilmesi (iptal hakkından vazgeçilmesi) arasında aşağıdaki farklar vardır³³: 25

- Kesin hükümsüz bir sözleşmenin tasdiki (onaylanması) her ilci tarafın irade beyanına ihtiyaç gösteren iki taraflı bir işlemdir. Oysa, iptal edilebilir bir sözleşmeye icazet verilmesi iptal hakkı sahibinin bir taraflı (açık veya örtülü) irade beyanı ile gerçekleşir.
- İcazetin etkisi (tasdikten farklı olarak) geriye yürür, sözleşme yapıldığı andan itibaren geçerli sayılır (Bu sonuç, aşağıda inceleyeceğimiz gerçek olmayan iptal edilebilirlik halleri için kolaylıkla anlaşılabilir, zira, bu halde sözleşme yapıldığı anda hüküm doğurmamaktadır. Gerçek iptal hallerinde ise iptal edilebilir, yani geçersiz olmakla birlikte kurulduğu andan başlayarak şimdilik hükümlerini doğuran bir sözleşme vardır).
- Geçerliliği kanun tarafından şekle bağlanmış sözleşmelerde, ilke olarak, tasdik (onaylama) şekle uygun yeni bir sözleşme yapılmasını gerektirdiği halde, icazet verilmesi bir şekle bağlı değildir.

bb. Gerçek Olmayan Anlamda Bir İptal Hakkı Doğuran İptal Edilebilirlik

Bu halde, bir nokta hariç, yukarıda gerçek iptal hakkı için bütün söylediklerimiz geçerliliğini korur. Her iki çeşit iptal fiilli arasındaki fark şundan ibarettir: Gerçek anlamda iptal sözleşmesi, sözleşme o anda geçerli sözleşmeler gibi kurulduğundan ve ancak iptal hakkının kullanılmasından itibaren geriye yürüyen biçimde (*ex tunc*) hükümsüz hale geldiği halde, diğer sözleşmeler daha önce kurulmuş ve iptal hakkı süresi içinde kullanılırsa o hükümsüzlük sözleşme ile aksine aksi halde, sözleşme iptal edildiği ana kadar tamamen geçerli sözleşmelerdir. Bu vesile ile hatırlatmam ki, hukukumuzda, "hata"; "İhtilaf"; "İhtilaf" ve "güven" hallerinde bu tip iptal edilebilirlikten hangisinin üstün tutulması gerekir. Biz, 26

inde mahkemede dava açma suretiyle kullanılmalıdır (BK. m. 226) (Bkz. Tandoğan, 1/1, s. 332 vd.).

32) Mayer-Maly, MünchKomm. § 141, N. 4.

33) Bu açıklamalar için bkz. v. Tuhr/Peter, § 29, II, s. 230.

hatırlanacağı gibi, *de lege lata* "gerçek olmayan iptal" görüşünü benimsemiş bulunuyoruz³⁴.

Şimdiden belirtelim ki, adından da anlaşılacağı gibi, "gerçek olmayan anlamda iptal hakkı" katıksız bir iptal hakkı olmayıp, aslında, iptale ilişkin özelliklerin ağır bastığı bir karma hükümsüzlük çeşididir³⁵.

c. Klasik Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik Ayırımının Asılmasında İlk Adım: Karma Hükümsüzlük Üzer veya Ara Kademeler

- 27 Klasik hükümsüzlük teorisi iki çeşit hükümsüzlüğü (kesin hükümsüzlük ve gerçek anlamı ile iptal edilebilirlik) karşı karşıya koyuyor ve her özel durumda da bu iki tipten ya birinin yacfa diğerinin bulunabileceği esasın-
"tlan harekerrdiyot<lü:--"Moclem hiikümsuzlük teonsı'...-a01a tında, 20. Yüz-
yılın özeffikle ilk yayı.-sıncfa-fsviçre-Türk Huküklannda da etkili olan görüş,
çok ennde-olarak-buna karşı çıkmış ve "sin hy l cümsüzlük" ve "gerçek
anı il il edilebilirlik, arasında, kısmen birini kı el:1. diğerinin
özelliklerini taşıyarı7,arınza niteUfie ara kademelerin bulunabileceğini orta-
ya koymuştur:°-M°öcfemhüküriisuzlu teorisinin diğer bazı iddiaları bugün
-razra 61-rdeger taşımamakla birlikte, bu noktada son derece isabetli bir teş-
hisin (tanının) yapıldığı kuşkusuzdur.

Sözü edilen karma hükümsüzlük hallerinin en çarpıcı örneklerinden biri, iracte-bozrrlduldannd-a--ve-fbi2e-göre-)-gabırhatinde uygu ama a anı bulan
"auzelebılır hükiimsüzlill?7<:avranıdır. Yanılan, aldatılan, korktifiılan yahut
sömürü en tarafa tanınan gerçek olmayan iptal hakkı çerçevesinde, sözleş-
me daha baştan (iptal hakkının kullanılmasından önceki aşamada) hüküm

34) Bu konudaki görüşümüz ve Yargıtay kararları için bkz. yukarıda § 36, N. 69.

35) Şu noktayı ekleyelim ki, İcra ve İflas K. m. 277 vd.da düzenlenen ve borçlunun hacizden yahut iflastan önce malvarlığından çıkardığı mallar dolayısı ile alacaklıların zarar görmesini önlemeye yönelik olan iptal davasındaki "iptal" deyimini aldatıcı olabilir. Zira, iptal sözcüğünden hareket ederek, borçlunun tasarruflarını geçersiz kılmaya yönelik yenilik doğuran bir davanın söz konusu olduğunu sanmak isabetli olmaz. Burada, Borçlar Hukuku anlamında bir "geçersizlik" söz konusu olmaksızın (yapılmış işlemler geçerlidir ve iptal davası kazanılsa dahi geçerli kalmaktadır) sadece davacı, borçlunun malvarlığı dışına çıkardığı mallar üzerinde cebri icra yetkisini kazanmakta ve bunları (san.ki borçluya aitmiş gibi) paraya çevirtip alacağını elde etme imkanına kavuşmaktadır. İptal davası sonunda, borçlu ile işlem yapan üçüncü kişi, iptal edilen tasamıfun konusunu oluşturan mallarda alacaklının cebri icrasına katlanmak yükümlülüğü altına girdiği için, bu davanın gerçekte bir edim (eda, ifa) davası olduğu kabul edilmektedir. (Bkz. **Kuru**, İcra ve İflas Hukuku, cilt 4, 3. baskı, İstanbul 1997, s. 3405 vd.; **Üstündaf**, İflas Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2002, s. 234; Yarg. HGK. 5.6.2002, E. 2002/15-421; K. 2002/469, İBD 2003/3, s. 695).

36) Bkz. **Des Gouttes**, Systeme des nullites en droit su.isse, ZSR, NF. 48 (1929), s. 362 vd.; **Güral (Akipek)**, Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanununun Sistemi, Ankara 1953, s. 93; **Eren**, 9. bası, s. 299, not 147.

doğunnamaktadır ki, bu özellik kesin hükümsüzlük yaptırımına ait bulunmaktadır. Ne var ki, işlem kesin hükümsüz değildir. Zira, diğer bütün özellikleri itibarı ile bu yaptırım iptal edilebilir işlemlerin karakteristik unsurlarını taşımaktadır. Gerçekten, yapıldığı anda hüküm doğurmayan işlem, ancak süresi içinde iptal edildiği takdirde (gerçek olmayan anlamda iptal) kesin hükümsüz olmakta, buna karşı süre kaçırıldığı veya icazet verildiği (iptal hakkından vazgeçildiği) zaman, baştan itibaren geçerlilik kazanmaktadır. İşte, sadece bir tek özelliği açısından kesin hükümsüz işlemlere benzeyen, diğer özellikleri itibarıyla iptal edilebilirlik kategorisine giren bu yaptırıma, bundan ötürü "gerçek olmayan anlamda iptal edilebilirlik" demek mümkün olabilir. Aslında, iptale ilişkin özelliklerin ağırlıklı olduğu bir ara kademededen (karma hükümsüzlükten) söz açmak daha doğru sayılabilir.

d. Klasik Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik Ayrımının Aşılmasında İkinci Adım: Esnek Hükümsüzlük (Esnek Butlan)³⁷

Bınadaki problem şudur: BK. m. 20/I hukuka ahlaka a 28 yapı 191 an a konusu imkansız olan sözleşmelerin kesin hükümsüz (batıl) olduğunu bildirmekle yetinmiştir. Maddede, kesin hükümsüzlükten (butlandan) ne anlaşılması gerektiği hususunda hır açıklı.K yoktur. Bunun gibi, kanunda yer alan ve hukuka aykırılığı düzenleyen özel hükümlerin yaptırımlıdır mutlakla BK: -m: -20'cle öngörülen yaptırıma uyması gerekeceği de iddia edilemez. O halde nasıl hareket edilecektir? Esnek hükümsüzlük (butlan) (/flexible Nichtigkeit) göüüü bu soruların cevabını, aşağıdaki iki alternatiften biri çerçevesinde şu şekilde vermektedir:

aa. Sınırsız (Mutlak) Esneklik Görüşü³⁸

Bu görüş taraftarları, BK. m. 20'ye esas teşkil eden katı kesin hükümsüzlük kavramı 22 Y!na J22 irakılarak, her defasında ihlal edilmiş özel kanun maddesinin amaç ve anlamı çerçevesinde, o hükme u: xan hükümsüzlük tiptrrtiroullııması gerektiğini ileri sürmektedir. BK. m. 20'de ön öüüilen kesin bukumsüzlü- n rı mm ven emiş, özelliklerinin _h elirtilmemiş olmas2292!1 2a.J9 y22 lanan bu düşünce tarzına göre, tek bir kesin hüküm-

37) "Flexible Nichtigkeit" karşılığı kullandığımız "esnek hükümsüzlük" deyiminde sözü edilen hükümsüzlük kesin hükümsüzlüktür. Bu konuda butlan deyimini esas alındığı takdirde, buna "esnek butlan" demek gerekecektir.

38) Özellikle bkz. **Belser**, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, Freiburg Schweiz 2000, s. 441 vd.; **Huguenin**, Basler Komm., Art. 19-20, N. 55; **Bucher**, AT, s. 254, not 69; **Guillod/Steffen**, CR, Art. 19-20, N. 97 vd.

39) Bkz. **Becker**, Art. 20, N. 8; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 687. Ne var ki, anılan ikinci eserin yazarları bir noktada açık bir çelişkiye düşmekte ve BK. m. 20'de öngörülen ke-

süzlük tipi mevcut değildir. Hukuka aykırılığı öngören her kanun maddesi için, o matltlenin-anlarr-ve-amacma-göre niteliklerioelirlenecelccfeğişik kesinhükiimsüzlillCtıplen varcır. Boylece, hiç değilse ileri süiilen bir düşünceye göre; BK. m. 20/I, sadece "ahlaka aykırılık" ve "imkansızlık" ihtimalleri için önem taşıyan bir hüküm olarak kalmakta, buna karşı işlemin içeriğine ilişkin "hukuka aykırılık" hallerinde, uygulanacak yaptırımın ne olacağını ihlal edilmiş özel hükme göre belirlemek gerekmektedir. Zira, iddia edildiğine göre, her özel hüküm normal olarak, ihlal edildiği zaman ne tip bir yaptırımın uygulanması gerektiğini hiç değilse örtülü biçimde (zımmen) bünyesinde barındır⁴⁰. Şimdiden belirtelim ki, bu göiış benim-senerek BK. m. 20 hükmüne dayalı klasik kesin hükümsüzlük kavramı bir defa reddedildi mi, bunun etkisinin sadece hukuka aykırılık hallerine inhisar edeceğini ummak hayli iyimser bir görüş olur. Bu çerçevede, örneğin ahlaka aykırılık bakımından, değişik ahlaka aykırılık tiplerine göre değişik yaptırımlar bulunmasına bir engel kalınamıştır⁴⁰³.

Biz, aşağıdaki sebeplerden ötürü, bu görüşü bu şekliyle yerinde bulmuyoruz:

- Bir defa, BK. m. 20'de kesin hükümsüzlüğün tanımının verilmediğinden hareket etmek isabetli sayılamaz. Kanunlar, bilimsel bir eser olmadığı için, çeşitli hükümsüzlük biçimlerinin tanımını kanunlarda değil, öğretide ve mahkeme içtihatlarında aramak gerekir. Oysa, gerek İsviçre gerekse Türk Hukuklarında, (Alman Hukukunda yerleşmiş esaslara da uygun düşer tarzda) öğretinin büyük çoğunluğu ve mahkeme kararları, kesin hükümsüzlük kavramından ne anlamak gerektiği hususunda fikir birliği içindedir. O halde, BK. m. 20'de sözü edilen kesin hükümsüzlük (butlan) kavramı ile, öğreti ve mahkeme kararlarında benimsenmiş klasik kesin hükümsüzlük kavramına yollama yapıldığı kabul edilmelidir⁴¹.

- BK. m. 20'de sözü edilen kesin hükümsüzlük kavramının tarifi verilmedi diye, yol gösterici fonksiyonu olan klasik ve geleneksel kesin hü-

sin hükümsüzlük sonucunun, kişilik haldanna aykırı sözleşmelerle ilgili İsv. MK. m. 27/II (Türk MK. m. 23/II)'nin amacına uygun biçimde belirlenmesinden söz açmaktadır. İleri sürüldüğü gibi, BK. m. 20'deki kesin hükümsüzlük yaptırımının ne olduğu, kanunda bunun tanımı yapılmadığı için belli değilse, ne olduğu tam olarak bilinmeyen bir kavram özel bir kanun hükmünün amacına nasıl adapte edilebilir?

40) Koller, I, 2.A., § 13, N. 11-12 (krş. aynı eser, § 13, not 56). Bu anlayışın kökenini de modem hükümsüzlük nazariyesine dayandırmak mümkün olabilir. (Bkz. Des Gouttes, not 36'da age, s. 365-366; Güral (Akipek), not 36'da age, s. 95.)

40a) İsviçre öğretisinde bazı yazarlarca bu da yapılmış ve sınırsız (mutlak) esneklik anlayışının "ahlaka aykırılık" ve "imkansızlık" hallerinde de uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür (Bkz. Guillod/Steffen, C♦ Art. 19-20, N. 97).

41) Aym düşüncede: Kramer, Art. 19-20, N. 308.

kümsüzlük knvramını (BK. m. 20/1 hükmüyle birlikte) tamamen bir köşeye bırakıp, her özel durum için, ihlal edilen kanun maddesine uyan yeni bir hükümsüzlük tipi yaratmak, bütün hükümsüzlük sistemini her türlü nirengi noktasından yoksun bırakır ve onu büyük bir kargaşaya sürüklemek riskini geniş ölçüde bünyesinde taşır.

bb. Smurlu Esneklik Görüşü

30

Bizim de katıldığımız bu görüş açısından BK. m. 20'de, nitelikleri yerleşmiş öğreti ve mahkeme içtihatları ile belirlenmiş geleneksel kesin hükümsüzlük kavramına yollama yapılmıştır ve Federal Mahkemenin 21.12.1976 tarihli kararında yerinde olarak belirttiği gibi, kesin hükümsüzlüğü kabul etmek için (BK. m. 20 bir köşeye itilü,))ier q_efasınd-aihlaleôilen özel nomunun ou yaptırımını (kesin hükümsüzlüğü) zorunlu kılmış olup niüiadığını araştınnak gerekriiez-. Çiğnenen özel hukuk normu açık veya örtülü biçimde kesin hükümsüzlük yaptırımını öngörmüş bulunmadıkça, bu yaptırımın (dolayısıyla BK.-:m.-20/t hülanüm.in) uygulanamayacağını kabul ecien-böyle bir anlayış, hukuka aykırı sözleşnielerôe BK. m. 20ryi-aevre dışı bnikır ve anlamsız hale getirir öbalde: bizce de, konusu hukuka aykırı bir sözleşme ile karşılaşıld-ıgı vakit, ayrıca çiğnenen kanun hükmünün bu onu-cu vām kesfızhükümsüz TiğiCaavei ettigini-ispfl((Lgerek oln aks,;in karine olarak, sozTeşmenin BK. il).. 20 uyarınca (geleneksel ve klasik anlamda) kesin hükümsüz olduğu sonucuna-varmak gerekir. *İhlal edilmiş özel kanun maddesinin anlam ve amacının farklı bir yaptırımı (klasik kesin hükümsüzlükten ayrılmış ve çiğnenen özel kanun hülanünün amacı ile uyumlu hale getirilmiş değişik bir butlan tipini) zorunlu kaldığı veya örtülü biçimde öngördüğü ortaya konup karine çürütülenmediği sürece, içeriği açısmadan hukuka aylan sözleşmeler BK. m. 20/J'deki klasik kesin hükümsüzlük yaptırımına ta^{Ah}r o^Iur^{A2}.*

42) Bkz. BGE 102.II.408. (Krş. **Koller**, I, 2.A., § 13, N. 150 ve not 56. Ayrıca bkz. yukarıda § 42, N. 24). -Şu var ki, Federal Mahkeme, daha sonraki kararlarında, kesin hükümsüzlük karinesinden söz etmeksizin, kesin hükümsüzlüğün, ancak ilgili özel hüküm açıkça bunu emretmişse veya bu hükmün anlam ve amacı kesin hükümsüzlüğü gerektiriyorsa ve gerektirdiği ölçüde bahis konusu olabileceğini belirtmekle yetinmiştir. (Örnek olarak bkz. BGE 123.III.299; 119.II.155, 224. Ayrıca bkz. **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 684 ve aşağıda not 43a). Alman Hukukunda, kanunun yasaklayıcı hükümlerine ters düşen hukuki işlemleri, tersi anlaşılmadıkça kesin hükümsüz sayan BGB § 134 hükmünün, kesin hükümsüzlük lehine bir karine koymuş sayılabiliş sayılamayacağı tartışmalıdır. Bununla beraber, öyle sanıyoruz ki, daha ağır basan eğilimin, tereddüt halinde kesin hükümsüzlük lehine bir karinenin BGB § 134'de yer aldığı yolunda olduğu söylenebilir. (Bkz. **Medicus**, AT, N. 646; **Larenz/Wolf**, § 40, N. 3; **Palandt/Heinrichs**, 64.A., § 134, N. 7).

- 31 Kesin hükümsüzlük karinesinin çürütülmesi açısından iki hali birbirinden ayırmak gerekir:

- Birinci hal, kanunun asakla ıc ü ünün a lam ve amacından hükünisuz u değil (ceza, disiplin cezası vs. gibi) bir b? ş? y a.12tınmıı::söz
--ktmusn-ofacağnmnucurfa varılması ir.Da a önce, örnekler vererek açıklad-
dtğımı-z-bu ihtimalin⁴³, bir "hükümsüzlük" yaQtırııı söz konusu olmadığından, esnek hiikümsüzTıTiavramı-ile bir ilgisi yoktur. - - •----- •

- İkinci hal, çiğnenen (sözleşmenin içeriğine ilişkin) yasaklayıcı kanun hükmünün anlam ve amacından yine bir hükümsüzlük yaptırımının uygulanması gerektiği sonucu çıkmakla beraber, BK. m. 20'de öngörülen klasik kesin hükümsüzlük kavramının olduğu gibi uygulanması halinde, özel hükmün amacına ters düşen sonuçlarla karşılaşılacağıının anlaşılmasıdır^{43a}. Bu durumda, BK. m. 20'de öngörülen klasik kesin hükümsüzlük kavramının unsurlarında bazı değişiklikler yaparak, onu, olayda çiğnenen kanun hükmüne adapte etmek, yani bu hükümle uyumlu hale getirmek gerekecektir. İşte geleneksel kesin hükümsüzlük kavramının bu şekilde çiğnenen özel kanun hükümlerinin anlam ve amacına uydurulmak üzere bazı değişikliklere tabi tutulmasına imkan tanındığı içindir ki, buradaki hükümsüzlük tipi "katı" olmaktan çıkmakta ve "esnek" olarak nitelenmektedir. Şu var ki, bu yola gidilirken, son derece dikkatli ve ihtiyatlı davranmak ve gelişigüzel uygulamalardan kaçınmak gerekir. Özel hükmün anlam ve amacının, BK. m. 20'de öngörülen klasik kesin hükümsüzlük kavramından kısımlen de olsa ayrılmayı zorunlu kıldığı sağlam gerekçelerle ortaya konmadıkça, BK. m. 20'deki karineyi çürütülmüş sayıp hemen esnek hükümsüzlük kavramına başvurmak, yukarıda "sınırsız esneklik görüşü" çerçevesinde değindiğimiz sakıncaları buraya da taşır.

Şimdi, esnek hükümsüzlük uygulaması ile ilgili üç örnek vermek istiyoruz:

- 32 - Birinci örnek: Özgürlüklerden vazgeçmeyi yahut onları ahlaka aykırı biçimde sınırlamayı yasaklayan :MK. m. 23/!1 hükmüneJeLUlli.ş.eı söz-
-leşfielerde, BK. m. 2U'oe ongorulen kesin hükümsüzlük yaptırımı, (MK m. 23ite-BK-:-m:-20-arasımhrktil1ş1Gy1 ince erken gördüç"müz gibi)""MK. m. 23/II'nin kişilik haklarınf1<öriiriaya yöielilcamacına ?öre sınır anara u
-şekm e uygulanac?Jçtıf:-Rülfümüfüziüğe, digert;ıra(Yği(sadece kişilik hakları korunan-taraf dayanabilecek, bakım-d?iitğiı yine sadece onun le lin? olarak re'sen g9zö.niudeJ.utabilecektir⁴⁴.

43) Bkz. yukarıda§ 42, N. 23 vd.

43a) Sözleşmenin içeriğine (konusuna) ilişkin bulunmayan yasaklayıcı kanun hükümlerine aykırılık halinde nasıl hareket edileceği hakkında bkz. yukarıda§ 42, N. 24, 26.

44) Bkz. yukarıda§ 42, N. 57. Öğretide, yerinde olarak, bu çözümün tipile olarak sözleşme taraflarından sadece birini korumak amacını güden bütün yasaklayıcı kanun hükümleri-

- *İkinci örnek:* 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun (4822 sayılı kanunla değişik) 6. maddesinin 11. fıkrası uyarınca, "Tarafırdan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir". Bu hükümdeki "tüketici için bağlayıcı değildir." ibaresi de, kaydın sırf tüketici açısından geçersiz olduğunu ve luikim tarafından yine sırf onun lehine görevinden ötürü (rc'scn) göz önünde tutulabileceğini gösterir⁴⁵. Görüldüğü gibi, TKHK. m. 6/11hükümü bizzat kanun tarafından öngörölmüş bir esnek hükümsüzlük örneğı oluşturmaktadır⁴⁶.

Diğer taraftan, bu söylenenlerin doğal bir sonucu olarak, satıcı veya sağlayTcı.1nrkaydmey--ersin5"tdnğuntrbtlt-seyrtli-s-ö-zle"Şrrreytiric apmayacak otdITğl.Ynu-(BK m :-101rr,-c."L) ilen surefel<soz eşmenin umuilebfttl•sayı ması gerektiğini de iddiaeciemececektli---

- *Üçüncü örnek:* Kira, hizmet gibi sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere ilişkin kanun hükümlerinin temelinde yatan değerlendirmelerden hareket ederek, bir süre karşılıklı ifa edilmiş bu gibi sözleşmelerde, kesin hükümsüzlüğün sözleşmenin yapıldığı tarihten itibaren başlamayacağı ve sadece geçersizliğin ileri sürüldüğü veya yerine göre mahkemece geçersizlik kararının verildiği tarihten ileriye doğru (*ex nunc*) yürürlük kazanacağı söylenebilir ki, bunun da temelinde yine esnek hükümsüzlük anlayışı yatar⁴⁷.

2. Diğer Hükümsüzlük Çeşitleri

a. Eksik İşlemler

Burada, bir hukuki işlemin *varlığı* değil, fakat *hükümlerini doğurması* 33 için kamın gereğı-zorunlu--sayrlan-b1r-olgt.1eksik-kalôığı için, işlem hüküm doğınmamaldadır. Ne var ki, bu hükümsüzlük kesin olmayıp, askıdadır. Elcsik olan olgu tamamlandığı takdirde, işlem hükümlerini doğuracaktır⁴⁸.

Bu konuda ilk akla gelen örnekler şunlardır:

ne aykılık hallerinde uygulama alanı bulacağı belirtilmiştir (**Schwenzer**, 4.A., N. 32, 38).

45) Bkz. **Zevkliler/Aydoğdu**, Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. baskı, Ankara 2004, s. 165.

46) Ayrıca bkz. yukarıda § 23, N. 38.

47) Esnek hükümsüzlüğün, hükümsüzlüğün başlangıç tarihini değiştinmekte rol oynayabileceğı konusunda bkz. **Belser**, not 38'de age, s. 442; **Huguenin**, Basler Komm. Art. 19-20, N. 57.

48) Bkz. yukarıda § 10, N. 9.

- Sınırlı ehli etsizlerin (a irt etine gücüne sahi kü ve kısıtlıLann) kanuni (yasal) temsilciJerinin iznini almadan apJıklao işlemler (MK. m. 16, 451).

- İstisna olarak vasinin izni ile y^{ti} nilmeyip, kamın gereği...:vesayet makamının veya-vesayet makam.ı-ile birlikte ayrıca denetim makamının da -onayına bağlı tutulmuş işlemler (MK. in. Lf62^{o3})⁴⁹:

- Tasarruf yetkisi bulunmaksızın yapılan tasarruf işlemleri.

-Yetkisiz temsilcinin yaptığı işlemler{BIC m-:-38).

- Geçerliliği kanun gereği resmi bir makamın onayına bağlanmış işlemler.

Eksik olfil'nun tamamlanması halind.e (.ö.me ğin. ye.J eY-a yasi jcüç !:i? yahut kısıtlının !ğ!..J.sleme: temsiLolunan. y etkisiz..Jemsilcünün onun aaina yaptığı işleme icazet veriyorlar , !i s!g_ {jJ.l.f!! m!l s_ona erer ve i_slem ger-ti olur. Buğecerliliğin fiang(andan jti_oar:en gerçekleşeceği, bir başka deyllaj? i leJ:!!lin y?pi}qıĝi ana k??_ar_g?riye yürüyüp yürümeyeceğCkonu-sunda kesin bir kural konulaqıay.acağı. genellikle-kabul edilmekte; ancak eks-iklik-ÔieTHukuk ge.rçek veya tüzel k,işilerinin.rızasının bulunmamasın-dan ibaret f.e. bınılar tarafından verilecek icaz(?tin-geçmişe etkili olacağı nüsusunia goru_l?}rlıĝioulunmaktr?

34 Eksik işlemler için çok defa ('as^{da} hükümsüz" deyimini kullanılır. Ni-tekim, biz de sık sık öyle yapıyo . Şu var ki, mesele ^{rin}lemesine ince-

49) Bu konuda İsviçre ve Türk Hukukları arasında fark vardır. Türk Hukukunda MK. 463'ün "vesayet makamm izninden sonra denetim makamının da izni gereklidir" di-yen metninden, ayrıca denetim makamınca onaylanacak işlemlerde, daha önce vesayet makamının izninin bulunması gerektiği anlaşılmaktadır (çifte izin). Öğreti ve uygulama da aynı doğrultudadır (Bkz. **Oğuzman/Dural**, Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1998, s. 501; **Özüğür**, Türk Medeni Kanununun Yeni Düzenlemeleri İle Açıklamalı-İçtihatlı Velayet, Vesayet, Soybağı ve Evlat Edinme Hukuku, Ankara 2002, s. 625, 626). Buna karşı, MK. m. 463'ü karşılayan İsviçre MK. m. 422, denetim makamınca onaylanacak işlemlerde, daha önce vesayet makamının "izin" vermiş olmasını aramayıp sadece "ka-rar" vermiş olması ile yetinmektedir. İsviçre öğretisine göre, daha önceki aşamada ve-sayet makamınca reddedilmiş bir izin talebi dahi denetim makamınca incelenip olumlu veya olumsuz bir sonuca bağlanabilir (**Deschenaux/Steinauer**, Personnes physiques et tutelle, 4. ed., Beme 2001, N. 1004; **Geiser**, Kommentar zum Schweizerischen Privat-recht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I/2, Basel, 1999, Art. 421-422 ZGB, N. 12). Es-ki MK. m. 406, İsviçre metnine uygun biçimde sulh mahkemesinin "karan" alındıktan sonra mahkemei asliyenin dahi müsaadesi lazımdır" demek suretiyle vesayet makamı-nın olumsuz kararının denetim makamınca denetlenmesine imkin veren bu isabetli çö-züme açık kapı bırakıyordu.

50) İcazetin geçmişe etkili hüküm doğuracağı hususunda bkz. yukarıda § 10, not 14. Bu konuda ayrıca bkz. **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 140-141.

İcendiği vakit, eksik işlemler deyiminin bu kavramın sınırlarını çizmekte daha başarılı olduğu söylenebilir. Zira gerek "askıda hükümsüzlük" (*schwebende Unwirksamkeit*) gerekse "askıda hüküm doğurma" (*schwebende Wirksamkeit*) kavramları⁵¹ eksik işlemlere nazaran daha geniş bir uygulama alanına sahiptir. Bu kavramların içine "eksik işlemler" girdiği gibi, eksik işlem niteliğinde olmayan başka hükümsüzlük halleri de girebilir. Örneğin, iptal edilebilir sözleşmeler, gerçekte iptal edilebilir sözleşmeler olarak nitelenebilir⁵². Her iki durumda da, her şey iptal hakkına sahip tarafın süresi içinde iptal hakkını kullanıp kullanmamasına bağlıdır, yani askıdadır. Oysa, iptal edilebilir işlemler, eksik işlemler kategorisine girmez. Zira, gerçek olmayan iptal görüşü açısından, örneğin bir irade bozukluğu (hata, hile, ikrah) yahut gabin sebebiyle iptal edilebilir sözleşmede, askıda hükümsüzlük, işlemin hüküm doğurması için zorunlu *bir tamamlayıcı olgunun eksikliğine* değil, sadece (kurucu ve tamamlayıcı olguların tam olarak gerçekleşmiş bir sözleşmede) hata, hile, ikrah, gabin gibi *ayrı bir geçersizlik sebebinin bulunmasına* dayanmaktadır. Gerçek anlamı ile iptal görüşü açısından ise, bu gibi durumlarda yukarıda belirttiğimiz gibi, esasen bir "askıda hükümsüzlük" değil, "askıda hüküm doğurma" söz konusudur ve aynı gerekçe ile yine bir eksiklikten söz edilemez.

Alınan Hukuku öğretisinde ileri sürülen bir görüşe göre, iptal edilebilir sözleşmeler ile hüküm doğurması askıda olan sözleşmeler arasındaki fark şu noktada aranmalıdır: Gerçi her iki durumda da, hüküm doğurma hükümsüzlüğe dönüşebilmektedir. Ne var ki, iptal hakkında bu konuda karar veren sözleşmenin iptal hakkına sahip tarafına aittir. Oysa, askıda hüküm doğuran veya askıda hükümsüz sözleşmelerde, bu karar, taraflar dışında bir kaynak (genellikle bir üçüncü kişi) tarafından alınmaktadır (Kanuni temsilcinin, sınırlı ehliyetli üçüncü kişi ile yaptığı sözleşmeye icazet verip vermemesi gibi)⁵³.

Eksiklik ve buna bağlı askıda hükümsüzlük, kamına değil de, tarafların anlaşmasına bağlı olarak meydana gelmişse, şarta bağlı ir söz eşme karşınuz çıkar. Geciktirici şarta bağlı sözleşme, bu anlamda askıda hükümsüz olduğu yla şarta bağlı sözleşmede askıda hüküm doğurma söz konusudur"

51) "Askıda hüküm doğurma" kavramı için bkz. **Medicus**, AT, N. 492; **Beer**, Die relative Unwirksamkeit, Berlin 1975, s. 69. Bu ihtimalde, sözleşme başta hüküm doğurmakta, ancak bazı şartlar gerçekleşirse hükümsüz kalma riskini bünyesinde taşımaktadır, bu sebeple de doğurduğu hükümler askıdadır.

52) Aynı doğrultuda: **Tekinay/Akrnan/Burcuoğlu/Altın**, s. 381-382.

53) **Medicus**, AT, N. 492.

54) **Medicus**, AT, N. 491.

b - Sadece Belirli Kişiler (ar-şbi) Hükümsüzlük

- 37) Eskiden 'imal_e5!pebi_lirlik,:lqu; şılığLk:ullarulan "nisbi butlan" ile karışırılmaması gereken bu hükümsüzlük çe_şjdi tasanuf işlemlerinde_karşgn.ıza cıka?Bu gibi durumlard, işlem 1a aflar_ar.asmda geçerli, fakat kanun tarafından korunan bazı üçüncü kişilere karşı geçersizdir-. Böylece, bir mülkiyet devri ökonusu ise, devralan devredene karşı mülkiyet-fazarıdığı a e, korunan üçüncü kişilere.J<arşı mülkiyet devredende kalmıştır. Örneğin Medeni Kanunumuzun sisteminde bir taşınır rehninin kurulması için, rehin verilen malın rehnedenin fiilen ve tek başına hakimiyetinde kalmaması gerekir (MK. m. 939). Bu kuralı bertaraf etmek üzere, rehin veren ile alacaklı, taşının mülkiyetinin teminat amacı ile karşı tarafa geçirilmesini ancak bu devrin *hükmen teslim* yolu ile yapılmasını, yani mal fiilen diğer tarafa teslim edilmeksizin, devreden özel bir hukukı sebebe dayanarak (örneğin kiracı, vedia alan gibi sıfatlarla) malın vasıtasız zilyetliğini muhafaza etmesini kararlaştırabilirler. Bu gibi devirler, 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlükten kalkan eski MK. m. 690 uyarınca, taraflar arasında geçerli, ancak üçüncü kişilere (devreden alacaklılarına) karşı geçersiz sayılıyordu, yani devreden alacaklıları açısından malın mülkiyetinin devredende kaldığını kabul eden bir nisbi hükümsüzlük yaptırımı öngörülmüştü. Yeni MK. m. 766, gerekçesinde herhangi bir hüküm değişikliği yapılmadığını ifade ettiği halde, madde metninde "mülkiyetin nakli sonuç doğurmaz" denilmiş, sözü edilen sonuç doğurmamanın sadece üçüncü kişilere (devreden alacaklılarına) karşı olduğu belirtilmemiştir. Bu durumda, sözü geçen hükmün, bu gün dahi bir "nisbi hükümsüzlük" örneği olarak gösterilmesi çok tartışma götürür hale gelmiştir⁵⁶.

- 38) Uygulama bakımmdao öoem.J.i-bi:-eaşka-ömek-haeiz-ve-iflas--haHeriyle ilgilidir. İcra ve İflas Kanununa göre (m. 86), borçlu hacizli taşınır !llalları nn e a ac@}IHJJ rn!1:Y. filfif.-crsa..müdiirünün -;-zni alınmaksızın:tasarruf e_d em ez. Bu şekilde tasarruf yetkisi ok.ısıtlanan-borçlu,haczedilmiş taşınırllarına iliş in olarak izinsiz tasarruf işlemleri yapar, örneğin bunları bir I:raşlcaSnı devrederse; yapılan-tasarruf işlmi.ta't-af.lar- arasında-geçer fi una

55) **Larenz/Wolf**, § 44, N. 58; **Oğuzman/Barlas**, not 10'da age, s. 171; **v. Tuhr/Peter**, § 28, VI, 5, s. 220.

56) Özellikle bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, 11. bası, İstanbul 2006, s. 576 ve not 43. Bu eserde savunulan ve nisbi geçersizliğin ancak kanunda özel bir düzenleme varsa kabul edilebilecek bir istisna oluşturduğundan hareket eden fikre göre "bu mutlak ifadeye rağmen madde metninin eski hükme uygun biçimde yorumlanarak, mülkiyetin naklinin taraflar arasında geçerli olacağı fakat üçüncü kişiler açısından geçersiz sayılacağını (nisbi geçersizlik) savunmak güç görünmektedir."

karşı haciz koyduran nlncaklıların ka şı 7e ersi .dir⁵⁷. Sonradnn icazet verilmesi veya laczin (önleğin borcun ödenmesi sebebiyle) kalkması halinde, daha önce izinsiz yapılmış tasarruf işlemleri herkese karşı geçerlilik kazandırır.

Aynı şekilde. iflasın açılmasından sonra, iflas masasına dahil mallar ve haklar üzerinde, borçlunun yapacağı tasarruf işlemleri, taraflar arasında geçerli, buna karşı iflas masasına (alacaklılara) karşı hükümsüz sayılır (İcra ve İflas K. m. 191/1). Şu var ki, burada da, iflas idaresi dilerse bu tasarrufa icazet verip onu geçerli hale getirebilir. Bu ihtimalde, müflisin yerini iflas idaresi alır. Bunun gibi iflasın kaldırılması halinde (m. 182), tasarruf herkese karşı geçerli hale gelir⁵⁸.

u nokta 1 ekle e ii ki burada sözü edilen ve n ;l,ük_)@p-tmmına ta 1 olan işlemlerde sözü edilen hükümsüzlük kesin hükümsüzlük egi ır.* a a sonra:- yeriie6Jl?eR ic? _yey ? _as ?n a u 1 asın a ırı - ması hallerinde ol<! uğ!) gibi taş c1. IT11iY?tilililio şQ!!Lad?!! ?aJ2nılmas! ü3=eri- ne iş emdekınısbı hükümstaj?5 ..9 t!<!.ap. kalkabileceği?e?öre, eksik (askı- dalmfüinsuz işlemTer söz onustJdur (,asfi7faii{sbthükumsüz ük).

İsviçre Hukukunda bazı yazarlarca öne sürülen bir başka görüşe göre, gerek haciz gerekse iflas hallerinde, yapılan tasarruf işlemleri nisbi olarak geçersiz değildir. Burada Borçlar Hukuku anlamında herhangi bir hükümsüzlük söz konusu olamaz. Şu halde, haczedilen taşırura veya iflas masasına dahil bir mala ilişkin olarak yapılan tasarruf işlemleri hem taraflar arasında hem de alacaklılara karşı geçerlidir. İcra ve İflas Kanununda öngörülen yaptırın gerçekte, bu tasarruf işlemlerinin alacaklılara karşı ileri sürülelememesinden, yani alacaklıların (sanki söz konusu tasarruflar hiç yapılmamış gibi) devredilen malları paraya çevirme yetkisini muhafaza etmelerinden ibarettir⁵⁹. Bu çözümün İcra ve İflas K. m. 277 vd. anlamındaki iptal davaları için kabul edilene çözüm ile arz ettiği paralellik herhalde gözden kaçmayacaktır⁶⁰.

c. Hakimin Takdirine Bağlı {Takdiri} Hükümsüzlük

Genel ilkeye göre, kanunun butlan için öngördüğü şartlar gerçekleşmişse hakim butlana hükmetmek zorundadır. Örneği pek zor bulunabilecek bazı ihtimallerde, kanun, işlemin hükümsüz sayılması için öngörülen bütün ...şartlar gerçekleştiği Jnrl de, _fiijkümsüzlüğe hillmietmeyr hak.imin ta ciirine -bırakmış olabilir. Şu gibi durumla"rda"takdire bağlıh4Kürrisüzfül-t' avramı k!1fŞ?çıkır. Bu konuda Borçlar Kanunundan verebileceğimiz tek

57) **Kuru/Arslan/Yılmaz**, İcra ve İflas Hukuku, 17. Baskı, Ankara 2004, s. 274; **Kuru**, İcra ve İflas Hukuku, 3. baskı, cilt 1, İstanbul 1988, s. 646.

58) **Üstündağ**, İflas Hukuku, 4. Bası, İstanbul 1991, s. 67, 68; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, not 57'de age, s. 572 vd.; **Kuru**, not 57'de age, cilt 3, s. 2874, 2875.

59) Özellikle bkz. **Carole van de Sandt**, L'acte de disposition, Fribourg Suisse, 2000, N. 829, 605 vd., 642-643.

60) Bkz. yukarıda not 35.

61) Özellikle bkz. **Schwarz**, s. 372-373 ve not 13.

örnek BK. m. 99/II hükmüdür. Aynı maddenin birinci fıkrası, hafif kusur-
dan ötürü borçlunun sorumluluğunu ortadan kaldıran anlaşmalara izin ver-
diği halde, ikinci fıkra öngördüğü iki ihtimalde hakime, takdir yetkisini
kullanarak, hafif kusura ilişkin olarak yaV:11miş sorumsuzluk anlaşmalarını
dahi hükümsüz sayma imkanını tanımıştır ².

Ş 44. Kısmi Hükümsüzlük ve Çevirme

I. Kısmi Hükümsüzlük

1. Genel Olarak Borçlar Kanununun Sistemi

- 1 Bir sözleşme tümü ile değil, sadece bir veya bir kaç hükmü bakımından geçersiz olabilir. Bu durumda nasıl hareket edilecektir? Borçlar Kanunu-
muzun öngördüğü sisteme göre, asıl olan, sözleşmenin sadece ilgili hüküm-
lerinin hükümsüz, geri kalan bölümünün ise geçerli sayılmasıdır (BK. m.
20/II, c. 1). Böylece, hukukî işlemleri veya sözleşmeleri, imkan ölçüsünde
ayakta tutacak çözümlere üstünlük tanımak gerektiği yolundaki '*Javor
negotii*' ve '*Javor contractus*' ilkelerine uygun bir çözüme ulaşılmakta ve
sözleşmenin sadece bir bölümüne bulaşmış hükümsüzlüğün sözleşme üye-
rindeki etkisi en düşük düzeyde tutulmaktadır'.
- 2 Alınan Hukukunda BGB § 139 bunun tam aksi çözümü benimsemiştir. Bu hükmü
göre, bir hukukî işlemin sadece bir bölümü kesin hükümsüz ise, işlemin batıl olan bö-
lüm olmaksızın da yapılmış olacağı anlaşılmadıkça, işlem tümü ile geçersiz olur.
- 3 Su var ki, yine kanuna göre (BK. m. 20/11) hükümsüz olan bölüm ol-
maksızın tarafların (hatta içlerinden sadece birinin) sözleşmeyi kurmayaca-
ğı anlaşılıyorsa, sözleşme tümü ile hükümsüz sayılır- bir batıl kısım ile
sözleşmenin belirli bir veya bir kısmındaki geçersizlik tüm sözleşmeye
yayılar.
- 4 **BK. m. 20/II, c. 2'de** yer alan ve sözleşmenin tümü ile geçersiz sayılma-
sı gerektiren taraf iradesi veya iradeleri farazi (varsayımsal) bir iradeye
yollama yapmaktadır. Bu iradenin hangi yöntemle tespit edileceği tartışma-
lıdır:

62) Hakimin BK. m. 99/II uyarınca takdir yetkisini kullanırken neleri dikkate alması gereke-
ceği hususunda bkz. **Weber**, Bemer Kommentar, Bd. VI, Bem 2000, Art. 100 OR, N.
162-163. -4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda öngörülen geçersizlik
hallerinin (Bkz. **Aslan**, Rekabet Hukuku, 4. baskı, Bursa 2007, s. 770 vd. ve not 80) tak-
dir yetkisi hakim yerine Rekabet Kurulu'na bırakılmış bir takdiri butlan oluşturduğu gö-
rüşü için bkz. **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 138.

1) **Hürlimann**, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20, Abs. 2 OR, Freiburg
Schweiz, 1984, N. 11; **Gauch/Schlueter/Schmid**, N. 693.

2) **Kramer**, Art. 19-20, N. 327; **v. Tuhr/Peter**, § 29, II, s. 227.

a) *Ol?iekr{fleştirilmiş.fara=f (varsayımsal) iradeler* görüşüne göre, farazi iradelerin nrrn., tırılması, sözleşmenin kurulduğu anda esasen mevcut bulunmayan fiili-psikolojik bir iradenin araştırılması anlamını taşımaz. 1 Ifikiinden bu konuda beklenen, MK. m. 2/1 'de yazılı dürüstlük kuralının ışığında ve olayın bütün özelliklerini gözönünde tutmak suretiyle objektif bir değcr-lendinne yapması, yani dürüst ve makul sözleşenlerin bu şartlar altında hükümsüzlüğü bilselerdi neyi istemiş sayılacaklarını araştırınasıdır³. Bu yöntemin en zayıf tarafı, bu şekilde elde edilen sonucun, tarafların gerçekten istemiş olacakları sonuca hiç uymaması tehlikesini bünyesinde taşımasıdır.

b) *iki aşamalı inceleme görüşü* olarak adlandırılabilir ikinci görüş, bizce üstün tutulması gereken şu yöntemi esas almaktadır: Buna göre, hakimin incelemesi iki aşamadan geçecektir. Birinci aşamada, objektif bir ..değerlendinne yapılmayacak ve mesele sadece tarafların (hiç şııpfiesııruş Oünyaya yansıruş ve anlaşılabılır hale gelmiş) bire◆sel-süfıjelctıf çıkar de-gerlendi◆neleri açısından _eJ◆...JllıIJ◆.@ktır. Ancak bu y_9ldan bir sonuca varı-lamadığı takdirde ki, yukarıda belirtilen tarzda tal !l◆ !P◆n Objektif bir deoerlencii@eiin yapı◆iKın'cıaşamaya-geçilecektir⁴.

Farazi iradelerin araştırılmasında esas olarak alınacak an, geçersizlik iddiasının ileri sürüldüğü veya bu konuya ilişkin davanın açıldığı an olmayıp, sözleşmenin kurulduğu andır⁵.

S

Su noktayı gözden kaçınmamak gerekir ki, butlanı öngören kanun hük-miının koruyucu amacı veya dürüstlük kuralı gerektiriyorsa, taraflardan bının "Ben ou-hükmunge-çeisız sayılacağını"bÜseydim bu sözleş-meyi hiç yapmazdın""şeldindekT savünfuası-kabul ediliıiezve farazi iradelere Dal<Il-maksızın lıusmi hükümsüzlük yaptırımı ile yetinilir⁶. Bunun öğretide sık sık tekrar eaneri örneği şudur: BK. m. 99'a ters düşen bir sorumsuzluk anlaş-masında, borçlunun kasten veya ağır ihmali ile vereceği zararlardan bile sorumlu tutulamayacağı kararlaştırılmışsa, bu anlaşmanın geçersiz olması, sorumsuzluk kaydını içeren sözleşmenin tümü ile geçersiz sayılmasına yol açmaz. Borçlunun, bu kayıt olmasaydı sözleşmeyi hiç yapmayacağını iddia

6

3) **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 700; **Hürlimann**, not l'de age, N. 210 vd.; **Tandoğan**, La nullite, l'annulation et la resiliation partielles des contrats, Geneve 1952, s. 76-77; **Eren**, 9. bası, s. 308; **Başpınar**, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998, s. 100-101.

4) **Kramer**, Art. 19-20, N. 366; **Larenz/Wolf**, § 45, N. 28; **Medicus**, AT, N. 508. Ayrıca bkz. **Huguenin**, Basler Komm., Art. 19-20, N. 63; **Koller**, I, N. 903, 987. Anılan son iki yazar, ikinci aşamadan hiç söz etmeksizin, sübjektif görüşü benimsemekle yetiniyor.

5) **Kramer**, Art. 19-20, N. 367; **Tandoğan**, not 3'de age, s. 74; **Başpınar**, not 3'de age, s. 101. Farklı: **Bucher**, AT, s. 243, not 18.

6) Özellikle bkz. **Tandoğan**, not 3'de age, s. 86 vd.; **v. Tuhr/Peter**, § 29, not 31, 33 d.; **Hürlimann**, not l'de age, N. 12; **Huguenin**, Basler Komrn., Art. 19-20, N. 62.

ve ispat etmesi bu sonucu değiştirmez. Aksi kabul edilseydi, kişisel olarak veya sosyoekonomik açıdan güçsüz olanları korumak için kanuna konulan BK. m. 99 hükmü, (sözleşmenin diğer hükümlerinin ayakta kalması sonucu sağlayacağı yararlardan onu yoksun bırakmak suretiyle) korunan taraf aleyhine işletilmiş olurdu⁷.

- 7 İsviçre Federal Mahkemesine göre, kısmi hükümsüzlüğü düzenleyen BK. m. 20/II, kısmi hükümsüzlükten zarar gören tarafı korumak üzere kanuna konmuş bir hükümdür. Bu sebeple, o, sözleşmenin kısmen hükümsüz kalması aleyhine sonuçlar doğurduğu halde, kısmi hükümsüzlük dolayısı ile içeriği değişmiş sözleşme ile bağlı kalmayı kabul ettiği takdirde, hakim artık sözleşmenin tümü ile geçersiz olduğuna karar veremez⁸. Bir başka anlaşla, kısmi hükümsüzlükten yararlanan diğer tarafın "karşı taraf, kısmi hükümsüzlüğü bilseydi bu sözleşmeyi hiç yapmazdı" şeklindeki iddiasını dikkate alamaz⁹. Öğretideki çoğunluk tarafından¹⁰ benimsendiği görülen bu görüşe karşı, bazı yazarlar, bu sonuca BK. m. 20/II'nin amacına dayanarak¹¹ değil, olsa olsa hakkın kötüye kullanılması yasağından (MK. m. 2/11) yararlanarak varılabileceğini belirtiyorlar¹².

- 8 Taraflar aralan ç.ıkacak..Jhtila-4a1:ın-mahkemeler4e-değ-1-fakat-ha-ke er tarafından çözüme bağlanması kon unda aolı:ışmış .bulunabilir "(tabkiıffşaffi ve)'a tı a alinde hangi mah.kemenin-)let-kiL.i-ofaGağ'4-husu-sun a ır hükmü sözleşmeye eklemi olabilir e. uı. gibi "tabkim şartı" ve "yetkitr-mahkenienill bel i edilmesi" kayıtları, sözleşme tümü ile geçersiz FaTsaô-1ri-:111<:e ofara-geçerlll!klen!}f1Zôı.ırlar. Zira, ancak buyoldandır ki, 22arın sozleş-enfrı geçe-!! olup 2giadıgE1...!!:U.22iti!.122.geç-2rsi? ise ve nıg-2n alınmasına ilişkin dav-2l2giaJonksiy._oJllarını _yerine getirmesi 1:nQ.iukün olur¹³.

- 9 Kısmi hükümsüzlüğü düzenleyen BK. m. 20m hükmü emredici değildir. Bu sebeple taraflar, sözleşmenin bir veya bir kaç hükmünün hükümsüz sayılması ihtimali için BK. m. 20/II'nin öngördüğünden farklı çözümler içeren anlaşmalar yapabilirler. Bu takdirde, BK. m. 20/II değil, fakat taraflar arasında yapılmış bulunan ve genellikle "hükümsüzlük anlaşması"

7) Bkz. v. Tuhr/Escher, § 69, VI, 1, s. 119; Oğuzman/Öz, 4. bası, s. 360. Bu konuda ayrıca bkz. Larenz/Wolf, § 45, N. 33 ve aşağıda N. 13.

8) BGE 81.11.622; 107.II.423; 109.II.244.

9) GuhVKoller, § 7, N. 43.

10) Gauch/Schluep/Schmid, N. 701; Kramer, Art. 19-20, N. 368; Eren, s. 308.

11) Gerçekten, çoğunluğun görüşünce, "kısmf hükümsüzlük halinde, sözleşmenin tümü ile geçersiz sayılması gerektiğini sadece kısmf hükümsüzlükten zarar gören taraf ileri sürebilir" şeklinde karşımıza çıkan bu çözüm, BK. m. 20ff hükmünün amacına göre daraltılarak (teleologische Reduktion) uygulanmasına dayanır (Bkz. Koller, I, 2.A., § 13, N. 86).

12) Huguenin, Basler Komm. Art. 19-20, N. 64; GuhVKoller, § 7, N. 43.

13) Kramer, Art. 19-20, N. 336; Hürlimann, not I'de age, N. 242; Gauch/Schluep/ Schmid, N. 701.

(*Nichtigkeitssabrede*) diye adlandırılan bu anlaşma hükümleri uygulanır. Şu halde, BK. m. 20/II sadece tamamlayıcı (yedek) bir hükümden ibarettir¹⁴.

Kısmi hükümsüzlüğün sonuçlarını düzenleyen ve bütün sözleşmeler gibi BK. m. 19-20'deki sınırlar içinde geçerli olan "hükümsüzlük anlaşmaları" çeşitli biçimlerde karşımıza çıkabilir:

- Taraflar hükümsüz bölüm dışında kalan tüm sözleşme hükümlerinin (BK. m. 20/II, c. 2'de olduğu gibi farazi irade araştırması yapmaksızın) mutlak olarak geçerli kalacağını kararlaştırmış olabilir. Hiç kuşkusuz, böyle bir anlaşmanın geçerli sayılabilmesi için, geri kalan bölümün bağımsız olarak varlığını koruyabilecek biçimde hiç değilse sözleşmenin objektif açıdan esaslı noktalarını (*essentialia negotii*) içermesi gerekir¹⁵.

- ikinci bir imkan, tarafların, bir tek hükmü dahi geçersiz sayılırsa sözleşmenin tümü ile hükümsüz hale geleceğini kararlaştırmış olmalarıdır.

- Nihayet üçüncü bir ihtimal olarak, taraflar geçersiz sözleşme hükmü yerine, öngördükleri bir başka yedek hükmün geçmesini ve sözleşmenin bu şekilde varlığını devam ettirmesini kararlaştırmış olabilirler.

2. Kısmi Hükümsüzlük Çeşitleri¹⁶

BK. m. 20/II, "tam hükümsüzlük-kısmi hükümsüzlük" ikilemini esas almakta, buna karşı kısmi hükümsüzlüğün kaç biçimde karşımıza çıkabileceği konusunda bir şey söylememektedir. Bu konuda üç ihtimali ayrı ayrı ele almak gerekir:

a. Birinci ihtimal: Sadece geçersizlikten etkilenen hükümler (yerlerine bir başka hükmün e mesi söz konusu olmaksızın hukuken bir değertāşmaz, söz eşme ge'li !sal?n hiikiln) a _):'...akta kalıı: Bu ilı.timalde""basit kısmı Ju'kümsüzlükteu" söz edilir. Örneğin, bir ta mır rehinde, MK. m. 949 hukmiıneayhnOlarak, borcun ödenme?esi haii::ai,7e1 nedilen malın mülkiyeünün rehini alıaca}<.Jy? geçe ceği kara.rJa _stioJ?ssa, ilke olarak, sadece bu hüküm geçersiz olur, ?ehin sö?le _smesi (başka bir değışikliğe uğramaksızın) diğer hükümleriyle geçerliliğini.korur..

b. İkinci ihtimal: Sözleşmenin, tıpkı birinci ihtimalde olduğu gibi, sadece bir veya birkaç hükmü geçersiz sayıldığı ve bu geçersizlik tüm sözleş-

14) Hükümsüzlük anlaşmaları ve çeşitleri için özellikle bkz. **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 695-696; **Hürlimann**, not 1'de age, N. 170 vd.; **Kramer**, Art. 19-20, N. 330 vd.

15) **Hürlimann**, not 1'de age, N. 177.

16) Bk.z. **Kocayusufpaşaoğlu**, "Değişik Kısmi Hükümsüzlük" ve "Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük" Kavranılan ile İlgili Düşünceler, Selim Kaneti'ye Armağan, İstanbul 1996, s. 25 vd., s. 32-33.

meye yayılmadığı halde, birinci ihtimalden farklı olarak, geçersiz olan hüküm veya hükümlerin yerine "yedek hüküm" (*Ersatzregel*) olarak adlandırılan bir başka hüküm geçirilir ve bu yoldan bir bölüm hükmün geçersiz kalmasıyla sözleşmede meydana gelen boşluk doldurulur.

Biz buna, daha önce, İsviçrede çok kullanılan "*modifizierter Teilnichtigkeit, nullite partielle modifiée*" karşılığı, "hüküm ve sonuçları değiştirilmiş" anlamına gelmek üzere "değişik kısmi hükümsüzlük" diyorduk. Buna karşı, Türk öğretisinde "değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük(butlan)" deyiminin daha fazla taraftar topladığı görülüyor¹⁷. Şimdi üstün tuttuğumuz deyimler, biraz uzun olmasına rağmen kavramı çok daha iyi ve anlaşılır biçimde ifade eden "*sözleşme içeriğini değiştiren kısmi hükümsüzlük*" (*Teilnichtigkeit mit modifiziertem Vertragsinhalt*)¹⁸ veya kısaca "*içerik değiştirici kısmi hükümsüzlük*" deyimleridir.

- 13 İçerik-değ-i-t-i-Fici-k-ı-smt-hükümsüzlük,söz-leşmedeki _boşluğu dolduran yeaekhükünün niteliğine göre üç biçimde karşımıza çıkabilir¹⁹:

aa. Kanunda konuya ilişkin *emredict btrkural* varsa, hükümsüz sayılan liöJümün yerine bu emredici-kural geçer: Örneğin BK. m. 99/I hükmüne ters düşen bir sorumsuzluk kaydı ile, borçlu (ağır ihmal ve kast halleri dahil) her çeşit sorumluluğu bertaraf etmişse, geçersiz olan bu hükmün yerini borçlunun sadece hafif ihmalden sorumlu tutulamamasına izin veren BK. m. 99/I hükmü alır ve buna bağlı olarak mevcut kayıt törpülenerek hafif ihmalden sorumluluğu ortadan kaldıran bir kayda dönüşür.

Bu ihtimalde, borçlunun, hükmün emredici kurallara aykırılık sebebiyle geçersiz sayılacağını ve bunun yerini emredici hükmün alacağını bilseydi, sözleşmeyi hiç yapmayacağı, bu sebeple sözleşmenin BK. m. 20/11, c. 2 uygulanarak tümü ile geçersiz sayılması gerektiği yolundaki iddiası emredici hükmün koruyucu amacı ile bağdaşmadığı ve korunan tarafı sözleşmenin sağlayacağı çıkarlardan yoksun bırakacağı için dinlenmez²⁰.

- 14 bb. Kanunda konu ile ilgili *tamamlayıcı bir kural* bulunduğu takdirde, ilice olarak, bu kural ile sözleşmedeki boşluk doldurulur. Ne var ki, bu yola gidilebilmesi için, söz konusu tamamlayıcı kuralın sözleşmenin içeriğinde yer alan diğer hükümlerle bağdaşan "uygun ve uygulanabilir" bir nitelik

17) Eren, 9. bası, s. 305; Başpınar, not 3'de age, s. 152-153.

18) Daha önce, çok uzun olduğu gerekçesiyle bu deyim kullanmaktan kaçınmış idik (Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, not 16'da age, s. 25, not 2). Üstün tuttuğumuz deyim İsviçre'de Schmidlin (Art. 23-24 OR, N. 150 vd.) tarafından kullanılmıştır.

19) Bu konuda özellikle bkz. Kocayusufpaşaoğlu, not 16'da age, s. 26, 29-30.

20) Aynı yönde açıklamalar için bkz. Gauch, "Modifizierte Teilnichtigkeit". Anmerkungen zu BGE 107.II.216 ff., recht 1983, s. 98 vd.; Gauch/Schbluep/Schmid, N. 712a; Hürli-mann, not 3'de age, N. 288, 289; Koller, I, N. 963. -Başka türlü: Kramer, Art. 19-20, N. 355.

tnşımnsı şarttır²¹. Aksi halde. aşağıdaki üçlincli ihtimnl-çcrçevcsinde hareket edilerek tnatltnrın farazi (vnrsayımsnl) iradelerine haşvunılır.

Olayın bütün özelliklerini göz öniln<lc tulun bir yanım sonucu, konum.la.ki hükümden oynlan tamtltnrın. kanunun inmnmlayıcı hilkm\inün uygulınınusını hiç bir şekilde iste-medikleri anlaşılıyor, böylece anılan hükü\ın "uygulınubilir" olmaktan çıkıyor ve meydana gelen boşluğu (aşağıda açıklndığıınız biçimde) onların ortak fnruzi iradelerine göre doldunnnk da mümkün olamıyorsa, DK. m. 20/11, c. 2'yc ha?vurulması, yuni sözleşme-nin tümü ile geçersiz sayılması cngellenmez.

JS

cc. Sözleşmenin bir bölümünün geçersiz olmasına-rağmen, boşluğu 16 doldurabilecek bir en!r?ğ_ici yçya (uygulanabilir) tamamlayıcı kanun.hükümü de yoksa, özellikle İsviçre öğretisinde hak?m olan görüş? ve İsviçre Federal Mahkemesine göre, hakim tarafların, sözleşmenin kurulduğu anda hüküm-süzlüğün farkına vannış olsalardı, geçersiz kalan bölümün yerine bir başka hül'iim üzerinde uyuşacakları ve sözleşmeyi bu şekilde kurmuş olacakları sonucuna varırsa, onların *ortakfarazf (varsayımsal) iradelerine* dayanan bu hükümü bulup, sözleşmedeki boşluğu anılan hüküm ile doldurabilir²² Sözü geçen farazi iradelerin araştırılmasında, yukarıda BK. m. 20/JL c. 1. hükmü -(kısınu hukumsuzrtik-mu, tam fitilrumsüzffik- mü problemi) çerçevesinde söylenenler²³ geçerirofaca!cti?. S? a lde, s?ozleşmede? b?luki çe.ok d?ğis-tinci kısmı hükümlsüzlük faraziyesi çerçevesinde hakimın bulacağı bir hü-künle -doldurulacağı zaman, -ilk-planda, somut olaydaki taraflar, (kendi --sübjektif çıkar değerlendirmeler-iaçısından))_fiilen neyi istemiş say.ılal:>ilir-lerdi sorusuna bir cevap aranacak, bu yöntem s_9nuç vermiyorsa, onların -lvIK. m. 2/I çerçevesinde makul ve dürüst sözleşenler olarak kabul etmeleri bel<lenecek çözümün ne olduğunun araştırılmasına geçilecektir.

Hakimin kendi bulduğu bir kural ile sözleşmedeki kısmi boşluğun doldurulması hali için verilebilecek en güzel örnek İsviçre Federal Mahkemesinin 14.07.1981 tarihli kararındır²⁴. Olayda iki yıl için yapılmış bir tek sahicılık sözleşmesinde, bu süre geçtikten sonra 6 aylık bir bildirim süresine uyularak fesih imkanı tanınmış, fakat tek satıcı satış için yoğun çaba harcayarak borcunu yerine getirdiği sürece, yapımcının fesih hakkı en-gellenmek suretiyle onun sonsuza dek bağlanması tehlikesi yaratılmıştı. Bu durumda, yapımcının fesih hakkını kaldıran hükmün geçersiz sayılması gerekiyordu. Federal Mahkeme, bu kadarı ile yetinmemiş ve tarafların, anılan kaydın geçersiz olduğunu bil-selerdi, bunun yerine sekiz yıllık bir sözleşme yapmış olacakları sonucuna varmıştır. Yüksek Mahkeme, söz konusu sekiz yılı hesaplarken, olayın özelliklerine göre, işlerin

21) Gauch/Schlupe/Schmid, N. 709.

22) Örnek olarak bkz. BGE 107.11.218; BGE 120.11.40; BGE 124.111.64; Gauch/Schlupe/Schmid, N. 703; Keller/Schöbi, s. 150; Hürlimann, not 1 'de age, N. 252 vd.; Huguenin, Basler Komm., Art. 19-20, N. 67; Kramer, Art. 19-20, N. 362. Türk Hukukunda aynı yönde açıklamalar: Kocayusufpaşaoğlu, not 16'da age, s. 26; Eren, 9. bası, s. 305; Başpınar, not 3'de age, s. 152 vd. -Aksi görüşte: Bucher, AT, s. 243-244.

23) Bkz. yukarıda N. 4_ Ayrıca bkz. Huguenio, Basler Komm., Art. 19-20, N. 65.

24) BGE 107.II.216. Ayrıca bkz. Tandoğan I/1, s. 29. Aynı yönde bir başka Federal Mahkeme karar için bkz. BGE 114.II.159.

yoluna ginesi için başlangıçta üç yıla, tek satıcının hazırlık ve yatırımların amorti edebilmesi için ise beş yıla ihtiyacı olduğu esastan hareket etmiştir. Böylece, sonuçta, bir sözleşme hümlünün geçersiz sayılmasıyla ortaya çıkan boşluk, tarafların ortak farazi iradeleri gereği kabul etmiş sayılacakları bir başka hükümle doldurulmuştur.

- 17 c. *Üçüncü iltillJjl].;.._Bw:ada..kar 2urn.ıza-'.!.geniş-etilmiş-kısmi hükümsüzlük*" kavramı çıkmaktadır. Durum şöyle açıklanabilir: Acaba geçersiz olan-"*--t5ôl.üüf* ile birlikte *sözleşmenin geçerl-idiğ erbir veya bir kaç hükmÜJJÜ* de *--geçersiz-1cılan* bir kısmi hükümsüzlük düşünülebilir mi? Bu soruyu genellikle olumlu cevap veriliyor. Tarafların hükümsüz bölüm olmadan da sözleşmeyi yapacakları, ancak hükümsüzlük sebebinin etkisi dışında kalan ve bu yüzden geçerliliğini koruyan bazı hükümlerin, geçersiz sayılan hüküm olmaksızın taraflarca kabul edilmeyecek olduğu anlaşıyorsa, batıl hükümle birlikte bu hükümler de geçersiz duruma düşecek ve sözleşme geri kalan hükümleri ile ayakta tutulabilecektir. Genişletilmiş kısmi butlan (*erweiterte Teilnichtigkeit*) kavramından anlaşılan budur²⁵.

İlk bakışta, BK. m. 20/II'de açıkça belirtilmeyen böyle bir imkanın tanınması yadırganabilir. Özellikle, sözleşmenin hükümsüzlükten etkilenmemiş bölümüne, hükümsüzlüğün (kısmen de olsa) sirayet ettirilmesi, haklı olarak, tereddüt uyandırabilir. Ne var ki, yakından incelendiği vakit, buna bir engel bulunmadığı görülür. Şu noktayı hiç gözden kaçırmamak gerekir ki, bizzat kanun, BK. m. 20/II, c. 2 hükmü ile, belirli bir bölüme ilişkin hükümsüzlüğün sözleşmenin tümüne yayılmasını ve onun tam olarak geçersiz hale gelebilmesini kabul etmiştir. Şu halde, belirli bir sözleşme hükmündeki geçersizliğin sözleşmenin tümüne değil de, sadece diğer bir bölümüne yayılabilmesi ve bunun, hukuki işlemlerin veya sözleşmelerin imkan ölçüsünde geçerliliğini korumasını öngören *favor negotii* veya *favor contractus* ilkelerine uygun biçimde, sözleşmeyi tüm olarak geçersiz kılmak için değil, tam tersine kurtarmak için yapılabilmesi evleviyetle (*a fortiori*) caiz görülmelidir. Gerçekten, bu gibi durumlarda, genişletilmiş kısmi geçersizlik ilkesine göre hareket etine imkanı tanınmadığı takdirde, BK. m. 20/II, c. 2 uyarınca sözleşmenin tamamen geçersiz kalması tehlikesi vardır.

3. Bölünebilirlik İlkesi

a. Genel Olarak

- 18 Kısmi hükümsüzlük a tınının u !anabilmesi i in özle me hükümlerin bölünebilir olması, yani batıl olan bölümün çıkarılmasından ;:nra gen ye "anamlı bir bütün" oluşturacak bağımsız bir sözleşmenin

25) Bkz. **Gauch**, recht 1983, s. 100, not 29; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 705; **Hürlimann**, not)'de age, N. 250,299 vd., özellikle 301; **Başpınar**, not 3'de age, s. 172 vd.

kalması gerekir. O halde, ilk önce, sözleşmenin "kısımları" veya "bölümleri en 191 va 1 • un-!! ne an aş ı ı ını aç ga aYuşlucmak zonmluluğu vardı:: Bu onuda aşağıdaki göiişler önem taşımaktadır:

aa) Klasik diye nitelenebilecek olan *birinci görüş* şöyledir: "Sözleşmenin bölümleii (kısımları)" denince, bundan sözleşmeyi oluştıran "münferit (ayrı) anlaşmalar" anlaşılır. Nitekim, İsviçre BK. m. 20/II'nin Fransızca metni, sözleşmedeki bazı klorların (*clauses*) geçersiz olmasından söz açmakta, bu hüküm bize "Akdiin muhtevi olduğu şartlardan bir kısmının butlanı" biçiminde çevrilmiş bulunmaktadır. Buradaki "şart" sözcüğünün, BK. m. m. 149 vd. anlamındaki şartlarla bir ilgisi olmadığı ve münferit sözleşme hükümlerini kastettiği açıktır. İsviçre'de, Almanca olarak kaleme alınan eserlerde, "kJoZ" (*clause*) karşılığı "*Abrede*" (anlaşma, uyuşma) deyimine yer verilmektedir. Bununla kastedilen şudur: Sözleşmeler, çok defa, çeşitli münferit (ayn) anlaşmaların bir araya gelmesi ile oluşur. Örneğin taşınır bir malın satışına ilişkin sözleşmede, "satılan mal ve bedeli", "malın teslim süresi", "çıkabilecek uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözüme bağlanacağı" vs. bu anlamda alt düzeyde yer alan ayn anlaşmalardır. İşte, sözleşmenin bir bölümünün (BK. m. 20/11, c. 1'deki ifade ile "şartlardan bir kısmının") geçersiz olması ile ifade edilmek istenen husus, sözleşmeyi oluşturan bu gibi münferit (ayn) anlaşmalardan birinin veya bir kaçının hükümsüz olınsıdır²⁶.

19

Bu görüşün ister istemez ötüreceği sonu şu olacaktır: Sözle mede yer alan hükümler en bir tanesi, aş ın bağımlı ık yaratacak kadar uzun bir süre k•y ı içeriyor veya mevzuata gö••t,ir .mi!..! enyüksek fiyatı-beJ.iii•ndiği halde bunun üstünde bir fiyat kararlaştırmış bulunuyorsa, bu gibi ihtimallerde BK. m. 20ff'i'den yararlanrfaKırfildini 6lmayaca.kfir•Ziia. "münferit anlaşma"-'nın da kendi içinde bölümlere ayrılması ve BK. m. 20/II uygulanarak kısmen geçerli, kısmen geçersiz sayılması mümkün değildir. "Münferit anlaşma" bölünme kabul etmeyen bir uyuşma birimidir²⁷. Şu halde, bu anlayış çerçevesinde, BK. m. 20/11'de düzenlenen kısmi hükümsüzlük, sözleşme hükümlerine ancak *yatay* olarak uygulanabilir (sözleşmede yer alan münferit anlaşmalardan biri veya bir kaç ı geçersiz sayılır), yoksa bir münferit (alt düzeydeki) anlaimanın kendi içinde *dikey* olarak kısmen geçersiz sayılmasına yer yoktur .

bb) *İkinci bir görüşe* göre, butlan sözleşmenin varlığı değil, *hükümleri* ile ilgili bir kavramdır. Bu sebeple, sözleşmenin doğurduğu hükümleri, butlan sebebinin etkisi altında kalan ve kalmayan hükümler olarak ikiye

10

26) **Kramer**, Art. 19-20, N. 334; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 691; **Hürlimann**, not l'de age, N. 153 vd.

27) **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 692; **Keller/Schöbi**, s. 151.

28) Bkz. **Tandoğan**, not 3'de age, s. 61.

ayırarak mümkündür. BK. m. 20/II'de sözü edilen "akdin muhtevi olduğu şartlardan bir kısmı", "sözleşmenin doğurduğu hükümlerden bir bölümü" diye anlaşılmalı ve buna bağlı olarak, bölünebilir sözleşme kavramı, "hükümleri bölünebilir sözleşme" olarak değerlendirilmelidir. Bu düşünce çerçevesinde, sözleşme içeriğinde yer alan "münferit bir anlaşma dahi", BK. m. 20/II uygulanarak, doğurduğu hükümler açısından kısmen geçersiz sayılabilecektir²⁹. Böylece, hükümsüzlük, ancak hükümsüzlük sebebinin gerektirdiği ölçüde mevcuttur esasından hareketle "sözleşmenin geçerliliğini koruyan bir indirime" (*geltungserhaltende Reduktion*) imkan tanınmaktadır³⁰.

- 21 cc) Bizim de benimsediğimiz *üçüncü görüş*, ilke olarak, birinci görüşe uygun biçimde sözleşmenin kısımları (bölümleri) denince bupdan s özleşmeyi oluşturan münferit (alt düzeydeki) anlaşmaları anlamak gerektiğini ve bu ilanın kendi içinde bölünmeyeceğini abüretmektedir. Bu görüşün getirdiği yenilik, bir inunfent anlaşmada Rıaşınlığı förpülemek için, bu anlaşmayı bölmeden kısmi hükümsüzlüğü sağlayacak yeni bir çözüm üretmiş olmasından ibarettir. Bunu anlayabilmek için basit bir örnekten hareket edelim: Taraflar arasındaki sözleşmenin bir maddesinde, sözleşme süresi olarak 55 yıl öngörülmüş olsun. Bu süre kaydı, MK. m. 23/11 ve BK. m. 20 uyarınca kişilik haklarına veya ahlaka aykırı görülecek biçimde aşın ise ve olayın bütün özellikleri dikkate alınarak tarafların en fazla 20 yıllık bir süre üzerinde anlaşmaları caiz görülebiliyorsa, durum şöyle olacaktır:

- Birinci görüşe göre, süre kaydını, BK. m. 20/II'yi uygulamak: suretiyle, kısmen geçerli kısmen geçersiz saymak mümkün değildir. Bunun sonucu olarak, sözleşme tümü ile geçersiz kalacaktır.
- İkinci görüşe göre, batıl sözleşme maddesinin doğurduğu hükümleri bölmek ve 55 yıllık kaydı bir indirime tabi tutarak, bunu 35 yıllık bölümü için geçersiz, 20 yıllık bölümü için geçerli saymak gerekecektir.
- "İçerik değiştirici kısmi hükümsüzlük" esasına dayanan üçüncü görüş açısından mesele bambaşka bir biçimde ele alınacak ve ikinci görüşte olduğu gibi, gerçek anlamı ile bir indirimden söz açılmayacaktır. Süreye ilişkin kayıt *tümü* ile batıldır, ancak hüküm doğurmayan bu kaydın yerini,

29) Tandoğan, not 3'de age, s. 61 vd., 121 vd.

30) Spiro, Können übermassige Verpflichtungen oder Verfügungen in reduziertem Umfang aufrechterhalten werden? ZBN, 88 (1952), s. 459, 528. -Piotet (De l'invalidite partielle des actes juridiques, specialement en cas de vice de consentement, ZSR, N.F. 76, 1957, s. 105) biraz değişik bir gerekçe ile aynı sonuca varıyor. Ona göre, sözleşmede yer alan klostardan birini, sözleşmenin diğer hükümleri geçerli kalmak üzere, tüm olarak ortadan kaldırmak yetkisine sahip kılınan hakim, evleviyetle bu klozun hükümlerinden bir bölümünü de ortadan kaldırabilir.

tarafkların ortak farazi (vnrsnyınısal) iradelerine göre mahkemece belirlenen ve 20 yıllık bağlılık doğuran *yeni bir lükiim* alacaktır. Böylece, birinci görüş olarak incelediğimiz klasik görüş çerçevesinde kalınsa dahi, münferit anlaşmanın sudccc bir bölümü butlan sebebinden etkileniyorsa, BK. m. 20/11'yi uygulamak mümkün olabilmektedir. Zira, *müü 2feril anlaşma, içerik değiştirici kısmi butlan görüşüü aşıllılcıı, kısmen b6ul olmayıp tümü ile gerersi= sayılmakta, ancak bliul lüikmiin yeriue geçerli yeni bir hüküm geçirililmektedir*³¹.

Bu konuda, kanun veya yetkili makamlarca tespit edilmiş en yüksek hadleri aşan sözleşmelere ilişkin olarak TTK. m. 1466'da yer alan hükümü hatırlamakta yarar vardır. Bu hüküm aynen "*Ticari hükümlerle yasak edilmiş bulunan muamele veya şartlar, aksine hususi bir hüküm bulunmadıkça, bcıtlıdır; şu kadar ki, bir aldı hükmünce yerine getirilmesi gereken edalar liakkmda kanun veya salahiyetli makamların kabul etmiş olduğu en yüksek /ıaddi aşan mukaveleler, en yüksek had üzerinden yapılmış sayılır*" demek-te ve bilinçli olarak hareket edilmiş olmasa dahi, bu görüşe uygun düşer biçimde kaleme alınmış bulunmaktadır. Gerçekten, anılan hükme göre, yasağa aykırı sözleşme hükümü batıldır ve bunun sonucu olarak en yüksek hadde "indirilmesi" de söz konusu değildir. Sadece, sözleşme en yüksek had üzerinden yapılmış sayılmaktadır ki, bunun anlamı, batıl hükmün yerine, en yüksek had üzerinden gerçekteşiş yeni bir hükmün geçirilmesinden ibarettir.

b. Sözleşmenin Esaslı Noktaları Açısından

Bu açıklamalardan sonra konuyu, sözleşmenin objektif ve sübjektif açı-dan esaslı noktaları bakımından ayrıca incelemeK zorunfullığu ortaya çık-maktadır:

31) **Gauch**, recht 1993, s. 97 vd.; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 706; **Hürlimann**, not l'de age, N. 261 vd.; **Keller/Schöbi**, s. 151; **Kramer**, Art. 19-20, N. 362.-**Atamer'in** (Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul, 1999, s. 233) bu görüşün yanlış anlamaları beraberinde getirmeye elverişli olduğu, aslında yeni bir hükümsüzlük türü olarak sunulan bu kavramın sorunun temelinde yatan noktayı perdelediği, kısmi butlan nedeniyle sözleşmede oluşan boşluğun nasıl doldurulacağı sorununun hükümsüzlük sorunundan ayrı olarak ele alınması gerektiği yolundaki düşünceleri yerinde değildir. İçerik değiştirici kısmi hükümsüzlük kavramı, yeni bir hükümsüzlük tipi olmayıp, bir sözleşmede yer alan münferit bir klotun (alt düzeydeki anlaşmanın) kendi içinde bölünmesine imkan olup olmadığı meselesine çözüm getirmek amacıyla ortaya atılmış bir kavramdır. Böylece bölünmez bir bütün olarak kabul edilen tek bir sözleşme klotunun kısmen hükümsüz kısmen geçerli kalmasını sağlayan bir *yöntem* geliştirilmiştir. Bunun kısmi hükümsüzlük ile ilgisini yok farz edip, ortada sadece sözleşmedeki boşluğun nasıl doldurulacağına ilişkin bir problemin bulunduğunu iddia etmek, bir hastalığı tedavi etmek üzere kullanılan ilacın o hastalıkla bir ilgisi bulunmadığını ileri sünneye benzer.

22 a§.) Obje/...-tif-bak-mıdaı esa:Y/ı noktala1 -açlszndan, -bir aynın-yapmak gerekir:

- Basit kısmf hükümsüzlük halinde, sözleşmenin bir bölümü geçersiz kaldığı halde, bu an et ılelli!leyep. bölümü (meydana-gelen boşh.ılfer-hangi bir nükümle doldurulmaksızın) yalnız başına varlığını sürdürdüğüne göre, bu bölümün hukuken bağımsız? olar² var olabilmesi için gereklilJütün şartlara, bu arada sözleşmenin objektif açıdan esaslı noktalarının tümüne sahip olması gerekir. Şu halde, bu ihtimalde, objektif bakımdan esaslı noktalardan birinin dahi kısımsı hükümsüzlüğün kapsamı içine girmesi, sözleşmenin zorunlu olarak tümü ile hükümsüz olması sonucunu doğurur.

- Buna karşı, içerik değiştirici kısmf hükümsüzlük hallerinde, objektif bakımdan esaslı noktalardan birinin hükümsüzlük kapsamı içinde yer alması, zorunlu olarak sözleşmenin tümünün geçersiz sayılmasını gerektirmez. Yerine göre, hükümsüz bölümün (bu arada buna dahil objektif bakımdan esaslı noktanın) yarattığı boşluk, yukarıda açıklanan ilkeler çerçevesinde yedek bir hükümle doldurulabiliyorsa, sözleşme tümü ile değil, fakat sadece bir bölümü itibarı ile hükümsüz kalmakta devam eder³².

23 bb) Sübjektif bakımdan esaslı noktalar, taraflardan birinin, diğer tarafça bilinebilir biçimde, sözleşme kurulurken bunlarda anlaşma olmadığı takdirde sözleşmenin kurulmasına hiçbir şekilde razı olmayacağı noktalardır. Oysa, BK. m. 20/11, c. 2 uyarınca, sözleşmenin kısmen mi tamamen mi hükümsüz kalacağını belirlemek üzere tarafların farazi (varsayımsal) iradeleri üzerinde yapılan araştırma da, sözleşmenin kurulduğu anı esas almaktadır. O halde, sübjektif bakımdan esaslı olan bir nokta kısmı hükümsüzlüğün kapsamı içinde ise, artık (taraflardan hiç değilse biri, o bölüm olmadan sözleşmeyi kurmuş olmayacağına göre) kısmi hükümsüzlük yaptırımını uygulanamaz ve sözleşme, ister istemez, tümü ile hükümsüz olur³. Hiç kuşkusuz daha önce değindiğimiz üzere, hükümsüzlüğü öngören kanun hükümünün diğer tarafı koruyucu amacının ³K. m. 99 örneğinde olduğu gibi) aksi sonuca götüreceği durumlar saklıdır ³a_

32) Bu açıklamalar için bkz. **Kramer**, Art. 19-20, N. 341 vd.; **Hürlimann**, not l'de age, N. 232, 235 vd.; **Zufferey-Werro**, Le contrat contraire aux bonnes moeurs, Fribourg Suisse, 1988, N. 1624, 1630, 1634. Anılan yazarlardan **Kramer**, bu konuda, hayli sınırlayıcı bir eğilim sergilemekte ve hukuk güvenliğini koruma düşüncesi ile, kamın tarafından azami sınır belirtilmiş bedel ve faizlerin öngörülen limite indirilmesi halleri dışında, objektif bakımdan esaslı noktalarda kısmi butlanı kabul etmemektedir. Oysa, objektif bakımdan esaslı noktalarda kısmi hükümsüzlüğün söz konusu olabileceği Federal Mahkeme tarafından da benimsenmiş bir çözümdür (BGE 107.II.218). - Objektif ve sübjektif bakımlardan sözleşmenin esaslı noktaları aynı için bkz. yukarıda § 17, N. 6 vd.

33) **Kramer**, Art. 19-20, N. 338; **Keller/Schöbi**, s. 150. Farklı: **Hürlimann**, not l'de age, N. 245; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 701.

33a) Bkz. yukarıda N. 13.

Kısmi hükümsüzlük bir tarafa borç yükleyen sözleşmelerde olduğu gibi 24 tam veya eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de söz konusu olabilir. Şu var ki, örneğin satış gibi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede, tanıtlardan birinin asli borcu (herhangi bir yedek hükümle boşluk <oldu-nılmaksızın) geçersiz sayılıyorsa, kısmi hükümsüzlük yaptırımını uygulayıp diğer tarafın mukabil borcunu geçerli saymak imkanı yoktur (Örneğin satıcının malı teslim etmek ve mülkiyetini geçirmek borçları hükümsüz, alıcının satış bedelini ödeme borcu geçerli sayılıyor). Karşılıklı borçlar arasındaki değiş tokuş ilişkisini yok eden böyle bir çözüm, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmenin temel karakteri ile hiçbir şekilde bağdaşmaz³⁴.

Kısmi hükümsüzlüğe ilişkin BK. m. 20/II hükmünün, yerine göre ve kıyas yolu ile, 25 iptal edilebilir sözleşmelerde de uygulama alanı bulması ve bir kısmi iptal ile yetinilmesi imkanı yaratması söz konusu olabilir³⁵.

il. Çevirme (Konversiyon, Tahvil)

- Genel Olarak

Burada da, Alman Hukukunda BGB § 140 tarafından düzenlenen, buna 26 karşı İsviçre-Türk Hukuklarında (öğreti ve mahkeme kararlarında kabul edilmesine rağmen), kanunda yer almayan bir kavram ile karşılaşırız. BGB § 140'a göre *"Kesin hükümsüz bir hukuki işlem bir başka işlemin şartlarını gerçekleştiriyorsa ve tarafların yaptıkları iş emfn-btiTil olduğunu ...HilseTerai diğer işlemi istemiş olacakları farz ve kabul edilebiliyorsa, sözü geçen iki.nci işlem geçerli olur."*

Bu kavramı açıklayan bir kaç örnek şunlar olabilir:

- Taşınmaz satışlarının g e ç e r l i olabilmes-i-iyi:n-bunlann-tapu sicil müdürlüğünE düzenlenmesi şarttır (Tapu K. m. 26). Buna karşı, ön sözleşme niteliğindeki taşınmaz satış vaadlerine i,l şikil) ı: senetler noterler tarafından düzenlenir (Noterlik K. m. 60/b. 3). Noterler, taşınmazlara ilişkin satış sözleşmelerini düzenlemek hususundayetkiliôlmadıklarından, noterde resmiyet verilen taşınmaz satış sözleşmeleri kesin hükümsüzdür. Ne var kr,iktbalde, bu gibi sözleşmeleri ayakta tutmak mümkün olabilir:

= Birinci hal, *yorum* yolu ile, noterde satış konusunda irade beyanında bulunan tarafların, gerçekte "satış" derken "satış vaadini" kastettiklerinin, bir başka anlatımla, onların ortak iradelerinin gerçekte bir satışa değil satış vaadine yönelik olduğunun anlaşılmasıdır (BK. m. 18/1).

34) **Larenz/Wolf**, § 45, N. 18; **Hürlimann**, not I'de age, N. 246; BGE 80.II.334.

35) Bu konunun çeşitli ihtimallere göre ayrıntılı biçimde incelenmesi için bkz. **Tandoğan**, not 3'de age, s. 257 vd.; **Hürlimann**, not I'de age, N. 317 vd. -Aynca bkz. yukarıda § 39, N. 28.

= Yorum yolu ile bir sonuca varılamadığı takdirde, *çevirme* gündeme gelebilir ve tarafların noter önündeki satışın geçersiz olduğunu bilselerdi, işlemi bir satış vaadi olarak yapacaklarının anlaşılması durumunda, "satış işlemi", "satış vaadine" çevrilerek geçerli sayılır³⁶.

Bu çözüm, her zaman aynı ve yerinde gerekçelerle olmasa bile, Yargıtayın yerleşmiş içtihatları ile de desteklenmektedir³⁷.

- Yazılı şekil şartına uyulmadığı için geçersiz olan bir alacağın temlik sözleşmesi (BK. m. 163/I), alacağın tahsili için verilmiş bir temsil yetkisine dönüştürülerek geçerli tutulabilir³⁸.

- Özel siciline tescil edilmediği için kesin hükümsüz olan bir mülkiyeti muhafaza (saklı tutma) anlaşması (MK. m. 764) şartları varsa, satıcının satış sözleşmesinden dönme (rücu etme) hakkını saklı tutmasına ilişkin bir anlaşmaya (BK. m. 211/III) çevrilebilir³⁹.

- Belirli olmayan bir süre için yapılan hizmet sözleşmesi, ancak BK. m. 340'da öngörülen sürelerin sonu için fesih (bozma) yolu ile sona erdirilebilir. Buna karşı, haklı (muhik) bir sebep varsa, BK. m. 344 gereği sözleşmeyi derhal feshetmek mümkündür. Derhal fesih yoluna gidildiği, ancak haklı sebebin varlığı ispat edilemediği takdirde, yapılan geçersiz fesih bildirimini en yakın sürenin sonu için yapılmış bir fesih bildirimine çevirerek ayakta tutmak mümkün olabilir⁴⁰.

2. Çevirmenin Dayandığı Hukuki Temel

a. Yorum Görüşü

21 Çevirme i ister basit (klasik) yorum olsun, ister öğretide bazen "tamamlayıcı yorum" olarak an soz eşmenin tamamlanması"⁴¹

36) Özellikle bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul 1959, s. 124-125 ve not 23 vd.; **Kaneti**, Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvil), İstanbul 1972, s. 233-234.

37) Yargıtay 13. HD.sinin 8.5.1985 tarih ve E. 2723, K. 3153 sayılı kararına göre "... satışa ilişkin irade beyanında, satış vaadi ile ilgili icap ve kabul dahil bulunmaktadır. Bu nedenle mevcut sözleşme hukuki tahvil (çevirme) prensibi gereğince satış vaadi olarak geçerli kabul edilmek gerekir" (**Karabasan**, Mülkiyet Hakkının Kazanılması, cilt 1, İstanbul 1998, s. 291. Ayrıca karış. **Çenberci**, Gayrimenkul Satış Vaadi, 3. baskı, Ankara 1986, s. 16 vd.)

38) v. **Tuhr/Peter**, § 29, II, s. 229; **Tekinay/Akınan/Burcuoğlu/Altop**, s. 111-112.

39) **Kaneti**, not 36'da age, s. 220.

40) **Kaneti**, not 36'da age, s. 236. Bu çözüm Alman Hukukunda da kabul edilmektedir (Medicus, AT, N. 524).

41) Bkz. yukarıda § 33, N. 1 vd.

olsun. yorumun bir esidi olarak q_ren görüşler⁴² nşğıdaki gerekçelerle kntı amıyoruz:

- Hak.inı görüşün yerinde olarak belirttiği gibi, geçersiz bir işlemin bir başka işleme dönüştürülmesi ayakta tutulması, clürüstHik kurulu ve onun bir uzarttıfSl -olrm güven ilkesine (MK. m. 2/D göre yapılac♦ik lıcrhangi bir yorumun çerçevesini aşar. Yorum çevirineden önce gelir ve (yorumdan farklı olarak) tarafların "gerçek" değil "farazi" (varsayımsal) iradelerine yönelik olan çevinne, yorumun sınırına ulaşıldığı noktadan itibaren devreye girer⁴³.

- Aradaki)' ? kınlı ve benzerliğe rağmen, çevirme bir çeşit tamamlayıcı yorum (sözleşmenin tamamlanması) olarak da görülemez Gerçekten, tamamlayıcı yorum (tamamlama) sözleşme içi (*praeter contractum*) bir faaliyet ifade eder ve sözleşme muhafaza edilerek, boşluğu..!!1,rafların farazi' iradelerine göre doldwı.ılması ile yetinilir. Oysa, çevirmede, sözleşmenin dışına taşılmakta, kurtarma eylemi sözleşmeye karşı (*contra contractum*) gerçekleşmekte v♦ batıl sözleşme bir yana bırakılıp, onun yerine bir başka işlem geçirilmektedir⁴⁴. Bu vesile He. afagıda ayrıca açıklanacak olmasına rağmen, şimdiden belirtelim ki, bir işlemin (sözleşmenin) sadece belirli bir veya bir kaç hükmünün çevirmelönüsü olması mümkün değildir.

42) Örnek olarak bkz. **Cornaz**, La conversion des actes juridiques, Lausanne 1937, s. 104 vd.; **Serozan**, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, s. 533, not 71 ve s. 539. Alman Hukukunda bu yöndeki azınlık görüşü ile ilgili açıklamalar için bkz. **Kabl**, Grenzen der Umdeutung rechtsgeschäftlicher Erklärungen (§ 140 BGB), Diss. 1985, s. 133 vd.

43) Bkz. **Larenz/Wolf**, § 44, N. 76; **Kramer**, Art. 18, N. 268; **Kaneti**, not 36'da age, s. 79 vd., 83 vd. -Derhal belirtelim ki, biz, **Kaneti'nin**, "yorum" görüşü yanında aynı teori olarak ele aklığı "çevirmeyi dürüstlük kuralına dayandıran görüşün", gerçekte yorum görüşünün (isabetli olmaktan uzak) bir başka görünümünden ibaret olduğu kanısındayız. Bu görüşe göre, dürüstlük kuralı gereği, fiilen gerçekleştirilen işlemin geçersiz olduğu bilinseydi, ikinci işlemin istenmiş olacağı kabul edilebiliyorsa; yani taraflardan biri diğerinin irade beyanını dürüstlük kuralı (güven ilkesi) çerçevesinde yorumlamak suretiyle onun butlan bilinmiş olsaydı aynı amaca yönelik yedek işlemi gerçekleştireceği sonucuna varıyorsa, ikinci (yedek) işlem BK. m. 1 uyarınca kurulmuş sayılabilecek'tir (Bu görüş için özellikle bkz. **Esener**, Hukuki Muamelelerde Tahvil, AÜHFD, 1959, cilt XVI, sayı 1-4, s. 247). Bu düşünce, **Kaneti** tarafından (s. 84), yerinde olarak, şöyle eleştirilmiştir: "Çevirme kurumunun uygulandığı durumlarda, güven ilkesinin ulaştıracağı sonuç, tarafların batıl işlem üzerinde anlaştığıdır. Gerekleri gerçekleşen ikinci işleme yönelmiş taraf iradeleri bulunmadığından, ikinci işlem üzerinde tarafların uyuşmasının bulunduğunu söylemek mümkün değildir". -Aksi görüşte olan **Serozan** 'a göre ise (not 42'de age, s. 533, not 71), Yargıtay tarafından (Adalet Dergisi, 1964, sayı 3-4, s. 355-356) bir sözleşmenin yorumunda "af'aki (objektif) iyiniyet esaslan gereğince akitte bulunması farzedilen şartların dahi akde konulmuş sayılması" bir kere kabul edilince "artık tahvilin, "onaylayıcı ve tamamlayıcı yorum"un hemen yanibaşmda yer alan bir yorum türü oluşturduğunun kabul edilebileceği" açıktır.

44) Bu açıklamalar için bkz. **Kramer**, Art. 18, N. 269. Ayrıca bkz. **Larenz/Wolf**, § 33, N. 29 vd.; § 44, N. 94.

Çevimle ancak işlemin tamamı için söz konusu olabilir, yani bir işlem, tümü ile bir başka işleme dönüştürülüp ayakta tutulur.

b. Kısmi Hükümsüzlük Görüşü

- 28 Bu görüşe göre, çevinne, kısmı hükümsüzlüğüful-özeLbir ç. eşid. inden jba-rettir⁴⁵. Klasik k1 sm1 hükümsüzlükte, hukuki işlem :'nicelik' yönünden kısıllan hükümsüzdür (*quantitative Teilnichtigkeit*). Buna karşı, çevirme 71atinae "iitelik" yönümlü. bir: kısmı hükümsüzlük (*qualitative Teilnichtigkeit*) *"Feit"* söz konusudur. Şöyle ki, çevirmeye gidilebilmesi için, diğer (yedek) işlemin-, taraflarca kurulmuş geçersiz işlemin içeriğine dahil olması, bu içeriğin bir parçasını oluşturması şarttır. Şu halde, taraflar, geçersiz sözleşmeyi yaparken, onun içeriğinde yer alan diğer işlemi de gerçekten istemiş ve gerçekleştirmiş durumdadırlar. Kesin hükümsüz bir işlemin çevirme yolu ile ayakta tutulabilmesi, ancak, onun diğer (yedek) işlemin unsurlarını da içinde taşıması halinde mümkündür. Böylece *çevirme ile, geçersiz işlem, bir bölümü ayklandıktan sonra esasen kapsamında yer alan bir başka işleme indirgenerek Aısmen muhafaza edilmiş olmaktadır*. Örneğin, bir intifa hakkının devrine ilişkin sözleşme, intifa hakkının devri yasak olduğundan, bu yoldan intifa hakkının "kullanılmasının" devri olarak geçerli tutulabilecektir (Bkz. MK. m. 806). Zira, intifa hakkının devri anlaşmasının içinde, bu hakkın kullanılmasının devri de, "daha azı" (*minus*) olarak mevcuttur.

Bu görüş haklı olarak eleştirilmiştir. Gerçekten, kısmı hükümsüzlükte, taraflarca yapılan işlem, *hükümsüz bölümleri budandıktan sonra geçerli olan bölümü ile aynen muhafaza edilmektedir*. Oysa, çevirmede durum farklıdır: Kesin hükümsüz işlem bir başka işlemin varlığı için gerekli unsurlara da sahipse, sadece bir bölümü ortadan kaldırılıp aynen korunmamakta, fakat *tümü ile kılık ve kimlik değiştirmek suretiyle bir başka işleme dönüştürülmekte* ve bu yeni kimliği ile ayakta tutulmaktadır. *Kaneti'nin* yerinde olarak belirttiği gibi, "çevirmede batıl işlemin kimlik ve niteliği değil", onu bir başka işleme dönüştürerek "ameli (pratik) sonuçlan" kurtatılmaktadır⁴⁶.

- 29 Bu açıklamalara şu noktayı eklemek gerekir ki, tartışmalı olmasına rağmen, özellikle Alman öğretisinde hakim olan, bizim de isabetli bulduğumuz görüşe göre, çevirme ancak bir hukuki işlemin *tümü* için söz konusu olabilir, yoksa işlemin sadece bir veya birkaç hükmü çevirme konusu ola-

45) Özellikle bkz. **Flume**, § 32, 9, a, s. 589 vd. -İsviçre Hukukunda (hiç değilse sonuç itibarı ile) aynı görüşte: **Schmid**, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, Freiburg Schweiz 1988, N. 812). Alman Hukukunda bu yöndeki azınlık görüşü için daha fazla bilgi için bkz. **Kabl**, not 42'de age, s. 133 vd.

46) **Kaneti**, not 36'da age, s. 17-18; **Weil**, Konversion von Rechtsgeschäften, Zürcher Diss. 1934, s. 26.

maz⁴⁷. Zira, sadece bir veya bir kaç maddesi çevirme yolu ile kurtarılan bir işlem, hiçbir şekilde tümü ile kimlik ve niteliğini kaybedip bir başka işleme dönüşmüş değildir. İsviçre-Türk Hukukları bakımından, bir işlemin sadece bir veya bir kaç hükmünün geçersiz olması durumunda, meydana gelen boşluğun tarafların farazi (varsayımsal) iradelerine göre doldurulması, "çevinne" değil fakat yukarıda incelediğimiz "içerik değiştirici kısmi hükümsüzlük" yolu ile gerçekleşir⁴⁸.

c. Kanun Boşluğu Görüşü

Kanun boşlukları konusunda yapılan ayrımlardan birisi de açık boşluk- 30
örttü u oş t, ayırımı ır. "Açık boşluk" ıalinde, aminaa ornıyu o umlu veya olwnsuz yönde çözüme bağlayan bir kural eksiktir. "Örtülü boşluğun" söz konusu olduğu ihtimallerde ise durum farklıdır: Kanunda konuyu çözüme bağlayan bir kural mevcuttur. Ancak bu kural, ge.reğinden fazla geniş içimde fonnüle edilmiştir. Bu yüzden hükmün amacına veya kanunun emelinde yatan değerlendinneleı.e göre mutlaka öngörülmesi gereken bir is srlaya yer verilmemiştir. Görülüyor ki, bu halde, bir "kural eksikliği" aeğil, çok geniş olarak ifade edilen bir kuralı sınırlayıcı "istisna (ayrık durum) hükmü "eksikliği söz konusudur. Boşluğun doldurulması için yapılacak şey ise, ilgili kanun hükmünü, eksikliği sabit olan istisnayı öngörmek suretiyle amacına göre sınırlandırmaktan ibarettir⁴⁹.

Hükümsüzlük sistemimizin temelinde yatan düşüncelerden bir tanesi de, tara arın belirli bir pratik sémuc)..:4..nış irad p(?y?nl?r'in.in .urkı -ötçitsi.ına-e, taraflaıca Kullanılai araca (vasıtaya) değil, onlar?a güdülen al'iTırca-üstünlük tanımak suretiyle, bir geçersizlik-sebebi bulunsa bile ayakta ıram-asını sağlamaktır-. "Htilfuld fşlefülerin k:örunrriası" ilkesi diye anıfan ve an a incelediğimiz kısmı hükümsüzlükle ilgili düzenlemeye de (BK. m.

47) Bu tartışma için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, not 16'da age, s. 28 ve oradaki yollamalar.

48) Aynı yönde açıklamalar: **Kramer**, Art. 19-20, N. 385. Yazann önceki farklı görüşü için krş. **Kramer**, Art. 18, N. 270. -İçerik değiştirici kısmi hükümsüzlük kavramı için bkz. yukarıda N. 16, 21. - Yargıtay 14. HD.nin 12.3.1985 tarih ve E. 189, K. 1828 sayılı kararında, çevirme tarif edilirken, işlemin diğer bir işleme dönüşmesi gereğine işaret olunmuştur. Yargıtay bu konuda şunları kaydehnektedir: "Diğer yönden hukukumuzda benimsenmiş olan hukuki işlemlerin dönüşmesi (tahvili, konversiyon) kuralına göre de, hükümsüz bir işlem, amaç ve sonuç bakımından benzerlik varsa ve hükümsüzlüğü bil-meleri halinde tarafların isteğine uygun düşeceği kabul edilebiliyorsa, şartlan gerçekte-şen diğer işlem olarak ayakta tutulması gerekir" (**Karabasan**, Mülkiyet Hak.kının Kazanılması, cilt 2, İstanbul 1998, s. 1381).

49) Özellikle bkz. **Larenz/Canaris**, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3.A., 1995, s. 198, 210 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras Hukuku, 3. tıpkıbası, İstanbul 1987, s. 138, not 9; **Kramer**, Juristische Methodenlehre, Bem 1998, s. 143 vd. ve not 477; s. 161 vd. -Şurasını ayrıca belirtelim ki, anılan yazarlardan **Kramer**, "örtülü boşluk" yerine "istisna boşluklarından" (Ausnahnelücken) söz açmayı tercih ediyor.

20/11) esas teşkil eden bu düşünce, kesin hükümsüz işlemlerin dahi, imkan varsa, bir başka işleme dönüştürülerek kurtarılabilmesine izin veren bir istisnanın kanunda yer almasını gerektirir. Oysa böyle bir istisna hükmü kanunumuzda yer almamakta, bu sebeple de bu konuda karşımıza örtülü bir boşluk çıkmaktadır. İşte (bizim de katıldığınız bu görüşe göre) çevirme, sözü geçen örtülü boşluk doldurularak, kesin hükümsüzlük hallerine amaca uygun bir sınırlama getirilmesi anlamını taşımakta ve hukuki dayanağını bu noktada bulmaktadır⁵⁰.

3. Çevirmenin Şartları

Çevirme yoluna başvurarak geçersiz bir işlemi n bir başka işleme dönüştürülmek suretiyle ayakta tutulabilmesi için aşağıdaki şartlar aranır:

a - Birinci şart: Kesin Hükümsüz ; Bir İşlem Bulunmalı

- 31 Buna göre şekle aykırılıktan ötürü kesin hükümsüz sayılan işlemler gibi, BK. m. 19-20 çerçevesinde kesin hükümsüz sınırları dışındaki işlemler dahi çevirme konusu olabilir. Sadece kısmen hükümsüz olan bir işlem, BK. m. 20/II, c. 2 çerçevesinde tümü ile geçersiz sayılıyorsa, çevirmeye bir engel kalmaz. Yokluk fiiliinde, bakim görüşe göre çevirme yoluna gidilemez⁵¹.

Eksik işlem niteliğindeki aslında hükümsüz işlemlerde⁵² veya iptal edilebilir işlemlerde çevirme söz konusu olabilir mi?

aa. Eksik (aslında hükümsüz) işlemlerde çevirme

- 32 Hakim olan ve haksızca isabetli gözüken görüşe göre, bu gibi durumlarda iki ihtimal vardır: işlem ya sonradan eksik olan unsurun gerçekleşmesiyle geçerlilik kazanacak ve böylece çevirmeye gerek kalmayacak; ya da işlemi icazet verilmemesi dolayısı ile kesin hükümsüz hale gelecektir. Kesin hükümsüz duruma düşen işlemin çevirme yolu ile ıskartılmasına bir engel yoktur. Buna karşı, askı durumu devam ederken (şu halde işlem henüz kesin olarak hükümsüz hale gelmeden) çevirme söz konusu olamaz⁵³.

50) İsviçre Hukukunda kanun boşluğu görüşü **Weil** (not 46'da age, s. 109, 111) tarafından (bunun hukuki işlemlerin korunması ilkesi ve örtülü boşluk kavramları ile ilişkisi yeterince belirtilmeden) savunulmuştur. Bu görüşü, metinde belirtilen esaslar çerçevesinde tam ve kesin bir açıklığa kavuşturan yazar **Kaneti** (not 36'da age, s. 95-96, s. 100 vd.) olmuştur. Ayrıca krş. **Bucher**, AT, s. 171. -Şurasını ekleyelim ki, İsviçre Hukukunda çok defa ileri sürülen ve çevirmeyi "yazılı olmayan bir hukuk kuralına" dayandıran düşünce (**Kramer**, Art. 19-20, N. 386), ancak kanun boşluğu görüşü çerçevesinde bir anlam ve değer kazanır.

51) Bkz. yukarıda § 43, N. 2.

52) "Eksik işlem" ve "askıda hükümsüz işlem" kavramları arasındaki ilişki için bkz. yukarıda § 43, N. 33 vd.

53) **Larenz/Wolf**, § 44, N. 87; **Enneccerus/Nipperdey**, s. 1223; **Palandt/Heinrichs**, 64.A., § 140, N. 3; **Medicus**, AT, N. 518. Türk Hukukunda, bakim görüşten ayrılan **Kaneti**'nin (not 36'da age, s. 132) "eksik işlem, bütünüleyici olgu gerçekleşmedikçe herhangi

❖ ğlantının kurulmasını istememekte v.e. hukuki-sonuç-iradesinden tamamen yokfilin büliinmektedir. O halde, artık, onların butlanı bilselelrdi bir ❖ başka geçerli işlem çerçevesinde bağlanmayı istemiş olacaklarını farz etmeye imkan kalmamıştır⁵⁸.

Burada iki meseleyi ayrıca incelemekte yarar görüyoruz:

35

- Bir sözleşmede taraflardan bir tanesi işlemin kesin hükümsüz olduğunu biliyor, cliğeri bilmiyorsa nasıl hareket edilecektir? Bizim, bu konuda özellikle Alınan öğretisinde ileri sürülen değişik görüşlerden esinlenerek vardığımız sonuç şudur: İlke olarak, taraflardan sadece birinin hükümsüzlüğü bilmesi çevirmeye engel değildir⁵⁹. Ancak, bu sonuç, aşağıdaki sınırlamalar ile kabul eclilmelidir:

= Tarafların farazi (varsayımsal) iradeleri araştırılırken, kötüniyetli (butlanı bilen) tarafın değil, sadece iyiniyetli (butlanı bilmeyen) tarafın iradesinin ne yolda olacağına bakılacaktır.

= Çevirmenin iyiniyetli taraf aleyhine, buna karşı kötüniyetli taraf lehine sonuçlar doğurması halinde çevirme kabul edilmeyecektir. Şu halde, çevirmeyi re'sen (kendiliğinden) göz önünde tutabilen mahkeme, bu yetkisini sadece iyiniyetli taraf lehine sonuç doğurabilecek şekilde kullanabilecektir⁶⁰.

- Eksik işlemlerde, geçersizliğin bilinmesinden ne anlaşılacaktır? Örneğin üçüncü bir kişinin rızasının alınması gereken işlem, bu rıza alınmadan yapılmışsa, işlemin askıda hükümsüz olduğunu bilmek yeterli midir? Yoksa, bir Alman İmparatorluk Mahkemesi kararında belirtildiği gibi, işlem kesin hükümsüz hale gelmeden hükümsüzlüğün bilinmesinden söz açmak imkansız mı sayılacaktır?⁶¹

Bizce, bu konuda bir aynın yapılmalıdır. Şöyle ki, taraflar, işlemi yaptıkları sırada işlemdeki eksikliği, bu sebeple yaptıkları işlemin askıda hükümsüz olduğunu bilmelerine rağmen, ilerde eksikliğin nasıl olsa telafi edileceği, verdiğimiz örnekte üçüncü kişinin rızasının herhalde elde edileceği yolunda hal ve şartların haklı gösterdiği güçlü bir kanaat sahibi olmuş iseler, çevirme imkanı saklı kalmalıdır. Gerçekten yapılan işlemin geçerli olduğuna inanmakla, askıda hükümsüz işlemin herhalde geçerlilik kazanacağı yolunda inanç sahibi olmak arasında, çevirme açısından değişik çözümlere ulaşılmasını haklı gösterecek ölçüde bir fark yoktur. Şu halde, bu ihtimalde, tarafların beklentisi gerçekleşmez ve işlemdeki eksiklik tamamlanamadığı için işlem kesin hükümsüz olursa, onların, işlemi yaparken askıda hükümsüzlüğü (eksikliği) bildikleri gerekçesiyle çevirmeye karşı çıkılamayacaktır⁶². Bunun dışında kalan bütün ihtimallerde işlemin yapıldığı anda askıda hükümsüzlük biliniyorsa çevirmeye başvurulması mümkün değildir.

58) v. **Tuhr**, AT, § 56, V, s. 288; **Kaneti**, not 36'da age, s. 109-110, 151; **Kahl**, not 42'de age, s. 255.

59) **Palandt/Heinrichs**, 64.A., § 140, N. 8; **Kabl**, not 42'de age, s. 381; **Kaneti**, not 36'da age, s. 173.

60) Bu açıklamalar için bkz. ve krş. **Kabl**, not 42'de age, s. 259 vd. -Bu yazar, ayrıca, iyiniyetli tarafın dilerse, BGB § 121/I'e kıyasen, karşı tarafın kötüniyetini öğrendikten sonra derhal beyanda bulunmak suretiyle çevirmeyi tamamen saf dışı bırakabilmesini de kabul ediyor.

61) Bkz. **Kabl**, not 42'de age, s. 257.

62) Aksi görüşte: **Kabl**, not 42'de age, s. 257-258, 47. Bu yazarın fikrince, taraflar, sözleşmeyi kurdukları sırada, bunun (örneğin üçüncü bir kişinin rızası alınmadığı için) eksik ve askıda hükümsüz olduğunu biliyorlarsa çevirme yolu kapalıdır. Çevirmenin mümkün

e. Beşinci Sart: Yedek İşlem Kesin Hükümsüz İşlem İle Aynı veya Benzer Sonuçlar Doğuran, Fakat Ondan Daha İleriye Gitmeyen Bir Nitelik Taşımalıdır

- 39 Çevirme, ancak, tarafların belirli pratik sonuçlara ulaşmak için başvurduğunu değil, bu şekilde elde etmek istedikleri sonuçlara üstünlük tanıdıkları hallerde başvurulabilen bir imkandır. Onların yaptığı geçersiz hukuki işlem belirli bazı sonuçlara ulaşmak için kullanılan bir araçtır. Çevirme ile elverişsiz olan bu aracın yerine "yedek işlem" diye adlandırdığımız bir başka araç geçirilmektedir. Ne var ki, yedek işlemin geçersiz işlem ile tıpatıp aynı sonuçları doğurupla aynı şekilde arada bir denk! eşdeğerlik veya benzerliğin bulunması, bir başka anlatımla, "aynen" olmasa bile "kısmen" istenen pratik sonuçlara ulaşılması yeterlidir⁶⁷. Örneğin, yedek işlem şekli şartına uyulmadığı için geçersiz olan bir alacağın temlik sözleşmesi, karşı tarafa (alacağı devralana) verilmiş bir alacağı tahsil yetkisine dönüştürüldüğü zaman bu durum çok açıktır. Karşı taraf, çevirme sonucu alacaklı sıfatı yerine sadece alacağı tahsil etmek hususunda bir temsil yetkisine sahip kılınmıştır. Ne var ki, o, bu sayede alacağın temlikinin kendisine sağlayacağı alacağı borçludan tahsil etme yetkisini, bu defa sadece alacaklının temsilcisi gibi daha zayıf bir hukuki konumda yine de elde etmekte, geçersiz alacağın temlik sözleşmesinin sağlayacağı pratik sonuca az çok benzer bir sonuç bu yoldan sağlanmaktadır.

Hakim ve isabetli olan görüşe göre, yedek işlemin geçersiz işlem den daha öteye giden sonuçlar doğurması, taraflardan birine veya ötekine daha ağır yükümlülükler ve sorumluluklar yüklemesi kabul edilemez⁶⁸. Bu açıdan, tarafların geçersiz işlem çerçevesinde açığa vurulmuş gerçek iradeleri, onların *faraz* (varsayımsal) iradelerine dayalı çevirmenin de sınırlarını çizer. Çevirme ancak bu sınırlar içinde kalmak şartıyla başvurulabilecek bir imkandır. Şu halde, şekli şartına uyulmadığı için geçersiz olan bir kefalet sözleşmesi (BK. m. 484), bir borca katılma (kefil olmak isteyen kişinin bu

67) Bu açıklamalar için bkz. **Larenz/Wolf**, § 44, N. 74; **Kaneti**, not 36'da age, s. 147. Tarafların başvurdukları araca en az ulaşmak istedikleri amaç kadar değer verdikleri, yani geçersiz işlemin büründüğü hukuki yapının onlar için özel bir önem taşıdığı anlaşılıyorsa, çevirme mümkün değildir. (**Larenz**, AT, s. 468; **Kaneti**, not 36'da age, s. 155).

68) **Medicus**, AT, N. 519; **Palandt/Heinrichs**, 64. A, § 140, N. 6; **Larenz/Wolf**, § 44, N. 83; **Kramer**, Art. 19-20, N. 384; **Kabl**, not 42'de age, s. 177 vd., 184; **Eren**, 9. bası, s. 266. İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüşü paylaşmaktadır: BGE 80.II.86; 126.ID.184. Aksi görüşte: **Weil**, not 46'da age, s. 75. İlke olarak hakim görüşü benimseyen **Kaneti'nin** (not 36'da age, s. 155-156), "... hal ve şartlara göre, tarafların işlemin geçersiz olmasındansa, yaptıkları işleme oranla daha öteye giden sonuçlar yaratan bir işlemi isteyecekleri şüpheye yer vernecek biçimde anlaşılabilirse" çevirmeye imkan tanıyan düşüncesi, temel ilkeden vazgeçme veya bir başka anlatımla bir elle verilenin öbür elle geri alınması anlamını taşıdığından, kabul edilemez.

defa ..borçlu" sıfatı ile asıl borçlunun yanında yer alması) veya garanti sözleşmesi olarak ayakta tutulamaz. Zira, gerek borca katılan gerekse garanti veren kişi, kefile nazaran daha ağır sorumluluklar altına girer⁶⁹. Bunun gibi, Alman Hukukunda genellikle kabul edilen düşünceye göre, bir iptal beyanı, fesih (bozma) veya rücu (dönme) beyanına çevrilebilir; ancak fesih (bozma) veya rücu (dönme) beyanlarının daha öteye giden sonuçlar doğuran iptal beyanına dönüştürülerek geçerli sayılması mümkün değildir⁷⁰.

f. Alıncı Şart: Tarafların Yaptıkları İşlemin Geçersiz Olduğunu Bilselerdi Yedek İşlemi İstemiş Olacaktı Söylenmemiştir - -

Burada 18_!'ıflc!D.!1 P!! k9nıda hiç mevcut olmayan *gerç?*_k iradelerinden söz açılmaz. Onlar yedek işlemi-hiç düşünmemiş ve sadece geçersiz işle-
-rıyönelik irade beyanlarında bulunmuşlardır. Çevirmenin gerçekleşebil-
mesi için aranan irade, tarafların bu konuya ilişkin gerçek _iradeleri olma-
yıp, sadece *farazf* (*varsayımsal*) iradelerinden ibarettir. Olayın hal ve şartla-
rina göre, taraflar yaptıkları işlemin geçersiz olduğunun farkına varmış
olsalardı, tamamen aynı sonuçları doğurmamasına rağmen, yedek işlemin
sağladığı sonuçlarla yetinmeyi kabul ederlerdi diye düşünmek mümkün
olabiliyorsa, bu şart gerçekleşmiş sayılacaktır. Bu konudaki değerlendirme
yapılırken esas alınacak an, i?lemin yapıldığı (bir sözleşme söz konusu ise
sözleşmenin kurulduğu) andır¹.

40

Burada sözü geçen farazi (varsayımsal) iradenin belli edilmesinde nasıl bir yöntem uygulanacaktır? Bizce, (yukarıda kısmi hükümsüzlük dolayısı ile benimsediğimiz görüşe uygun biçimde)⁷², tarafların çok defa yaptıkları düzenleme çerçevesinde veya bunun dışında açığa vurulmuş özel istekleri, subjektif (kişisel) değerlendirmeleri tespit edilebiliyorsa, bunlara üstünlük tanınacaktır. Anc? bu yoldan bir sonuca ulaşamadığı vakit veya ulaşila-
madığı ölçüde, tamamen objektif bir değerlendirmeye gidip, o hal ve şartlar
altında, makul düşünen kişilerin MK. m. 2/1'de yazılı dürüstlük kuralının
ışığında neyi istemiş sayılabilecekleri esas alınacaktır⁷³.

69) **Schmid**, not45'de age, N. 811; **Kaneti**, not 36'da age, s. 155-156. Yukanda (bkz. N. 36) gördüğümüz gibi, bu örneklerde, kefaleti şekle bağlayan kanun hükmünün kefilî koru-
yucu amacı da bir başka çevirme engelidir.

70) **Palandt/Heinrichs**, 64.A., § 140, N. 6.

71) **Mayer-Maly**, MünchKomm., § 140, N. 19.

72) Bkz. yukarıda N. 4.

73) Buradaki gibi: **Larenz/Wolf**, § 44, N. 79, 85; **Mayer-Maly**, MünchKomm., § 140, N. 16-17; **Kaneti**, not 36'da age, s. 154-155.

İKİNCİ BÖLÜM

TEMSİL

§ 45. Temsil Kavramı ve Temsilin Çeşitleri

I. Temsil Kavramı

1. Genel Olarak

- 1 Bir hukuki işlemin muhtasarı 2. işlemlerle ilgili olarak yapılacak işlemlerin muhtasarı olacak kimse tarafından bizzat yapılması zorunluluğu yoktur.- İşleme- taraf o aca laşı, o işlemleri temsilcisine de yaptırabilir. Bunun gibi, bir kimseye İcarısı yapılabilmektedir zarfında ve mutlaka o kişinin şahsına yapılmaması -gerekmez. Onun bir temsilcisi varsa, temsilciye karşı yapılan beyan da tıpkı o bizzat ilgiliye yapılan beyan gibi geçerli olur. Temsil denince, bundan genel olarak, temsilci tarafından yapılan veya temsilciye ulaşan beyanların, birinci halde, sanki bizzat temsil olunan tarafından yapılmış veya ikinci ihtimalde bizzat, temsil olunana ulaştırılmış beyanlar gibi hukuki sonuç doğurması anlaşılır¹. Gerçekte, temsilin söz konusu olduğu olgularda üç kişi vardır: 1- Temsil olunan, 2- Temsilci ve 3- Üçüncü kişi. Temsilci, temsil olunan adına üçüncü kişi ile bir sözleşme yaptığı, örneğin A'nın bir taşınmazın Ü'ye kiraladığı vakit, günümüzde hakim olan "temsil teorisi" gereğince hukuki işlem *olgusu* (kira sözleşmesi), temsilci T ile üçüncü kişi Ü arasında gerçekleşir, bir başka deyimle *sözleşmenin kurulması aşamasında*, irade beyanında bulunan ve bu hukuki işlemi gerçekleştiren kişiler T ile Ü dür. Buna karşı, söz konusu ile sözleşme ile meydana gelen *borç ilişkisinin* (örneğimizde kira ilişkisinin) tarafları temsil olunan A ile üçüncü kişi Ü olur. Görüldüğü gibi, temsilci sözleşmenin kurulması ile birlikte aradan çekilmekte, bu yoldan gerçekleşen borç ilişkisi ile alacaklı ve borçlu konumuna girenler sadece A ile Ü olmakta, temsilci T hiçbir şekilde bu borç ilişkisinin tarafı durumunu (örneğimizde "kiraya veren" veya "kiracı" sıfatını) elde etmemektedir². Bunun gibi, süregelen bir kira ilişkisinde, kiracı fesih (bozma) beyanını kiraya verenin temsilcisine bildirdiği vakit, bu

1) **Medicus**, AT, N. 882.

2) Özellikle bkz. **Flume**, § 43, 3, s. 752 vd.; **Larenz/Wolf**, § 46, N. 2.

beyan tıpkı kiraya verenin kendisine yapılmış bir beyan gibi sonuç doğuracak ve geçerli olarak yapılmış ise, kira ilişkisini sona erdirecektir.

2
Temsil hiç değilse iradi temsil söz konusu olduğu zaman, irade özerkliği gi avramının doğal bir sonucudur. Bir kimse: kanunun öngördüğü sınırları aşınamak l<aydı ife,- hukukı ilişkilerini dilediği gibicüzenlemekte serbest ise orninôu sonucu elde etmek üzere "temsilci" adi verilen bir kişiyi bu --ctüzenlemeleri yapmak üzere- yetkilendirmesi efe serbest olmalıdır. Buna -karş , temsil olunanın iradesindeüdeğil, fakat doğrudan doğruya kanundan doğan temsil hallerinde durum farklıdır. Aşağıda görüleceği gibi, kanuni (yasal) temsile yol açan durumlarda, temsil olunan kişi, hukuken:istediği düzenlemeleri serbest iradesi ile bizzat yapabilecek durumda değildir. Kanuni temsil yolu ile, ona işte bu imkan sağlanmaktadır. O halde, burada da, sonuç itibarı ile, irade özerkliği ilkesine ters düşen bir durumdan babsedi-Temez³.

Konuyu, bundan sonraki açıklamalarımızın temelini oluşturacak iradi (temsil olunan iradesine dayalı) temsil açısından ele aldığımız vakit, temsilin en başta gelen fonksiyonunun temsil olunanın hukuki iktidar alanını genişletmek biçiminde karşımıza çıktığını görürüz⁴. Örneğin, hasta olduğu için yatağından çıkamayan A, bir başka ildeki hukuki işlemi gerçekleştirmek üzere-T'ye te!P. SI yetlcıSıverm ls- 2 -ru da kaJabiiir. Bu ıı gibi., bazı işlemlerde uzmanlık büyük rol oynar. Bir sanat eserini veya yarış atını satın alffia1Cisteyen, ancak bu konularda'uzman olmayan A, konunun 1:Zmanı Tye-temsil yetkisi ver**?**bilir. Şu var ki, günümüzde iş hayatı: san_ayı (hatta sanayi ötesi) toplumu olmanın zorunlu bir sonucu olarak iş bölümüne dayanmakta ve hukul_d i şlep,...l rin yapılması ister istemez bu-alanda yetkilendirilf12.iş kişilere terk edilmek:tedir⁵.

3
Temsil, ilke olarak, temsil olunanın menfaatlerine hizmet eder. Ancak, bundan, bunun her zaman böyle olması gerektiği sonucu çıkarılamaz. Yeri ne göre, temsilin bizzat temsilcinin veya üçüncü bir kişinin çıkarlarına hizmet ettiği durumlarla karşılaşılabilir. Bunun en güzel örneklerinden birisi şudur: T. Ü bankasından alacağı krediye karşı bir teminat göstermek zorundadır. **?** kendisine ait bir taşınmazın banka lehine ip**??**(?k**??**i4n**?**si şuretiyle T lehine bÜ-teminafasaglamayı J{abtlle**?**iştir**?**. B ank**?**lehine ipotek tesisi i çin**?**gerelcl,i !**!** enn-yipiTma**?**!na X**??**!**?** **?**1**?**rais_r**?** Jy**?**- t**?**şil ye**?**si verdiği vakit, temsil olunan **?**nın değil, f**?**at temsilci T ile (o, b**?** sayede

3) Bu açıklamalar için bkz. **Flume**, § 43, 3, s. 754.

4) **Larenz/Wolf**, § 46, N. 1.

5) Özellikle bkz. **Koller**, 1, N. 1339, 1341, 1343.

bankadan kredi alabiliyor), Ü Bankasının (o, bl! yoldan verdiği krediye karşı birteminarelerde-ediyor)-çıkarlaflı:orunmuş olmaktadır⁶.

- 4 Temsil, *luluk-t,kf işlemler* alanında uygulama alanı bulan bir kurumdur. Bu işlem *iki taraflı* (sözleşme) olabileceği gibi *bir taraflı* da (örneğin, fesih veya dönme gibi yenilik doğuran bir beyan) olabilir. Hem borçlanma hem de tasarruf işlemleri temsile konu olabilir. Temenüt ihtarı veya ayıp ihbarı gibi *lulukluf işlem benzeri fiillerin* de temsile konu olması genellikle kabul edilmektedir. Buna karşı, *maddf fiillerde* temsil'den söz edilemez. Örneğin, sözleşme ile girdiği borcunu ifa etmek üzere bir mal imal etmesi gereken A, bu işin ya⁷ılmasını Tye bırakırsa, T temsilci değil, ifa yardımcısı (BK. m. 100) olur. *Haksız fiillerde* de temsil olmaz⁸. Nişanlanma, evlenme, vasiyetname düzenleme vs. gibi *kişiyeye sula surette bağı haklarda* da temsil mümkün değildir⁹.

2. Bilgide Temsil (Wissensvertretung)

- 5 temsil Kurumu, ilice olarak, hukuki işlemler alanında uygulama alanı buhifve bir kimse tarafından yap-rlan veyaölnınseyeulaş-an irade-beyanlanile ilgifidir¹⁰. Bilinci ihhtimalde remsiki tarafından yapılan irade beyanı sonucü gerçekleşen hukuki düzenleme temsilciyi değil temsil olunanı bağlayacak; ilcinci intimalcle,tefösTiciye 1<:arsı yapılan irade beyanı, sanki bizzat temsil olunana karşı yapılmış gibi hukuki sonuç doğuracaktır. Bunun yanında geliştirilen "bilgid-etemsil" kavramı ile, temsil hükümlerinin irade beyanları dışında da uygulama alanı bulmasına imkan tanınmaktadır¹¹. Bu

6) **Larenz/Wolf**, § 46, N. 4-5. Ayrıca bkz. **v. Tuhr/Peter**, § 41, I, s. 349; **Bucher**, AT, s. 596.

7) Bütün bu konular için bkz. **Zach**, Vorbem. zu Art. 32-40, N. 101 vd.; **Bucher**, AT, s. 599-600; **Schwenzer**, N. 40.10, 40.11; **v. Tuhr/Peter**, § 41, II, s. 351-352; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 164, not 544.

8) **v. Tuhr/Peter**, § 41, II, s. 353; **Bucher**, AT, s. 599; **Zach**, Vorbem. zu Art. 32-40, N. 115; **Eren**, 9. bası, s. 384.

9) **Eren**, 9. bası, s. 384; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 166. Son anılan yazarların belirttiği üzere, boşanma kararını bizzat kendisi veren eşin, bu hakkını kullanmak ve boşanma davası açmak üzere bir avukata temsil yetkisi vermesine bir engel yoktur.

10) **Larenz/Wolf**, § 46, N. 18; **Medicus**, AT, N. 882.

11) İsviçre-Türk Borçlar Kanunlarında bilgide temsili düzenleyen bir hüküm mevcut değildir. Buna karşı, Alman Hukukunda, BGB § 166 bu konuyu açıkça öngörmüştür. Alman öğretisine göre, bu düzenleme ile temsile ilişkin kuralların BGB § 164 ile belirlenen uygulama alanı, irade beyanına eşlik eden hal ve şartları de içine alacak biçimde genişletilmiştir (**Medicus**, AT, N. 898). Şu var ki, Alman Hukukunda, bu mesele genellikle "bilgide temsil" değil, "Wissenszurechnung" (temsilcinin bilgisinin temsil olunana isnadı veya temsilcinin bilgisinden temsil olunanın sorumlu tutulması) kavramı içinde ele alınmakta ve yukarıdaki metinde söylenenler bu çerçevede değerlendirilmektedir. Buna karşı, "Wissensvertreter" (bilgide temsilci) denince, bundan, temsil yetkisi olmaksızın (şu halde, gerçekte temsilci sıfatını taşımaksızın) bir organizasyon içinde, örneğin bir

kavram ile kastedilen şudur: *Hukuki sonuç doğurucu bazı olgular temsilci tarafından bilindiği (bilinç içeriğine dahi/ sayıldığı) veya bilinmesi gerektiği zaman, "bilgide temsil" kavramının yardımı ile, bu bilgi lemsi/ olımanda da var sayılacaktır.* Aşağıdaki örneklerden anlaşılacağı gibi, bu yoldan, temsil olunan bazı durumlarda bir hak elde edebilir, örneğin üçüncü kişi Ü'nün, temsilcisi Tyi aldatarak hileli bir sözleşme yaptırması halinde, bu hile kendisine karşı yapılmış gibi sözleşmeyi iptal edebilir. Bazı hallerde ise, onun, temsilci tarafından bilinen veya bilinmesi gereken hususların kendisince bilinmediğini yahut bilinemeyeceğini ileri sürerek aleyhine doğabilecek (örneğin kötüniyetli sayılma gibi) hukuki sonuçları engellemesine imkan tanınmaz¹².

Derhal belirtelim ki, üstün tuttuğumuz görüşe göre, bu anlamda bir "bilgide temsil" gerçek ve hukuki anlamı ile bir temsil sayılamaz. Yukarıda belirttiğimiz gibi, temsilin uygulama alanı irade beyanları ile sınırlıdır. Burada, olsa olsa benzer bir olguda, temsil hükümlerinden kıyas yolu ile yararlanılması söz konusu olabilir¹³.

Bilgide temsil kavramı ile ilgili olarak, biz, aşağıdaki örnekleri vennekle yetineceğiz¹⁴:

6

- Temsilcinin te m sil olup an adına yaptığı hukuki işlemde *hata, hile, ikrah (korkutma)* gibi bir irade bozukluğunun bulunup bulunmadığı, ilke olarak, temsil olunan değil, fakat *temsilci* açısından incelenir. Zira, hukuki işlemi yapan temsilcidir ve o; *ilke-olarak, temsil yetkisine dayanarak, gerekli çıkar değerlendirmelerini yapmış ve tek başına aldığı karar sonucu işlemi gerçekleştirmiştir*¹⁵. Örneğin A, T'ye bir tablo alımı için temsil yetkisi vermiştir. Temsil olunan A tablonun sahte olduğunu bilmediği halde, görüşmeleri yürüten ve tabloyu inceleyen temsilci T bil. l. un farkına varır ve bil. lla rağmen satış işlemini gerçekleştirirse, T'nin bilgisi A'yı da bağlayacağından, A hata sebebiyle sözleşmeyi iptal edemez¹⁶.

sözleşmenin kurulması ve içeriğinin belirlenmesi konusunda geniş ölçüde "bağımsız" biçimde hareket etmek üzere görevlendirilmiş kişiler anlaşılmaktadır. Bu takdirde, görevin ifasında önemli ölçüde etkili olan bu kişilerin elde ettiği bilgi, onları görevlendiren kişiye de (bir temsil yetkisi verilmemiş olmasına rağmen) isnat edilebilmektedir (Bkz. **Medicus**, AT, N. 898 vd., 904 vd.; **Larenz/Wolf**, § 46, N. 107 vd.; **Köbler**, 28.A., § 11, N. 52, 53).

12) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1444; **Bucher**, AT, s. 600; **v. Tuhr/Peter**, § 41, il, s. 351; **KoUer**, I, N. 1497.

13) **FeUmann**, Art. 396, N. 65; **Keller/Schöbi**, s. 69. Krş. **Bucher**, AT, s. 600; **Watter**, Basler Komm. Art. 32, N. 5.

14) Bu konuda özellikle bkz. **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1445 vd.

15) Bkz. **Larenz/Wolf**, § 46, N. 99.

16) **Zicb**, Art. 32, N. 142.

Buna karşı, istisna olarak, *temsilcinin yapacağı işlem ile ilgili kararı, bütün değerlendirmeleri yaparak bizzat temsil olunan almış ve temsilci de temsil olunanın iradesine veya talimatına uygun biçimde bu kararın gereğini yerine getirmekle yetinmişse* durum değişir. Bu gibi durumlarda, irade bozukluğu açısından temsilciyi değil temsil olunanı esas almak gerekir¹⁷. Örneğin, mafya babası Ü, A'yı tehdit ederek, şişli'deki taşınmazın kendisine hayli düşük bir değer üzerinden satmadığı takdirde, eşini ve çocuklarını yok Dilmesini söylemiş; A bunun üzerine düşünüp taşındıktan sonra Ü ile iiiucaöele edemeyeceği sonucuna varmış ve temsilcisi T'ye taşınmazın Ü'ye satışı için talimat vermişse, ilcra"İ!(K.9r!<utp1a) sebebiyle iradesi sakatlanan kişi temsilci T değil, temsil olunan A'dur. Aynı örnekte, Ü, A'yı değil, o taşınmaz açısından terns il ye! lA'ine sahip T'yi tehdit ederek a'acına ulaşırdı, iradesi sakatlanan T'nin tehdideilişkin bilgisi, bilgide temsil yolu ile A'ya da isnat edilebilecek ve A yine ikrah sebebiyle iptal beyanında bulunma hakkına (BK. m.29,31) sahip bulunacaktı. Görüldüğü gibi, yukarıda belirtilen tüm ihtimallerde, şartları gerçekleşmişse iptal hakkına sahip olan kişi temsilci değil temsil olunanıdır. Yanılan, aldatılan veya tehdit edilen kişinin bizzat temsilci olması bu sonucu değiştirmemektedir¹⁸.

7

Sözleşmeyi bir temsilci aracılığı ile yapan kişi "gabin" iddiasında bulunabilir mi? Bu sorunun cevabını verirken bir aynın yapmalıdır:

- Tilin değerlendirmeler yapılarak sözleşmeyi o içerikle kurma kararını temsil olunan tarafından alınmış ve temsilcinin rolü bu karara uygun biçimde (örneğin notere veya tapu müdürlüğüne giderek) sözleşmenin temsil olunan adına kurulmasını sağlamaktan ibaret kalmışsa, temsil olunanın gabin sebebiyle iptal hakkına sahip olabileceği kuşkusuzdur. Yargıtay, gabin sebebiyle iptal hakkını, temsil olunan, sırf bu ihtimal çerçevesinde tanırmaktadır¹⁹. Şu noktayı ekleyelim ki, sözleşme görüşmeleri sırasında temsil olunan ile üçüncü kişinin mutlaka karşı karşıya gelmeleri veya mektup vs. yolu ile doğ-

17) **Medicus**, AT, N. 899; **Larenz/Wolf**, § 46, N. 114; **Zach**, Art. 32, N. 132, 142; **Bucher**, AT, s. 631 ve not 111; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 190.

18) Temsilci T, ancak bu konuda da kendisine yetki verilmişse, A adına iptal hakkını kullanabilir (**Larenz/Wolf**, § 46, N. 100; **KoUer**, I, N. 1502). Öğretide, **Bucher** (AT, s. 633) tarafından ileri sürülen ve ilke olarak, sözleşmenin kurulması için yetki verilen temsilcinin, temsil olunan adına iptal beyanında bulunabilmek hususunda da yetkili sayılması gerektiğini kabul eden görüşe katılmıyoruz.

19) Yargıtay I HD.nin 14.2.1990 tarih ve E. 1989/6194, K. 1990/1026 sayılı kararına göre "Dinlenen tanıkların sözlerinden davalının, davacıların bu konudaki tecrübesizliklerinden yararlandığı sonucu çıkmaktadır. Her ne kadar davacılar K.T. Noterlikte yapılan sözleşmede F.T. isimli kişi tarafından temsil edilmiş ise de, bu kimsenin tanık olarak mahkemede verdiği ifadede satış bedelinin davacı asil ile davalı arasında kararlaştırılmış olduğu, bedelin de asile ödendiği, kendisinin yalnız noterlikte satış işlemini vekil olarak yaptığı anlaşılmıştır. Bu durumda mahkemenin BK. m. 21 maddesi hükmü uyarınca istek doğrultusunda satış sözleşmesinin feshine karar vermesi gerekirken..." (**Özkaya**, Gabin Davaları, Ankara 2000, s. 74). Derhal belirtelim ki, borcun ifası aşamasını ilgilendiren, satış bedelinin temsil olunanı ödenmiş alması olgusunun varılacak sonuç üzerinde etkili olması mümkün değildir. -Aynı doğrultuda bir başka karar: Yarg. 1. HD., 11.6.1984, E. 1984/6877, K. 1984/7004, **Özkaya**, s. 103).

rodan doğruya ilişki kummuş olmlnı dn şart değildir. ÜçÜncü kişinin tekli0cri ve öne sürdüğü şortlar temsilci aracılığı ile temsil olunana ulaştırılmış dn olabilir. Önemli olan, temsil olunanın gabinli sözleşmenin o şartlarla düzenlenmesi konusundaki kararı bizzat almış olmasıdır.

-Temsil olunan sözleşmenin kurulması a amnsındn pasif kalmış ve bu konuda her-se -i temsı cının ıra c ve inisiyatıfinc bırakmış o a ı ır. argıtay u ı ılma e, temsil o unnnn ga 111 se e ıy c soz e me ı ı a etme a ını tanımama ta ır. sc :Mah- cmcnın ır anının a i alegorik ifade ile "Hemen belirtmek gerekir ki, vekil aracılığı ile yapılan temliki tasarruflarda gabin hukuksal nedenine dayanılamaz. Öteden beri h}j sapma göstermeksizin kararlılık kazanmış yargısal uygulama da bu doğrultudadır" . Görülüyor ki, yukarıda incelediğimiz ilk ihtimalde, sözleşmeyi kurma karan tüm değcr-lendimlcler kendisince yapılarak temsil olunanca alındığı vakit temsil olunanın gabin iddiasını kabul ederken, Yargıtay, "temsilci aracılığı ile yapılan sözleşmelerde gabin iddiası dinlenmez" tarzında ifade edilebilecek temel ilkeye bir istisna tanımış bulun-maktadır. Bizce, temsil olunanın pasif kaldığı ve herşeyi temsilcinin karar ve inisiyatifi-ne bırak"tığı hallerde, gabin iddiasına yer kalıp kalmadığını incelerken, gabin için BK. m. 21'de öngörülen sübjektif şartlar arasında bir aynın yapmak gerekir. Olayda, bu şart-lardan sömürülenin zor durumundan (müzayaka halinden) yararlanılması söz konusu ise, bu şart niteliği gereği ancak bizzat temsil olunanın şahsında gerçekleşebilir. "Tem-silcinin içinde bulunduğu sıkışık durumdan yararlanıldı" iddiası ile gabin ileri sürüle-mez. Şu var ki, karşı taraf temsilci aracılığıyla işlem yapan temsil olunanın sıkışık (zor) durumunu biliyorsa, işlemin temsilci aracılığıyla gerçekleştirilmiş olmasa gabin sebe-biyle iptale engel oımaz2°:ı. Bunun dışında, "biffet" ve "tecrübesizlik" söz konusu oldu-ğunda, temsil olınların, "temsilcinin biffeti veya tecrübesizliği istismar edilerek söz-leşme yapıldı" diyerek BK. m. 21 hükmüne dayanmasına bir engel yoıctur2¹. Gerçeklen, hayan ve insanları çok iyi tanıdığı için kolay kolay kandırılmayacak temsil olunanın, rahatça aldatılabilen temsilcisine bile yapıldığı veya cesur temsil olunanın korkak tem-silcisi ciddi ve esaslı bir tehdit altında sözleşme yapngı vakit. sözleşmenin temsil olu-nan tarafından bileye veya ikraha dayanılarak iptal edilmesini (BK. m. 28 ve 29) kabul eden bir hukuk sisteminde; hafifliği yahut tecrübesizliği istismar edilmiş temsilcinin yaptığı gabinli sözleşme dolayısı ile, temsil olunanın savunmasız bırakılması kabul edi-lemez. Her ne kadar, böyle bir kişinin temsilci olarak görevlendirilmesinin, yerine göre bir ihmal oluşturduğu düşünülebilirse de, bu husus, iptal hakkının kullanılmasında de-ğil, BK. m. 43-44 hükümleri çerçevesinde tazminat miktarı üzerinde etkili olarak, tem-sil olunanın açabileceği bir tazminat davasında rol oynayabilir (Bkz. § 39, N. 31).

- Ü tarafından apılmış bir irade beyanının güven ilkesine göre nasıl anlaşılması gere ıği araştırılır en, i e o ar " temş!cı tarafınaan binebi- leii"" ütün a ve şartfa-resas al.ınac-aktır.-Temel ilke bu olmakla birlikte, temsilci tarafından bilinmese bile, temsil olunan bızzat kendisi tarafından anlaşılması gere ıği araştırılır en, i e o ar " temş!cı tarafınaan binebi- leii"" ütün a ve şartfa-resas al.ınac-aktır.-Temel ilke bu olmakla birlikte, temsilci tarafından bilinmese bile, temsil olunan bızzat kendisi tarafından

20) Yarg. 1. HD., 10.12.1991, E. 1991/5569, K. 1999/144334, **Özkaya**, not 19'da age, s. 72). Aynı doğrultuda başka kararlara örnek olarak bkz. Yarg. 1. HD., 27.6.1989, E. 1989/3969, K. 1989/8426; 1. HD., 1.12.1987, E. 1987/10502, K. 1987/11206; 1. HD., 9.2.1983, E. 1983/45, K. 1983/1045 (**Özkaya**, s. 78, 86, 106).

20a) Bkz. yukarıda § 39, N. 21.

21) **Kocayusufpaşaoğlu**, Tendances actuelles concernant la lesion dans les contrats, in: Tendances Actuelles du Droit Turc et du Droit Français, İstanbul-Paris, 1988, s. 79-80; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 190.

bi• en veya bilinebilen olguların da dikkate alınmasına katlanmak zorundadır-.

- İyiniyetle bir hak iktisabı söz konusu sJJ.is..e., hakk.in. kazanılmasına engel olan bazı olgular temsilci tarafından bilindiği veya bilinebilir olduğu zaman, bu, temsil olunanın da kötüniyetli sayılmasına yol açacaktır. Bunun gibi, emsilci lfiltriese dahi, temsir-oluiianca-oiliinen veya bilinebilir olan olgular dolayısı ile temsil olunanın iyiniyet iddiasında bulunmasına imkan kalmayacaktır. Buna karşı, kendisi kötüniyetli olmayan temsil olunan, temsilcinin iyiniyetinden yararlanabilmektedir²³.

di'>, \, \, / 'J-(0-S'1 / 1e 4.-JII , } \, \, -v, , s'-..." , ye JL,-. °c 1 / J., r-c c \, } "c 'L, r(J,

3. Temsil ve Ve lı t ^ hIL-Y/ C.fi iud--L / a., hıtvL ,çl " " " ,,,.,JJ, F 1 , v ,) -d ?

- 9 Birbiri ile karıştırılmaması gereken bu iki kavram arasındaki farkları belirtmeden önce, şu noktayı önemle vurgulamak gerekir ki, hukukumuz uygulamasında hakim olan terminoloji bunların birbirine karıştırılmasına son derece elverişli bir ortam yaratmaktadır. Gerçekten, bugün Türk Hukuk uygulaması, "temsil yetkisi" verilmesi yerine "vekalet" verilmesi, "yetki belgesi" yerine "vekaletname" deyimlerine üstünlük tammaktadır^{24, 25}.
- 10 "Temsil" ve "vekalet" kavranılan arasındaki belli başlı farklar şöyle özetlenebilir²⁶:

-Temsil yetkisi, aşağıda görüleceği gibi, *bir taraflı* bir irade beyanı ile verilir. Oysa, Borçlar Kanununun özel bölümünde düzenlenen vekalet (BK. m. 386 vd.) bir sözleşmedir ve bütün sözleşmeler gibi *iki tarafın* karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını gerektirir.

- Vekaletin konusunu hukuki işlemler veya hukuki işlem benzeri fiiller oluşturabileceği gibi, maddi eylemlerin yapılması da oluşturabilir. Örneğin, bir hukukçunun mütalaa vermesi veya bir hekimin hastayı muayene ve tedavi etmesi, bir öğretmenin özel ders vermesi vekalet sözleşmesinin

22) **Larenz/Wolf**, § 46, N. 104, 114-115.

23) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1448; **v. Tubr/Peter**, § 44, II, 4, s. 392-393; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/AJtop**, s. 190.

24) **Tannver**, Noterlik Açısından Vekalet (Temsil), 2. baskı, Ankara 2001, s. 3, 8; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö**, s. 176; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 170 ve not 569. Şu noktayı ekleyelim ki, bazı kanunlarımızda da (örneğin Noterlik K. 89) uygulamadaki terminolojinin esas alındığı görülmektedir (Ayrıca bkz. HUMK.. 59 vd. ve **Kuru/Arslan/Yılmaz**, Medeni Usul Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2003, s. 294).

25) "Vollmacht" kelimesi "temsil yetkisi" anlamına geldiği için, "V ollmachtsurkunde" karşılığı "yetki belgesi" deyimini, bazı yazarların (not 10'da anılan **Tannriver**, s. 3, 8 ve **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 294) kullandığı "temsil belgesi" deyimine üstün tutuyoruz. Bununla beraber "temsil belgesi" deyiminin de yanlış olmadığı ve bir karışıklığa yol açmayacağı kanısındayız.

26) Özellikle bkz. **Bucher**, BT, s. 227; **Fellmann**, Art. 394 N. 46; Art. 396, N. 42 vd.; **Tandoğan**, il, s. 357; **Eren**, 9. bası, s. 398.

konusunu teşkil edebilir²⁷. Oysa, maddi fiillere ilişkin olarak temsil söz konusu olamaz.

- Vekalet sözleşmesinin kurulması ile birlikte, vekil, vekalet konusu işi yapma borcu altına girer. Oysa, kendisine temsil yetkisi verilen kişi, sırf bu yetki ile herhangi bir borç altına girmiş değildir.

- Bir kimse A, vekalet sözleşmesi ile bağlı olduğu vekiline T, üçüncü kişi Ü ile işlem yapması tesil yetkisi v'rdiği zf' l'm, iç ilişki (temel ili şki) He, dış ilişkiyle dikkatle birbirinden ayırmak gerekir:

= A ile T arasındaki vekalet ilişkisi, tarafların karşılıklı hak ve borçlan-
nı sağlayan iç (tt::m'l) ilişkiyi ifade eder. Bu ilişkinin, '(on. temsil yetki-
..şii ile dayanarak A adına hukuki işlem yaptığı U ile bir ilgisi yoktur. İç (te-
mel) ilişki sadece vekalet yeren A ile, temsil yetkisine de sahip vekil T
arasındadır.

Temsil, A ile ü arasındaki dış...ilişki ileJJ.gilidir: Zira, t emsilci T kndi-
sine verilen temsil yetkisi sayesinde y A adına işlem ya Om* lıdır. ahip
Çill!!! Ş yeq nun D ile yürütlü! İŞ km (örneğin bir satı s) sOn:QCJLJ.:>orç ili s]dsi
doğrudan doğruya A ile U arasında meydana gelmiştir²⁸.

- Temsilin dayanağını oluşturan temel (iç) ilişkinin mutlaka bir vekalet ilişkisi olması şart değildir. Aşağıda göreceğimiz gibi, örneğin, bir hizmet veya şirket sözleşmesi de iç ilişkiyi oluşturabilir²⁹.

- Öğretide çok defa, bu açıklamalardan, temsilsiz vekalet olabileceği gibi, vekaletsiz temsil de olabileceği sonucu çıkarılmaktadır³⁰. Temsilsiz vekalet kavramına karşı diyecek yoktur. Maddi eylemlere ilişkin vekalette bu durum çok açıktır. Buna karşı, vekaletsiz temsil de olabilir denirken, bununla, hiçbir temel ilişkiye dayanmayan tek başına temsil yetkisinin normal bir gövdesini oluşturduğu kastediliyorsa, buna katılmak çok güçtür³¹.

il. Temsilin Çeşitleri

1. Kanuni (Yasal) Temsil ve İradi Temsil

Burada temsil kudretinin kaynağı esas alınarak bir ayırım yapılmaktadır. Temsil kudreti varlığını temsil olunallll! temsilce temsil y etkisi veril-
mese yönelik irade beyanına bor !!!Y - il: _çzdf (a _ğ Qeı dqğ) temsil

27) Tandoğan, II, s. 359-360.

28) Bu açıktır. Jama, hiç kuşkusuz, doğrudan doğruya temsil kavramı esas alınarak yapılmaktadır. Daha sonra göreceğimiz gibi, gerçek anlamı ile temsil sadece doğrudan doğruya temsildir (Kırş. Tandoğan, II, s. 357 ve not 9a).

29) Bkz. aşağıda § 46, N. 22.

30) Örnek olarak bkz. not 26'da anılan Fellmann.

31) Bu konunun açıklanması için bkz. aşağıda § 46, N. 24 vd.

yetkisi söz konusu olur. Bizim, “-ıda kanuni temsilci” olarak y.ijpa-
cağımız kısa açıklamalar dışında, bundan sonra inceleme konusu yapaca-
gımız kavram hep iradi temsil olacaktır:--

Buna karşı, temsilcinin temsil yetkisi, *temsil olunanın iradesi dışında kalan bir kaynağa* dayanıyorsa, kanuni (yasal) temsilden söz edilir. Örneğin, evlilik içinde doğan çocuk, "doğum" olgusu ile birlikte ana ve babasının, evlilik dışı çocuk ise, ilke olarak, anasının velayeti altına girer (MK. m. 335/1, 337/1). Yine kanuna göre, “Ana ve baba, velayetleri ÇESevesinde üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisidirler” (MK. m. 342/I). “Türk Aile Hukukunun 75. maddesi ana ve baba, erginliğini elde etmemiş ve evli olmayan çocukların temsil etme yetkisini, doğumla birlikte kendilerine velayet hakkı çerçevesinde elde etmektedir. Aynı şekilde, vesayet altındaki kişinin kanuni temsilcisi olan yasa, huysuzluk ve taksitli bir malı kime karan ile sahip olacaktır. Miras ortaklığına tayin edilen kanuni temsilcinin bu yetkisinin kaynağına bir mahkeme kararıdır-ClvfIC-iiL6407III)”³².

- 12 İradi temsil ile kanuni temsili, doğurdukları sonuçlar bakımından birbirinden ayıran en örneklilik noktalarından biri şudur: Aşağıda göreceğimiz gibi, iradi temsilde, bir kimseyi temsilci olarak Y-etkilendiren temsil olunan aynı konuda bizzat işlem yapmak iktidarını hiçbir şekilde ka-
betmez. Oysa, genellikle “Roruyuca-biram a anan anunu te s.ild dünü nı fuMıdır. Kendisine kanun temsilci tayin edildi. İle k-ışi, hir-değilse-i.lke. olarak, b.izzat işlem yapmak imkanından hu-yksundur”³.

- 13 Acaba, tüzel kişilerin *organları* aracılığı ile temsil edilmeleri, bir çeşit kanuni temsil sayılabilir mi? Bu konuda iki görüşe rastlanıyor:

- Çok katı bir tutumu benimseyen birinci görüşe göre, organlar tüzel kişinin BK. m. 32 vd. anlamında temsilcisideğU, bizzat kendisi-Oir. Onların irade beyanı, tüzel kişinin irade beyanı sayıldığından burada bir temsilden söz edilemez. Ancak, yetkili organı aracılığı ile tüzel kişinin-“6r-çek anlamda bir iradi)-temsHciy.i-Yetk-lend.imesine..de-bir-engel-yoktur”.

- İkinci ve daha nüanslı bir çözüm, İsviçre ve Alman öğretilerindeki çoğunluğun benimsediği çözümdür. Bizim de katıldığımız bu anlayışı şu şekilde açıklayabiliriz:

32) Kanuni temsil ile ilgili olarak özellikle bkz. v. Tuhr/Peter, § 43, s. 377 vd.

33) v. Tuhr/Peter, § 43, III, s. 385.

34) Bu görüş Türk Hukukunda hakim olan görüştür. Örnek olarak bkz. Oğuzman/Öz, 4. bası, s. 164, not 545; Eren, 9. bası, s. 388; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 169, 180 not 22. Anılan son yazarların ifadesiyle "tüzel kişilerin organları, kanuni temsilci sayılmazlar ve temsile ilişkin kurallar bunlara uygulanmaz". İsviçre Hukukunda aynı doğrultuda: Engel, s. 374; Bucher, AT, s. 623, 627, 631 not 110 (krş. s. 624, 639). İsviçre Federal Mahkemesi de, bazı kararlarında tüzel kişilerin organlarının BK. m. 32 vd. çerçevesinde bir temsilci olmayıp, doğrudan doğruya tüzel kişinin iradesini açığa vurduğunu ifade etmiştir (BGE 98.11.219; 111.11.289). Başka türlü: BGE 127.III.333.

= Mesel tiizel kişi acısıııdaıLbak.ıld.ıgı v.ak.i.Lo.rga ın onun bir parçası snyıldığı ve organ tarafından açılğa vurulmuş iradenin tüzel kişinin iradesi snyılacağı kuşkusuzdur.

= Ancak konu, irade beyanında bulunan *organ* açısından ele alındığı vakit durum değişmektedir. Bir defa, tüzel kişinin tüm organları hukuki işlemler alanında onu temsile yetkili değildir. Gerek Medeni Kanun gerekse Türk Ticaret Kanunu, hangi organın tüzel kişiyi temsil hususunda yetkili olduğunu açıkça bildirmişlerdir. Örneğin, derneklerde bu organ yönetim kuruludur³⁵. Görülüyor ki, sadece "organ" olmak yetmemekte, ayrıca kanun tarafından "tüzel kişiyi temsile yetkili" sayılmak da gerekmektedir. Şu halde, organ irade beyanı ile tüzel kişiyi bağladığı vakit, bunu sadece organ sıfatına borçlu bulunmamakta, ayrıca tüzel kişiyi temsil yetkisinin de kendisine kanun (ve yerine göre tüzük, vakıf senedi, ana sözleşme) tarafından tanınmış olması icap etmektedir. Anılan kaynaklarda sözü edilen "temsil" kelimesine ise, Türk Ticaret Kanununda ticaret şirketleri için öngörülmüş özel temsil hükümleri saklı kalmak üzere, Borçlar Kanununda düzenlenmiş bildiğimiz temsil kavramı dışında bir anlam verilmesini gerektirecek hiçbir sağlam ve inandırıcı gerekçe gösterilemez³⁶. Diğer taraftan, organı oluşturan kişilerin, tüzel kişi dışında ayrı bir kişilikleri vardır ve bunlar, tüzel kişiyi değil, bizzat kendilerini alacaklı borçlu kılacak biçimde irade beyanında bulunma imkanına her zaman sahiptir. Onların, irade beyanları ile, "kendilerini" değil, fakat "tüzel kişiyi" hukuken bağlayabilmeleri için, bu beyanı, tıpkı bir temsilci gibi "tüzel kişi adına" yapmaları gerekmekte ve işte temsil hükümlerinin uygulanmasına yol açan olgu bu noktada karşımıza çıkmaktadır³⁷. Ne var ki, bu irade beyanı, temsilden farklı olarak, "temsilcinin" değil, "tüzel kişinin" irade beyanı sayıldığından, buradaki temsili klasik temsilden ayırmak üzere, "kendine özgü (*sui generis*)" veya "atipik" bir temsil olarak nitелеmek, bunun sonucu olarak da, Borçlar Kanununun temsile ilişkin hükümlerini bunlara doğrudan doğruya değil, fakat nitelik ve özelliklerine uygun düitüğü ölçüde kıyas yolu ile uygulamak bize daha isabetli gözükmektedir³.

35) MK. m. 85/Te göre "Yönetim Kurulu, derneğin yürütme ve temsil organıdır".

36) **Medicus**, AT, N. 926.

37) Tüzel kişinin temsil organını bir çeşit kanuni temsilcisi statüsünde gören bu görüş için bkz. **Zach**, Vorbem. zu Art. 32-40, N. 33, 46; **Künzle**, Der direkte Anwendungsbereich des Stellvertretungsrechts, Bem/Stuttgart, 1986, s. 32 vd. ve not 18; **Koller**, I, 2.A., § 16, N. 12-13; **Schwenzer**, 4.A., N. 41.08; v. **Tuhr/Peter**, § 43, I, 2, s. 378; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 1324; **Egger**, Zürcher Kommentar, 1. Band: Einleitung und Personenrecht, 2.A., Zürich 1930, Art. 54-55, N. 15, 17; **Köhler**, 28.A., § 11, N. 2; **LarenıJWolf**, § 46, N. 12; **Flume**, § 45, I, 1, s. 780, 781 ve yukarıda not 36'da anılan **Medicus**.

38) Bu şekilde, not 37'de anılan **Gauch/Schlupe/Schmid'in**, tüzel kişilerin organları için kanuni temsil görüşünü açık biçimde kabul ettikten sonra, kullanılan "temsil" sözcüğünü uygun bulmamak suretiyle dile getirdikleri itiraz da cevaplandırılmış olmaktadır.

Şu noktayı ayrıca gözden kaçırmamak gerekir ki, bu temsil "iradi" değil, fakat "kanuru" bir temsildir. Çünkü, örneğin bir demekte, Genel Kurul bir temsilci değil fakat Yönetim Kurulunu seçmekte ve bu şekilde seçilen Yönetim Kuruluna temsilci sıfatı *kanun ve dernek tüzüğü* tarafından bağlanmaktadır³⁹.

Bu açıklamaların gösterdiği gibi, İsviçre Hukukunda, organların tüzel kişiyi temsil yetkisini, daha ziyade iradi temsile yakın bir olgu olarak açıklamak isteyen azınlık görüşü⁴⁰ yerinde değildir.

Sonuç olarak şunu söyleyebiliriz ki, tüzel kişinin temsil organı olmak, aynı zamanda "kendine özgü" veya "atipik" bir kanuni temsilci sayılmaya engel değildir⁴¹.

2. Dolaylı (Dolayısı ile) Temsil-Doğrudan Doğruya Temsil

-kr-,s) c,_m,c:: a:4.rc. .,ly' 1:r,lt, c,J,r,c --c1-tilt |

/ bo"el- il c 'R
c., 'I-J-I-(r

a. Dolaylı Temsil:

- 14 Doğrudan doğruya temsili tc!!!@JJJ.'an Roma Hukuku, sadece bugün "dolaylı" (veya "dolayısı ile") temsil diye adlandırdığınız temsil türüne yer veriyordu⁴². Bazı hukukçuların "çelişkili bir kavram" (*contradictio in adjecto*) olarak niteledikleri⁴³ dolaylı temsilden anlaşılan şudur: Dolaylı temsilci T, temsil olunan A adına işlem yapmak suretiyle, doğrudan doğruya Ayı bu yoldan kurulan borç ilişkisinin tarafı durumuna getirmek imkan ve kudretine sahip değildir. Üçüncü kişi Ü karşısında dolaylı temsilci T, temsil olunan A "adına" değil, *kendi adına* hareket eder. Bunun sonucu olarak, borç ilişkisi Ü ile temsilci T arasında kurulur. Bu borç ilişkisinden doğan tüm hak ve borçlar temsilci T'ye aittir. Ne var ki, T söz konusu işlemi dolaylı temsilci sıfatı ile, yani, bu hususu Ü'ye belirtmek zorunluluğu olmaksızın, temsil olunan A "hesabına" yaptığı için, bu şekilde elde ettiği tüm hakları aralarındaki (çok defa vekalet olarak karşımıza çıkacak olan) iç (temel) ilişkiye dayanarak temsil olunan A'ya devretmek yükümlülüğü altındadır. J:3unun için taşınırlarda zilyetliğin devri, taşınmazlarda A adına u kütüğüne tescil, alacaklarda alacağın devri yoluna başvurmak ereke-

39) **Larenz/Wolf**, § 10, N. 77; **Medicus**, AT, N. 926; **Gauch/Schluemp/Schmid**, N. 1324.

40) Bu eğilimde: **Watter**, Basler Komm. Art. 32, N. 11.

41) Bu vesile ile hatırlatalım ki, tüzel kişilerin organları, sadece hukuki işlemler alanında onları temsil etmekle kalmazlar. Zira, MK. 50ff'i uyarınca, organlar "diğer bütün fiilleriyle" (bu deyim içinde özellikle haksız fiiller yer alır) tüzel kişiyi borç altına sokarlar. Hiç kuşkusuz bu son halde bir temsil söz konusu değildir.

42) **Honsell**, Römische Recht, 2.A., Bertin Heidelberg, 1992, s. 32.

43) Bkz. **Bucher**, AT, s. 597 not 7'de anılan **Unger**. -**Bucher'e** göre (s. 598), günümüzde ancak "bir temsil olgusunun bulunmadığını" gösteren negatif bir ölçü olarak kullanılabilir olan dolaylı temsil kavramı reddedilmelidir.

c.ektir (BK. m. 32/III)⁴⁴. T a n c a, Ü' e ödedi-i s⁴⁵ tış!e !l çJini aral arındaki iç ilişk⁴⁶ ye (v⁴⁷ k⁴⁸ let ilişkisine) dayanarak.A⁴⁹ dan tahsiletmek hakkına.sahiptir.

Borçlar Kanunumuzda, dolaylı temsili esas alan sözleşme komisyon sözleşmesidir. Gerçekten BK. m. 416/1 uyarınca,

"Alım ve satım işlerinde komisyoncu, ücret mukabilinde kendi namına ve müvekkili hesabına kıymetli evrak ve menkul eşya alım ve satımını deruhte eden kimsedir."

b. Doğrudan Doğruya Temsil (Dolaylı Temsil ile Karşılaştırmalı Olarak)

Gerçek anlamı ile temsil, sadece doğrudan doğruya temsildir. Dolaylı temsil olsa olsa, "gerçek olmayan anlamda"51r temsilsayıfaolir⁴⁵:-Gerçekten, sadece doğrudan doğruya temsilde, temel (iç) ilişkiye ek olarak ayrıca bir de "temsil yetkisi" verilmesi söz konusu olmakta ve bu sayede temsilcinin üçüncü kişi ile yaptığı sözleşmenin sonuçları (borç ilişkisi) doğrudan doğruya temsil olunan ile üçüncü kişi arasında gerçekleşebilmektedir (dış ilişki). Herhangi bir dış ilişkinin söz konusu olmadığı dolaylı temsilde, dolaylı temsilciye temel ilişki dışında ayrıca bir de "dolaylı temsil yetkisi" verildiğinden söz açmak isabetsizdir. Zira, temsil olunan A ile dolaylı temsilci T arasında ki temel (iç) ilişki, temsilcinin "kendi adına" ü üncü ki j ile raptıg! sözl⁴⁶ sm enin, a)!11 ?'.am apda ⁴⁷ ..⁴⁸ ⁴⁹ şahına" g⁵⁰ r ç⁵¹ lcle _ş! İl iş _ş ayılması, mn _y..a.u_i T'nin bu ⁵² özJ⁵³ şme sonucu U'den elde edeceklerini A'ya devretmekle yükümlü olmasının hukukî day:an⁵⁴ 1 olu ş turu r. l3ii: b⁵⁵ ka anlatımla, dolaylı temsilcinintemsil yetkisinin kaynağı, ayn bir yetki vermi işlemi ..değil,çok defa vekalet sözleşmesi013!⁵⁶ !⁵⁷ !⁵⁸ !Jlill?⁵⁹ ik:acak temel ilişkinin oızzat-fendisidir. O halde, (ya,izlticz bir ifadeyle) bir kimsenin sadece dolaylı temsryetkisine sahip olmasından söz açıldığı zaman, bu "yetki"nin doğrudan doğruya temel ilişkiden doğduğu ve temel ilişkinin kendisinden ibaret bulunduğu, yoksa temel ilişkiden ayrı ve bağımsız bir yetkilendirme işlemine yer olmadığı gözden kaçır/mama/ıdır⁴⁶.

44) BK. 393/I hükmünün getirdiği istisna için bkz. yukarıda § 35, N. 46 vd. -Şu noktayı ekleyelim ki, doğrudan doğruya temsil yetkisine sahip bulunmayan dolaylı temsilci, temsil olunan A adına bir işlem yaptığı takdirde, yetkisiz temsile ilişkin BK. m. 38-39 hükümleri uygulanır.

45) Bkz. Gauch/Schlupe/Schmid, N. 1424-1425; Schwenger, 4.A., N. 40.04.

46) Özellikle bkz. Gauch/Schlupe/Schmid, N. 1428; Züch, Art. 33, N. 121; Art. 32, N. 176; Merz, Legalzession und Aussonderungsrecht gemass Art. 401 OR, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Basel 1975, s. 454; Laren7/Wolf, § 47, N. 6. -Bu sebeple, Yavuz'un (Türk-İsviçre ve Fransız Hukuklarında Dolaylı Temsil, İstanbul 1983, s. 23 vd.), dolaylı temsilcinin de, tıpkı doğrudan doğruya temsilci gibi, (temel ilişki dışında) ayrıca bir taraflı ve bağımsız bir hukukî işlemle yetkilendirilmesi gerektiğini ileri süren hukukî dayanaktan yoksun açıklamaları düzeltilmeye muhtaçtır. Aynı yazarın, hiçbir temel ilişkiye dayanmaksızın dolaylı temsil yetkisi verilebileceği yolundaki görüşü, bizzat dolaylı temsil kavramı ile

Borçlar Hukukunda, "temsil" denince bundan (aksi belirtilmedikçe) yalnız gerçek anlamı ile temsil, yani doğrudan doğruya temsil anlaşılır. Biz ?e, bunda??. sonraki açıklamalarımızda sadece d?ğrudan doğruya tr.n:is!h? 1' inceleyeceğiz⁴⁷.

3. Aktif Temsil-Pasif Temsil

- 16 *Aktif temsilde*, temsilci, temsil olunan adına kendi iradesini beyan eder ve örneğin bir sözleşme yapar. *Pasif temsilde* ise, temsilciye karşı yapılmış bir irade beyanı, sanki bizzat temsil olunana yapılmış gibi hüküm doğurur. Genellikle kabul edildiğine göre, bir kimseye aktif temsil yetkisi verilmiş ise, aksi anlaşılmadıkça, o (aktif temsil yetkisinin kapsamı içinde kalan konularda) pasif temsilci sıfatını da kazanmış sayılır. Örneğin, bir kimseye bir sözleşme için icapta bulunma etkisi \: e rılmış se .. o, ilke oJa:cak_kam tarafın ka u eyanına muhatap olma bakımından da yetkilendirilmiş sayılır ve ka??.l oeya?n tel:l silciy? _?l ????l??.mieSözl_eş_ill?jgirilmiş-olur⁴⁸.

BGB § 164/III'den farklı olarak, İsviçre-Türk Borçlar Kanunlarında pasif temsil düzenlenmemiştir. Buna rağmen, kanunda yer alan aktif temsile ilişkin hükümlerin, kıyas yolu ile pasif temsile de uygulanabileceğinde kuşku yoktur.

- 17 Aktif ve pasif temsil yetkileri arasında ilginç bir fark "elbirliğiyle (ortaklaşa) temsil" halinde ortaya çıkar. Bu ihtimalde, aktif temsil açısından, örneğin üç temsilcinin üçünün de (mutlaka aynı anda beyan edilmesi şart olmayan) rızası arandığı halde, pasif temsil söz konusu olunca durum değişir ve bunlardan sadece birine karşı yapılan bir irade beyanı (aksi anlaşılmadıkça) hepsine birden yapılmış gibi hüküm ve sonuçlarını doğurur⁴⁹.

çelişen ağır bir yanılgıdır. Gerçekten, dış ilişkide, yani temsil olunan A ile üçüncü kişi Ü arasında hiçbir sonuç doğurmayan ve özelliği, sadece dolaylı temsilci T'yi, Ü ile kendi adına yaptığı sözleşme sonucu eline geçenleri aralarındaki temel (iç) ilişki dolayısı ile temsil olunan A'ya devretmek "borcu" altına sokan dolaylı temsilin, nasıl olup da bu devir borcuna dayanak teşkil eden bir temel borç ilişkisi olmaksızın, sırf A'nın bir taraflı irade beyanı ile doğabileceğini anlamak imkansızdır. Yazarın ileri sürdüğü gibi, bu bir taraflı yetkilendirme ile dolaylı temsilcinin "dolaylı temsil yetkisinin muhtevası doğrultusunda hareket etme borcu altına girmeyeceğini" (s. 30) iddia ebnek ise, sadece bir iç ilişkiden ibaret olan dolaylı temsili asıl kaynağından ve onu dolaylı temsil yapan karakteristik niteliğinden yoksun bırakmak suretiyle tam bir çelişkili kavram (contradictio in adjecto) oluşturur. -Sık sık kullanılan "dolaylı temsil yetkisi" deyiminin, temel (iç) ilişkinin sağladığı yetki dışında ayrı bir yetkilendirme anlamına gelmediği hususunda ayrıca bkz. aşağıda § 46, N. 30.

47) Dolaylı temsil, hukukumuzda özellikle nain-ı müstear meselesinde inançlı işlemler ile ilişkisi açısından gündeme gelmiş bir kavramdır (Bkz. yulcanda § 35, N. 60 vd.).

48) **Larenz/Wolf**, § 46, N. 8; **Zich**, Art. 33, N. 101; **Schwenzer**, 4.A., N. 40.14.

49) Bkz. **Koller**, I, 2.A., § 21, N. 3 ve aşağıda § 46, N. 53.

temsilciden farklı olarak, onda ehliyet şartı aranmaz. Şu halde, bir baba altı yaşındaki oğlunu, parasını verip köşedeki bakkaldan bir şişe süt almak üzere günde, bakkal da parayı alı süt şişesini çocuğa teslim ederse, sözleşme geçerli olarak kurulmuş olur⁵.

- 19 *Geçerliliği şekle bağlı işlemlerde*, haberci ile temsilci arasındaki fark çok açık biçimde ortaya çıkar. Örneğin, noter önünde resmi şekilde yapılacak bir sözleşmede, sözleşmeye taraf olacak kişi noterliğe habercisini göndermekle yetinemez. Resmi şeklin gerçekleşmiş sayılabilmesi için, ya iş sahibi bizzat resmi memur önünde hazır bulunup sözleşmeyi imzalamalı, yahut yetkili temsilcisi tarafından temsil edilmelidir⁵⁴. Bu ilke, öğretide, daha genel olarak şöyle ifade edilmiştir: Şekle bağlı işlemlerde, temsilcinin temsil olunan adına açıkladığı irade beyanı şekle bağlanır. Sadece bir haberci ile karşı karşıya olduğumuz durumlarda, şeklin gerçekleşmesi, haberciye görevlendiren kişinin irade beyanının şekle bağlanmasını zorunlu kılar⁵⁵.

- 20 Yukarıdaki açıklamalar bir başkasının irade beyanını ileten *aktif haberci* ile *aktif temsilci* arasındaki farktan yeterince göstermektedir. Meseleye *pasif temsilci* ve *pasif haberci* Urası! mel farklı belirlenmesi açısından bakarsak, durum şöyledir: *Pasif temsilciye* karşı yapılan bir irade beyanı, ister yazılı ister sözlü-olsun, o:na ulaşıldığında, temsil olunana da ulaşmış sayılır. Bu bakımdan beyanın !eni if <?! an! !eyg pasif temsilcisi.1) e yapılggs-9Jijiası rasında fark yoktur⁵⁶. Karşı tarafın pasif !ab r isi?e (yani onun tarafından kendisine yapılan beyanları *haberci* S! fatl ile alme;ık üzere yetki verifuiTs veya iş hayatında fükimolan görnsl er e göre kor:ıumu itibarı ile bu gThr-beyanlaai. ilgili kiş7e nakletmek hususunda yetkili v uygun sayılabilecek kimselere) karşı⁵ yapılmış beyanl1: açısından ise iki görüş vardır. Bunlardan birincisine göre, beyan pasif haberciye ulaşmaz derhal asıl muhataba varmış sayılır. J;J u b kımndan Oasif temsilci. ile p asif haberci arasında-pratik bir fark yoktur⁵. Son zamanlarda İsviçre öğretisinde yayılma

53) Köhler, 28.A., § 11, N. 16; Koller, I, 2.A., § 21, N. 13-14; Schwenzer, 4.A., N. 40.06. Öğretide, bir hayvanın (örneğin bir posta güvercininin) dahi haberci fonksiyonunu yerine getirebileceği ileri sürülmüştür (Koller, I, 2.A., § 21, N. 13).

54) Flume, § 43, 4, s. 755; Eren, 9. bası, s. 387.

55) Köbler, 28.A., § 11, N. 17; Schwenzer, 4.A., N. 40.08; Zicb, Vorbem. zu Art. 32-40, N. 21.

56) Bu temel ilke, aralarında başka açıdan fark olmasına engel değildir. Örneğin, pasif temsilciye yapılan beyan, onun bildiği veya bilebileceği olguları güven ilkesine göre nasıl değerlendirilmesi gerektiği araştırılarak yorumlanır. Oysa, pasif haberciye yapılan beyanda, güven ilkesinin uygulanmasında, onun değil, karşı tarafın bakış açısı esas alınacaktır. (Schramm, MünchK.omm., Vorbem, vor § 164, N. 53).

57) Bkz. BGE 118.11.44. Bu tarife en iyi uyabilecek örnek karşı tarafın sekreteridir. Sekreter bir temsilci değildir. Bununla beraber, bir kimsenin sekreter olarak görevlendirilmesi, onun iş ile ilgili konularda yapılan beyanları pasif haberci olarak almaya yetkili kılınmış olması anlamını taşır.

58) Örnek olarak bkz. v. Tuhr/Peter, § 22, III, s. 170.

eğilimi gösteren (bizim de katıldığımız) ikinci görüşe göre ise, varma, derhal değil ancak hayatın olağan akışına göre bu beyanın haberci tarafından hangi anda k3!şı tarafa l!a tırılmas bekknebilirse, o anda gırçcg!_şir?

§ 46. Temsil Yetkisi

I. Hukuki Niteliği ve Özellikleri

Kanuni (yasal) temsil hallerini bir köşeye bırakarak ve kaynağını temsil olunanın iradesinde bulan temsili esas almak suretiyle yapacağımız aşağıdaki açıklamalar bakımından en başta belirtilmesi gereken nokta şudur: Temsilci doğrudan doğruya temsilci sıfatını, temsil olunanın kendisine temsil yetkisi verme üzere yagacağı bJr. t gr al!! ye vçirması gerekli irade beyanı ile kazanır. Bu irade beyalının temsilciye ulaştığı anda, o, bundan haberi dahi olmasa, temsil yetkisini elde eder. Görülüyor ki, karşı tarafın iktidar alan..ına varma eterli4i!"J p n 1:1 z s raw.nğğı gibL kndi ini yetkilendiren beyanı öğrenmiş olması dahi gerekmez¹. Şu halde, seyahatte oiaugu için, temsil olunan A fafafından posta kutusuna bır3k!lmış yetkilendirme yazısından haberdar olmayan temsilci T, nasıl olsa ben A'dan icazet lınm düşüncesi ilt: a c ! ir !şl!l yaparsa, b1:1 işlem gerçekte yetkjsiz t!l!silci tarafından yapılmış askıda hükümsüz bir işlem (BK. m. 38) olmayıp, (temsilci sıfatını kazandığını henüz öğrenmemiş) yetkili temsilci tarafından yapıldığı için A'yı derhal borçlandırıan geçerli bir işlemdir.

Kural, temsil yetkisinin bir taraflı bir irade beyanı ile verilmesi olmakla birlik-te, Alman öğretisinde, bunun sözleşme ile verilmesine de bir engel olmadığı, ancak temsil yetkisinin verilmesine ilişkin bu sözleşmenin, temsil yetkisinin arkasında yatan temel ilişki ile karıştırılmaması gerektiği kabul edilmektedir. Bizce de, taraflar temsil yetkisinin verilmesi konusunda, örneğin yaptıkları bir hizmet sözleşmesi çerçevesinde anlaşılan vakit, bunu geçersiz saymak söz konusu olamaz. Ne var ki, Alınan öğretisinde ileri sürülen görüşten farklı olarak, İsviçre-Türk Hukuklarında, bu halde dahi, temsil

59) **Zach**, Vorbem. zu Art. 32-40, N. 21; **Schwenzer**, 4.A., N. 27.24; **Koller**, I, 2.A., § 21, N. 16 vd. -Ayrıca bkz. ve krş. **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 203 ve yukarıda § 15, N. 13 - Alman öğretisinde ileri sürülen bir düşünceye göre, karşı taraf ile pasif habercinin birlikte oturdukları veya çalıştıkları yerde pasif haberciye karşı yapılan beyan muhataba derhal varmış sayılır. Birlikte oturulan veya çalışılan yer dışında yapılmış beyanlarda, bunun pasif haberci tarafından karşı tarafa iletilebilmesi için normal olarak ihtiyaç duyulacak süreyi varma anına eklemek gerekecektir. (**Larenz/Wolf**, § 46, N. 46). Bizce, bu görüş çerçevesinde dahi, aynı evde oturan yahut aynı işyerinde çalışan muhataba derhal ulaşılamiyorsa, olayın özellikleri çerçevesinde yine makul ve uygun bir sürenin varma anına eklenmesinden kaçırulamaz.-Şu noktayı tekrar hatırlatalım ki, "pasif temsilciye" karşı yapılan beyanlar, bu gibi ayrınlara yer kalmaksızın, her zaman derhal karşı tarafa varmış sayılır.

1) **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 172; **Zich**, Art. 33, N. 28.

2) **Larenz/Wolf**, § 47, N. 13; **Flume**, § 49, 1, s. 823; **Köhler**, § 18, N. 24. İsviçre Hukuku için krş.: **Zich**, Art. 33, N. 28.

olunanın temsil yetkisini her zaman sınırlandırma veya geri alma hakları (BK. m. 34/1) veya aşağıda değineceğimiz temsilcinin bir taraflı çekilme (temsil yetkisinden vazgeçme) hakları saklı kalır. Görüşümüze göre, bu durumu, örneğin miras sözleşmesinde yer alan bir vakıf k. III a işleminin bir taraflı işlem olma niteliğini muhafaza etmek suretiyle miras sözleşmesinin iki taraflı değil bir taraflı içeriğine dahil sayılmasına kıyas etmek yerinde olur³.

- 3 Temsil yetkisinin mutlaka açık bir be anla verilmesi şart değildir. Yerine göre g:Oven ilkesinin ışığında değerlendirilmek suretiyle rı.ülü olarak a bu etkinin verilmesi söz konusu olabilir. Temsil olunan, bilerek ve isteyerek T;yi temsil yetkisini gerekti r E. İş h atı!} d ki adetle e g
temsil yetkisi ile o a antılı olm §.!. Jnutat ol n bir ko _µuma getirirse, açık bir yetki fendi. nne beyanı bulunmasına ile., b nğ. E n T'nin örtülü biçimde (iradeyi gösteren davranışlarla) temsilci olarak yetkilendirildiği sonucu çıkar; yeter ki, T, A'nın bu davranışını, güven ilkesine göre kendisine bir temsil yetkisi verildiği biçiminde anlamakta haklı öisun⁴.
- 4 Kanunda açıkça yazılı olmamakla birlikte temsilci de... her zaman, temsil olunan yön ltilmiş bir taraflı ve .varması gerekli irade beyanı ile temsilcilikten ç kilmek hakkın -ş hipfir⁵.
- 5 Bu şekilde, temsilci tarafından elde edilen ve bir başkası adına işlem yapmak suretiyle doğrudan doğruya onu alacaklı ve borçlu kılma imkanını sağlayan hukuki kudret (yetkisi), tartışmalı olmak. la birlikte, çoğunluğun görüşüne göre bir değildir⁶.
- 6 Bu konuda, değineceğimiz bir başka problem şu olacaktır: Gördüğümüz gibi, temsil olunan A'nın temsilci T'ye bir taraflı bir hukuki işlemle verdiği y etki vOlax. anarak; T ncı tiçlncu7<T) Ü 1 sözleşme, doğrudan ?ğ- rU A ile U arasında bir borç ilişkisinin doğmasına yol açmaktadır. Burada ifii ayrı hukuki işli m vardır: Bunlardan birincisi A ile T. c: !i si ef g r: çökle-

3) Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, 3. bası, İstanbul 1987, s. 257-258. Ayrıca bkz. GuhVKoller, § 19, N. 13.

4) Medicus, AT, N. 928; Guhl/Koller, § 21, N. 9. -BK. 453/III'deki açık hüküm gereği, "Mağaza içinde müşterilerin kolaylıkla görebilecekleri bir yerde ve kolayca okuyabilecekleri bir şekilde aksi ilan edilmiş olmadıkça, toptan, yan toptan veya perakende satış mağazalarının memur veya müstahdemleri, o mağazanın mutat satış muamelelerinin hepsini yapmaya "yetkili sayılırlar (Ayrıca bkz. Arkan, Ticari İşletme Hukuku, 8. baskı, Ankara 2005, s. 174). Bu hüküm, meseleyi üçüncü kişiler (müşteriler) açısından ele almaktadır. Oysa, mutat olarak satış işlemlerinin gerçekleştirilmesini içeren bir göreve getirilen mağaza müstahdemi de, açıkça temsilci olduğu beyan edilmemiş olsa bile, mağaza yöneticisinin bu davranışını güven ilkesi çerçevesinde kendisine örtülü biçimde (zımnen) bir temsil yetkisi verildiği şeklinde değerlendirebilir ve buna bağlı olarak temsilci sıfatını kazanır.

5) Zach, Vorbem. zu Art. 34-35, N. 4 vd.; Koller, I, N. 1401.

6) Larenz/Wolf, § 46, N. 61-62; ZieB, Art. 33, N. 28. Hakim görüşün aksi yönde olduğunu belirterek farklı düşüncede: Gauch/Schluep/Schmid, N. 1320.

sen temsil etkisinin verilmesine ilişkin işlemci r. İkinci işlemci J.Çmsilci T
Q arasmqa ger ekle en öme in bl.r Şıtlı söLc şıncsidir. Acap_a bu iki
 işle !!!! bir biitii oluştu, yani bir yandan yetki verme işleminin, diğer
 yandan da, temsilci'nin aldığı yetkiye dayanarak Lü..ç_ünc.ü l.d_şi ile yaptığı
 işlemin gerçekte tek Lr iş lem olarak görülmesi gerektiği ileri sürülebilir
 mi?⁷. Her ne kadar, bu yolda bir azınlık görüşüne rastlanıyorsa da, bugün
 hakim olan anlayışa göre, *A ile T arasındaki yetkilendirme işlemi, T'nin A*
*adma Ü ile yaptığı işlem*den tamamen farklı ve ayrı bir işlem sayılmak
 gerekir. Bwlların bir bütün oluşturduğunu ileri sürmek doğru değildir⁸.

Son olarak şunu belirtelim ki, temsil olunan A'nın T'yi herhangi bir iş-
 lem için temsilci olarak yetkilendirmesi, aynı işlemi dilerse A'nın bizzat
 yapmasını engellemez. Bu durumda, birbirinden habersiz hareket eden A ve
 T aynı işlemi gerçekleştirebilir, örneğin evindeki antika bir vazoyu satması
 için T'ye yetki veren A vazoyu Ü'e, T ise Ü'ye satmış olabilir. Bu gibi
 ihtimallerde, hukuki durum, A'nın vazoyu bizzat iki farklı kişiye satmış
 olması hali gibidir (çift satış). Varılacak sonuç bakımından şu aynın yapıl-
 malıdır⁹:

-Temsil olunan A ve temsilci T tarafından yapılan her iki işlem debi-
rer borçlanma işlemi niteliğini taşıyorsa, A'nın 00 işlemle de borç altına
gırcfıgı Oen; bu borçlarından sadece birini ifa d 6 ile celc, digen için Rarşı
tarafı itaya ilişkin ç Karlann ıfazi in etmek (oluajl! ta na töoe iek)
mec un e kalacaktır¹⁰.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, yukarıda incelenen meseleden biraz farklı bir
 örnekte, A'nın temsilcisi T₁ ile Ü'nün temsilcisi T₂'nin bir gün önce *yaphkları* satıştan

7) Bu soruya olumlu cevap verilirse, bunun en önemli pratik sonuçlarından birisi olarak, kanunun T ile Ü arasındaki işlemin geçerli olmasını şekle bağladığı durumlarda, bu şekil, zorunlu olarak A ile T arasındaki yetkilendirme işlemine de uygulanmak gerekecektir.

8) Özellikle bkz. **Larenz/Wolf**, § 47, N. 24 vd.; **Köhler**, § 18, N. 27.

9) Bu konudaki açıklamalar için bkz. **Larenz/Wolf**, § 47, N. 31-32; **Flume**, § 45, il, 4, s. 792-793; v. **Tuhr/Peter**, § 42, not 66; § 42, X, XI, s. 376-377.

10) Borçlanma işlemlerinde, bunların yapıldığı tarihe göre bir sıralama yapmak ve önceki borçlanma işlemini geçerli sayıp ikincisine geçersiz gözü ile bakmak mümkün değildir. Bu açıdan, Yargıtayın, satıcının farklı tarihlerde aynı taşınmaza ilişkin olarak iki ayrı kişi ile taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapması halinde, önceki tarihli satış vaadi sözleşmesine itibar etmek gerektiği yolundaki kararları hukuki dayanaktan yoksundur (Bkz. HGK., 6.2.1991, E. 990/632, K. 41; 14. HD., 13.4.2000, E. 2066, K. 2448, **Karabasan**, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, cilt 1, İstanbul 2002, s. 486, 487). Şu var ki, satıcı ile ikinci alıcının birinci alıcının hakkını çığnemek amacı ile bilinçli, planlı işbirliği yapmaları durumunda, ahlaka aykırı hileli anlaşma sebebiyle ikinci işlem geçersiz olur (**Sungurbey**, Mirasbırakanın Danışıklı İşlemleri, Dürüstlük Kurallarının Uygulama Alanı, Çifte Satış Sözleşmeleri, İstanbul 1992, s. 48 vd.).

haberdar olmayan A ile Ü ertesi gün aynı malın satışı hususunda anlaşılırsa, "aynı alıcıya" yapılan ikinci satışın temel hatası sebebiyle iptal edilmesi mümkündür¹¹.

- Olayda *tasarruf işlemleri* aşamasına geçilmişse durum değişir. Zira, tasamif işlemlerinde, belirli bir hak üzerinde (ister bizzat ister temsilcisi aracılığı ile) bir defa tasarruf eden (örneğin o hakkı üçüncü bir kişiye devreden) kişi, o hakka ilişkin tasarruf yetkisini kaybeder. Bunun sonucu olarak, aynı hak üzerinde daha sonra bir başka kişi lehine yapılan ikinci tasarruf işlemi (kanunun üçüncü kişinin iyiniyetini koruduğu özel durumlar dışında) geçerli olmaz.

8

Burada, özellik arz eden bir istisna durumu üzerinde ayrıca durmak gerekir. Temsil olunan A, bir taşınmazına ilişkin olarak Ü₁ lehine bir satış vaadi sözleşmesi yaptıktan sonra, durumu öğrenen Ü₂, özel çıkarlar sağladığı A'nın temsilcisi T ile A aleyhine anlaşıp (hileli anlaşma), aynı taşınmaz üzerinde kendi lehine hayli düşük bir bedelle ikinci bir satış vaadi sözleşmesinin yapılmasını sağlar ve vakit kaybetmeden tapuda satış ve kendi adına tescil işlemlerini tamamlarsa, A'nın durumu ne olacaktır? Aşağıda göreceğimiz gibi¹² hileli anlaşma, temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının en ağır biçimi olup, ahlaka aykırılık sebebiyle Tile Ü₂ arasındaki sözleşmenin kesin hükümsüz sayılmasına yol açar. Buna bağlı olarak, Ü₂ lehine yapılan tescil yolsuz bir tescil olur ve taşınmazın mülkiyeti Ü₂'ye geçmemiş sayılır. Bu durumda, mülkiyet A'da kalmış olacağından, ilk satış vaadi alacaklısı Ü₁, aralarındaki ilk satış vaadi sözleşmesine dayanarak taşınmazın mülkiyetinin kendisine geçirilmesini ve bu şekilde aynı hak sahibi olduktan sonra da, tapuda Ü₂ lehine olan yolsuz tescilin kendi lehine düzeltilmesini (MK. m. 1025/I) istemek imkanını elde eder. Usul ekonomisi dikkate alınarak Ü₁'in bu *iki* talebi, Ayı ve Ü₁Yi birlikte hasım göstererek açacağı tek bir dava çerçevesinde ileri sürmesi'e bir engel görmemek gerekir¹³.

II i Temsil Yetkisi-Dış Temsil Yetkisi

1. Genel Olarak

9

Alınan Hukukunda, BGB § 167/I' de yer alan açık hüküm gereği, temsil yetkisi *iki biçimde* verilebilir: Birinci halde, temsil olunan doğrudan doğruya *temsilciye* karşı (açıkça veya örtülü biçimde) beyanda bulunur ki, buna *iç temsil* denir. İkinci halde, temsil olunan bir kimseyi temsilci olarak yetkilendirdiğini ona değil, onunla işlem yapacak *üçüncü kişiye* bildirir. Budurumda *dış temsilden* söz açılır.

10

İsviçre-Türk Hukuklarında, öğretideki büyük çoğunluk ve uygulama, Borçlar Kanunumuzda doğrudan doğruya üçüncü kişiye yapılacak bir bildirim ile temsilci tayinine imkan tanıyan bir hükmün bulunmamasını dikkate alarak ve yerinde olarak, temsil etkisinin sadece temsilciye yapılacak bir beyanla verilebileceğini ilca ul e...gıy.or...Şu ha ece üçüncü kişiye

11) v. Tuhr/Peter, § 37, not 48; § 42, not 119.

12) Bkz. aşağıda § 50, N. 2.

13) Krş. Sungurbey, not 10'da age, s. 53 vd.

yapılacak bir..Jl.e.yanla teins.il.ci Jayin etn..cJs imkant yoktur. Ş_u var ki, bu yola başvurulmuş, yani temsilci olarak yetkilendirilecek kişiye karşı bir eyanaa buh.ırınlayıp yalnız il.üncü kişiye xamlan bir bildirim ile yctinilmişse, bu beyan yine de önemli hukuki sonuçlar d(?ğurÜ-r. *irni'*, kanun, tlcwicü kişinin bu beyana olan güvenini korumuştur¹⁴. Bizde de, İsviçrede de (İsv. BK. m. 33/111) iyi bir şekilde kaleme alınmayan ve sadece temsil yetkisinin kapsamı ile ilgili gözükten BK. m. 33/II'ye göre

"Şu kadar ki, mümessilin salahiyetinin derecesi üçüncü şahsa beyan ve tebliğ edilmiş ise ancak bu beyana itibar olunur".

Şu noktayı ekleyelim ki, Alman Hukukunda, üçüncü kişi Ü'ye yapılan beyanla T'nin 11 temsilci olarak yetkilendirilmesi (dış temsil) mümkün olduğu gibi (BGB § 167); önce temsilci T'ye karşı yapılan bir beyanla onun yetkilendirilmesi, sonra (tıpkı İsviçre-Türk Hukuklarında olduğu gibi) bu yetkilendirmeden (iç temsilden) üçüncü kişi Ü'nün haberdar edilmesi imkanı da öngörülmüştür (BGB § 171). Bu son durumda, BGB § 171, BK. m. 33/II'ye paralel biçimde, üçüncü kişinin bu beyana güvenini korumaktadır¹⁵.

BK. m. 33/II'nin sırf yetkinin *kapsamına* ilişkin bu ifadesine rağmen, 12 hakim görüş, çok yerinde olarak, bu hükmün (hiç değilse kıyas yolu ile) temsil yetkisinin *varlığı*, konusunda da uygulama alanı bulacağını kabul etmektedir¹⁶. Ger ekten A'nın temsilci T'ye verdiği dar kapsamlı temsil yetkisi Ü'ye geniş kapsa!II).ı bir ye? olar.? ı infefiqı vakit, U'nün 6u b?an?-gü_yenfni ic_orutJlak-; buna karşı, A,Jje -?emsil 5.et}sisı_y?pnediği ve_y_a yetkilendirme işle_mi-geç_e_rsisz olduğu halde, U'ye ka_rşı "T ?benim tem-

14) Bütün bu açıklamalar için bkz. **Schwenzer**, N. 42.04; **Koller**, I, N. 1403; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1343, 1407; **Engel**, s. 382, 384; **Zach**, Art. 33, N. 9, 32; **Feyzioğlu**, s. 385; **Esener**, Salahiyete Müstenit Temsil, Ankara 1961, s. 44; **Schwarz**, s. 389, not 4; **Eren**, 394-395. Alınan Hukukundaki sistemin bizde de geçerli olduğunu ileri süren azınlık görüşü için bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 173.

15) Bkz. **Medicus**, AT, N. 927, 946. -Her ne kadar BGB § 171'de "iyiniyet" şartı açıkça belirtilmemişse de, BGB § 173 kıyas yolu ile uygulanarak üçüncü kişinin temsil yetkisinin varlığı konusunda iyiniyetli olması aranmaktadır.

16) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1399; **Zich**, Art. 33, N. 139; **Koller**, Der gute und der böse Glaube in allgemeinen Schuldrecht, Freiburg Schweiz 1985, N. 205; **Koller**, I, N. 1416; **v. Tuhr/Peter**, § 42, not 24; **Eren**, s. 395; **Esener**, not 14'de age, s. 47, 49; **Kutlu Sungurbey**, Yetkisiz Temsil, İstanbul 1988, s. 39; **Kocayusufpaşaoğlu**, Bir Yetki Belgesi ile Kanıtlanan Temsil Yetkisinin Geri Alınmasında Üçüncü Kişilerin İyiniyetinin Korunması Açısından BK. m. 33/II, 34/III ve 37 Karşısında BK. m. 36ff'i'nin Uygulama Alanının Belirlenmesi, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s. 208; **Karabasan**, TBH GH, c. 1 (2003), s. 378-379. -Aslında, BK. 33ill'nin temelinde, temsil olunanın kendisine isnat olunabilir (yüklenebilir) biçimde gerçekleştirdiği bir beyana güvenen üçüncü kişilere karşı sorumluluğu yatmakta ve bu sorumluluk onun adına yapılan sözleşmenin geçerli sayılması biçiminde gerçekleşmektedir (**Schwager**, Die Vertretung des Gemeinwesens beim Abschluss privatrechtlicher Verträge, Freiburg Schweiz, 1974, s. 47). -Alman Hukukunda BK. 33ill hükmünü karşılayan BGB §§ 171-173 açısından bkz. **LareD7/Wolf**, § 48, N. 5; **Jauernig**, §§ 170-173, N. 1, 5; **Köbler**, § 18, N. 38).

"İcimidir" şeklinde bir bildirimde bulundu _ğu_ l:am@ Ü'yü korumasız bırakmak düşün emez. - - -

Bütün bu açıklamaların ortaya koyduğu bir başka önemli nokta şudur: Temsil yetkisinin *varlığı* veya *kapsamı* konusunda bizzat *temsilci* tarafından üçüncü kişiye verilen bilgiler hiçbir şekilde temsil olunanı bağlamaz. Bu gibi durumlarda, yetkinin varlığı ve kapsamı açısından gerçekte bir yetkilendirme işleminin bulunup bulunmadığına bakılır ve (varsa) bu işlemin içeriği esas alınır.

- 13 Gerek İsviçre gerekse Türk Borçlar Kanunlarında yer alan metinlerde bir başka eksiklik, üçüncü kişinin iyiniyetinden hiç söz edilmemiş olmasıdır. Buna rağmen, BK. m. 33/II'den yararlanacak olan üçüncü kişide *iyiniyet* şartının aranması gerektiği konusunda çok geniş ölçüde görüş birliği vardır¹⁷. Şu halde, incelediğimiz meselede üçüncü kişi ancak gerçekte T'ye bir temsil yetkisi verilmediğini yahut yetkilendirme işleminin geçersiz olduğunu bilmiyorsa ve bilebilecek durumda değilse, BK. m. 33/II'nin koruması altına girer. Kaldı ki, kötüniyetli üçüncü kişilerin bile BK. m. 33/II'nin bahsettiği himayeden yararlanabileceğini ileri sürmek, hiç kuşkusuz, gerek Türk Medeni Kanununun gerekse onun devamı olan Borçlar Kanununun temellerinde yatan etik değerlendirmelerle hiç bir şekilde bağdaştırılamaz. Bu sebeple, BK. m. 33/II'de, "iyiniyet" şartı eklenmek suretiyle doldurulması gereken gerçek olmayan bir boşluğun yer aldığı söylenebilir.

2. Dış Temsilin Gerçekleşme Biçimleri

- 14 Temsil olunanın üçüncü kişiye bildirimde bulunması çeşitli biçimlerde gerçekleşebilir:

a. Açık irade beyanı

İlle akla gelen ihtimal budur. Örneğin, Ü'ye gOpderilen bir..y.azı,yahut gazetelere verilen bir i a b :artı gStlçeJdeşti Bir başka yol şudur: Temsil o unan tarafından, temsilci T'nin eline temsilci sıfatını ispat edebilmesi için bir yetki belgesi (uygulamadaki terminoloji ile "vekaletname") verilmişse, bu belgenin temsilci tarafından üçüncü kişiye ibraz edildiği anda, A'nın yetki belgesi içinde yer alan T'yi yetkilendirme beyanı Ü'ye ulaştırılmış olur. Bu ihtimalde, temsilci T, A'nın bildirimini Ü'ye ulaştıran bir haberci rolünü üstlenmiştir¹⁸. Sonradan A'nın T'yi yetkilendirme işleminin

17) Özellikle bkz. **Zieb**, Art. 33, N. 155; **Schwager**, not 16'da age, s. 359; **Schwenzer**, N. 42.33; **Watter**, Basler Komm., Art. 33, N. 35; **Oser/Schönenberger**, Art. 33, N. 17; **Esener**, not 14'de age, s. 47. Krş. **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 176.

18) Bkz. **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1394; **Kocayusufpaşaoğlu**, not 16'da age, s. 209-210; BGB § 172/1.

herhangi bir sebepten ötürü geçersiz olduğu ortaya çıkarsa, **A, BK. m. 33/11** uyarınca, T'nin temsilci sıfatına dayanarak iyiniyetli Ü ile yaptığı işlemle hukuken bağlı sayılacaktır. Bütün bu gibi ihtimallerde, gerçekte yetkisiz olan temsilcinin yaptığı işlemle temsil sonucunun gerçekleşmesi, temsil olunanın iradesine değil, üçüncü kişinin iyiniyetini koruyan *kanım hükmü-ne* dayanmaktadır¹⁹.

b. Temsil Olunanın Fiili (Eylemli) Davranışları

Temsil olunan açık bir irade beyanında bulunmamış bile olsa, onun bu 1S olda-'oirhu:ktıkıgô''tıl'fitŞ'eyO açan bazı fiili davranışları yine K. m. 33/II'nin uygulanmasına yol açabilir²⁰. Bu konuda şu iki hal önem taşır:

aa - Katlanma Suretiyle Yaratılan Hukuki Görünüşe Dayalı Temsil
' ethl."z•sı (DiiTaii,iğsvollmacut) ••-

Bir kimse, bir başkasının kendisinin temsilcisiymiş gibi davrandığını, üçüncü ◆ şilerin buna dayanarak hiç temsil_yetkisinin bulunduğu sonucuna varabileceklerini bildiği ve bu durumu önleme imkanı bulunduğu halde, hiç sesünü çıkarmayı-pôlayların-alaşına katiaimakla_yeti!).dgı ta!cairde, Jcatlan-ip.3_yoluyla yarattığı bu_g?_!i!!!◆şü-n◆◆m:u_çlandıp. SOruplu olur_ye (yetkisi olmadığı halde) temü şilcisi gj.12i hareket eden kişinin onun adına iyiniyetli üçüncü kişilerle yaptığı işlemlerle bağlı tutuh.ii-²¹. Bu ihtimalde, genellikle yetkisiz tem-silci kendisine orrtl!m8ilyelKisi verilmemiş olduğunu gayet iyi bilebilecek durumdadır^{21a}. Tartışmalı olmakla beraber, üstün tuttuğumuz görüşe göre, bu tip davranışların az çok bir_devamlıl* arz etmesi şart olmayıp, bir defalık ır◆ygülamaaah·rsöz konusu hukukf_ğ'örünüşüngerçek-leşmesi iç_in_y_◆t_e_rli_ğir²². ur◆nı ekl◆yelim ki temsilci e öftülü bi iip.de (zımnen, iradeyi gösteren hareketlerle) tem sil y_e t_lisi verilmesi il◆inceledi-ğiniz iJ!◆mal_birJ: jriJı.e..kanstıolmamalıdı:.. Bir kimseye örtülü biçimde tem-sil_yetkisi verilmesi durumunda, bizzat temsil◆i, gi!ven ilkesinin ış_ığında kendi◆şe böyle bu: y◆tkipj!:.!_verif◆!_gi_◆Önucuna var◆bj!nJekt◆_eya vams s_◆yılmakt!., bunl!!! son◆◆-!olarak q◆_g◆◆çekten temsilci sıfatını elde-etmek-te.dir. Bu nokta şu bakımdan çok_Ö!).◆mli◆ir ki, T'ye örtülü biçimde temsil yetkisi verildiği vakit, o, gerçekten temsilci sıfatını kazandığından, A'nın, T'nin kendisini temsilci olarak gösteren davranışları karşısında sessiz kal-

19) Gauch/Schluep/Schmid, N. 1393; Koller, not 16'da age, s. 288. -BK. m. 33ff'i'nin uygulama alanı ile ilgili olarak ayrıca bkz. aşağıda§ 48, N. 58 vd.

20) Bkz. Keller/Schöbi, s. 74.

21) Özellikle bkz. Larenz/Wolf, 9.A., § 48, N. 22; Köhler, 28.A., § 11, N. 43.

21a) Larenz/Wolf, 8.A., § 48, N. 22.

22) Köhler, 28.A., § 11, N. 43; Palandt/Heinrichs, 64.A., §§ 170-173, N. 12. Aksi görüş-te: Leipold, N. 841; Larenz/Wolf, 9.A., § 48, N. 22.

ması, üçüncü kişiler nazarında *gerçeğe uymayan bir hukuki görünüş* yaratmak anlamını taşımaz, zira T gerçekten temsilcidir. Pasif tutumu ile, üçüncü kişiler nezdinde örtülü biçimde yetkilendirdiği T'nin kendisini temsil ettiği kanaatini uyandıran A, bu ihtimalde, *gerçek durumu* onlara yansıtmış olacağından, artık katlanma suretiyle yaratılan bir hukuki görünüşten söz açmaya, dolayısı ile BK. m. 33/II'nin uygulanmasına gerek kalmadığı gibi, imkan da kalmaz²³.

16 *bb - İhmal Suretiyle İlgili Hukuki Görünüşün Temsil Yetkisi (Anscheinsvollmacht)* - - -

Temsil olunan A, T'nin kendi temsilcisi olduğu izlenimini yaratacak, (zorunlu bir şart oluşuruna: fiak.la Oirlila:e-genellikle az çok tekrarlanmış) davranışlarını bilmediği, bu sebeple de bunlara katlanmasından söz açmak imkanı bulunmadığı halde, *ihmalci davranmayıp gerekli özeni gösterseydi bu durumu öğrenmek ve engellemek imkanına sahip bulunuyor idiyse*, ihmal suretiyle yaratılan ve ona isnat edilebilen (yüklenilip bağlanabilen) bu hukuki görünüşün sonuçlarına katlanmak zorundadır. Bu gibi durumlarda, temsilci gi-i davrana-in A adın-iyiR-iyetlt Q ile yaptığı şö-eşme sonucu, A ile U arasında geçerli bir sözleşme kurgulabilecektir². Açıktır ki, bu ihtimaldecfe-i-i silcigiliTl:ıareket den T, güv:eE.ilkesi ç-r-ev-sinde

23) Bkz. **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1411; **Larenz/Wolf**, 9.A., § 48, N. 23; **Schwager**, not 16'da age, s. 43 vd. -İsviçre Hukukunda **Zich'in** (Art. 33, N. 48), temsilci, temsil olunanın kendisine bir temsil yetkisi vermek istemediğinin farkına vardığı veya farkına varması gerektiği zaman katlanma suretiyle yaratılan hukuki görünüşe dayalı bir yetkilendirmenin söz konusu olamayacağını ileri sürmesi, metindeki açıklamalarımızdan anlaşılacağı gibi, açık bir yanılgıdır. Aynı yazarın, temsilcinin kendisine yetki verilmediğini anlaması gereken durumlarda, onun üçüncü kişi ile yaptığı işlemin, "katlanma suretiyle yaratılan hukuki görünüş" değil, BK. m. 33/II hükmüne dayalı olarak geçerli tutulabileceğini iddia etmesi de isabetsizdir. Zira, temsil olunanın yarattığı hukuki görünüşe güvenen iyiniyetli üçüncü kişilerin korunması esasen ve doğrudan doğruya BK. m. 33/II hükmüne dayanır (Özellikle bkz. **Schwager**, s. 43, 45, 47, 351 not 1, 352). Gerçekten öğretiye göre, bir başkasının kendisinin temsilcisi gibi hareket etmesine (bu durumu bile bile) hiç karışmayan temsil olunan, bu davranışı ile temsil yetkisini üçüncü kişilere örtülü biçimde bildirmiş ve bir dış temsil yetkisinin doğmasına yol açmış sayılır (**Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1411). Gerek katlanma suretiyle yaratılan hukuki görünüş, gerekse aşağıda incelediğimiz ihmal yolu ile yaratılan hukuki görünüş hallerine ilişkin olarak İsviçre Federal Mahkemesinin aynı doğrultudaki açıklamaları için bkz. BGE 120.II.197 ve aşağıda not 27.

24) Bu konuda bkz. **Larenz/Wolf**, 9.A., § 48, N. 25 vd.; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1412. Hayli yaygın diğer bir görüşe göre, ihmal suretiyle yaratılan bir hukuki görünüşten söz açabilmek için, belirli bir süre devam eden veya tekrarlanan davranışların bulunması (metinde açıklanan düşünceden farklı olarak) zorunludur (**Köbler**, 28.A., § 11, N. 44; **Palandt/Heinrichs**, 64.A., §§ 170-173, N. 15). -Öğretide, ihmal yolu ile yaratılan hukuki görünüş konusunda en sık verilen örneklerden birisi, temsil yetkisi olmayan bir yardımcının, finanın basılı antetini taşıyan mektup ldğıtlannı veya firma mührünü kullanarak temsilci gibi davranmasıdır (Bkz. **Larenz/Wolf**, 9.A., § 48, N. 27).

kendisine-1Ltai:afıncı aı b.ir temsily. e tkışlıcılmeçliğinin farkında olar;ı veya olıııas!_g?re?en bir ki idir. Aksi halde, yani giiven ilkesine göre T kendisine temsil?etkisi verildi ii kanaatijle haiek.eı.e.tme.kt?ha.Klı isc ""gct'i-ekten tem-siJ..ci sıtatını azanmış olacağımdan, art.ık?gerçek-durum yansıtmayan bir hukuki görünüşten söz açmaya yer kalmayacaktır.

ihmal suretiyle yaratılan hukuki görünüşe dnyanlı temsil yetkisi konusu öğretide çok tartışmalıdır. Çoi;1Unluk, sonuç itibarı ile, "katlanma yolu ile yaratılan hukuki görünüş" ile "ihmal yolu ile yaratılan hukuki görünüş" arasında bir fark görmediği halde, azınlıkta kalan yazarlara göre, T'nin kendi temsilcisiymiş gibi hareket ettiğinden hiç haberi olmayan bir kimsenin, sırf bu durumu ihmali yüzünden öğrenip engellemedi diye, T'nin iyiniyetli O ile yaptığı sözleşme ile bağlı tutulması (Ticaret Hukuku çerçevesindeki temsil halleri dışında) kabul edilemez. Burada, olsa olsa, A'nın "culpa in contrahendo" esasına dayanan bir olıınsuz tazminat ödeme yükümlülüğü söz konusu olabilir²⁵. Bu görüşe yöneltlen en esaslı eleştiri şu olmuştur: Nasıl hiçbir beyan iradesi veya bilinci olmadan, fakat ihmali ile karşı tarafın güven ilkesine göre bir irade beyanı olarak değerlendirebileceği bir davranışta bulunan kişi bu "beyanı" ile bağlı tutulabiliyorsa²⁶, burada da, ihmali ile (önlemek imkanına sahip bulunduğu) hukuki bir görünüşe yol açan kişi de, temsil yetkisinin varlığına ilişkin olarak yarattığı hukuki görünüşün sonuçlarına katlanmalıdır²⁷.

Bütün bu açıklamalardan sonra sorulacak soru şudur: İsviçre-Türk Hukul<lannda "iç temsil", "dış temsil" deyimlerini kullanmak yerinde midir? Bir çok yazar²⁸ ve Yargıtay²⁹ bu ayrımı yapmakta ve bu deyimleri kullan-

25) Örnek olarak bkz. **Medicus**, AT, N. 970 vd.; **Keller/Schöbi**, s. 74-75. -İsviçre Hukukunda, bütün hukuki göiinişşe dayalı temsil yetkisine ilişkin sonuçların sadece Ticaret Hukuku alanı için geçerli olduğu, ticari nitelik taşımayan temsil yetkileri için hukuki göiiniş ilkesine başvurulamayacağı ileri sürülmüştür (**Bucher**, AT, s. 629-630). Bu görüş, hukukumuzda hakim olan güven ilkesinin Ticaret Hukuku dışında uygulanmasına kategorik olarak engel olunamayacağı dik.kate alınarak ve yerinde olarak reddedilmiştir (**Zach**, Art. 33, N. 55). Anılan son yazara göre, olsa olsa, güven ilkesi uygulanırken, olayın Ticaret Hukukunun kapsamına giren bir alanda mı, yoksa ticari olmayan bir alanda mı cereyan ettiği göz önünde tutulabilir.

26) Bkz. yukarıda§ 13, N. 12 vd.

27) Özellikle bkz. **Köhler**, 28.A., § 11, N. 44. -İsviçre Federal Mahkemesi de (BGE 120.II.197) bu iki tip hukuki görünüşü farklı esaslara bağlamayı ve ihmal yolu ile yaratılan hukuki görünüş halinde sadece "culpa in contrahendo" kavramına dayalı bir tazminat yaptırımını ile yetinilmesini (beyan iradesi veya bilinci olmadan gerçekleştirilen davranışların da irade beyanı olarak geçerli tutulabileceğini hatırlatmak suretiyle) isabetli bulmuyor. Şu halde, ihmal yolu ile yaranan hukuki görünüş de, dürüstlük kuralının ışığı altında BK. m. 33ff'i anlamında bir yetki bildirimi olarak değerlendirilebilir, yeter ki, ortada temsil olunana objektif olarak isnat olunabilecek (bağlanabilecek) bir davranış bulunsun, yani o, bildiği veya bilebileceği hal ve şartlar karşısında, davranışına bağlanacak anlamın farkına varabilecek ve bunu önleyebilecek durumda olsun. Ayrıca bkz. **Giger**, Vollmachtsmitteilung nach Art. 33 Abs. 3 OR-Voraussetzungen für den Vertrnuensschutz, recht 1995/1, s. 31, 32.

28) Örnek olarak bkz. **Schwenzer**, N. 42.04; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 1343, 1406; Oğuzman/Öz, 4. bası, s. 173; Eren, 9. bası, s. 394; **Karabasan**, TBH, GH, cilt 1 (2003), s. 376. -Aksi görüşte: Zich, Art. 33, N. 128 vd.

29) Yarg. 4. HD., 10.12.1963, E. 12094, K. 10569 (**Karabasan**, TBH, GH, cilt 1, 2003, s. 377).

makta bir sakınca görmemektedir. Bizce de, durumun Alman Hukukundan farklı olduğu ve "iç temsil" halinde *temsilciye* yapılan ve hukuki işlem niteliğini taşıyan *kurucu* nitelikte bir beyanla ona temsilci sıfatının kazandırıldığını; buna karşı, "dış temsil" deyiimi ile sadece bir kimseye temsil yetkisi verilmiş olduğunun temsil olunanca *üçüncü kişilere* (hukuki işlem niteliğini taşımayan) bir beyanla *bildirilmesinin* söz konusu olduğunu; sadece bu beyanla bir kimseyi temsilci olarak yetkilendirmenin mümkün bulunmadığını; bu beyanın işlevinin üçüncü kişilerin iyiniyetini korunmasına yol açan bir güven olgusu yaratmaktan ileriye gitmediğini (BK. m. 33/11) göz önünde tutmak suretiyle, kolaylık yaratan bu deyimlerin bizde de kullanılmasına bir engel yoktur.

3. Dış Temsil Yetkisinin Verilmesinde İrade Bozuklukları

- 19 Temsil Olunan, J3K. m. 33/11 ç. 1. c. 1. ve 2. de üçüncü kişiye yaptığı bildirimi, başta bata olmak üzere irade bozukluklarına dayanarak iptal edebilir mi? Çok tartışmalı olan bu konuda, önce bir aynın yapılmalıdır: -

- Yetkisiz temsilci Tile, kendisine bildirimde bulunulan üçüncü kişi Ü henüz bir İşlem J1..GP..madan önce, emsıl Q} !.IrianA bare ete geçmek isterse bir i beya !!!1:14 bulunmak zo.flll} l luğu yoktur. Nasıl temsil yetkisi h zaman geri alınabiliyorsa (BK. m. 34/1), üçüncü kişiye yapılan bildirim de her zainan ve serbestçe gen. alınabileceğinden, temsil olunanın Ü'ye bu yolda bir beyanda bulunması, BK. m. 33/11 hükmünün geri alma tarihinden sonrası için uygulanmasına engel olmak için yeterlidir.

/ - Buna karşı T il ([_a asındq Qi! özleşme yapıldıkt an sonra, A, Ü'ye
1 ; "T'yi temsilci olarak tayin etmiş pul uyo" şeklinde yapmış olduğu On-
celüoldınmiini etkisiz bırakmak isterse durum değişir. Daha önc e y p !lrnış
/ oildirim geri alınmasına ilişkin bu beya ngeriye yüıfun yip sadece ileriye
1 lioğnr(e.x-niihc) hülcürrı clogur ugundan, artık, BK. m. 33/11'nin uygulanma-
siruonleyemez³⁰. Bu durumda, A için, T-ile Ü arasına g rçekleşefi ve kendi-
sini borç altına sôkan sözleşmeyi geçersiz kılmak üzere başvurulacak yol,
hata, hile veya ikıah (km'kı! tı::n11,--seoe6iyle;oıfdiil irum yapıldığı andan itiba-
ren kesiii-tiülafınsüz hale getirecek bir iptal beyanında bulunmaktan ibarettir.
Boylebirıpraleihikan taiiini-sa:ner-fiirlüb""ülciilaoeğerden yoksun kalan söz
konusu bildirim hiç yapılmamış sayılacak ve buna güvenen Ü'nün iyiniyeti-
nin korunmasını sağlayan BK. m. 33/11 hükmü devre dışı bırakılacaktır. Böy-
lece, (hata halinde BK. m. 26 çerçevesinde tazminat ödemek rizikosu saklı
kalmak üzere) yetkisiz temsilci T ile iyiniyetli Ü'nün yapmış bulundukları
sözleşme de geçersiz sayılacaktır (BK. m. 38).

30) Danuser, Die Anscheinsvollmacht, Bemer Diss. 1975, s. 23.

B!;2,...aş❖❖ıdaki sebeplerden ötüü, bu gibi dunımlardn iptnle izin verme-
yen goruşe katılıyorruz:

- Bir defa, temsil olunan tarafından üçüncü kişiye a ilan bildirim,
hukuki niteliği ıtı arı ı e. mülö-oii işleın ölına:yı tasavvÜr ..ı açığa
yunnalan-❖❖arasında yer atan bir bilgi bitairmiiildcn ibaretti . radc boruk-
-ıuğ"uiia-ilişKın ıu um er hüküki işleınler için ongOnl müş❖tür. Ö.ğretide ba-
zen yapıldığı gibi, bu tip15ir beyana, l<:ıyasy-öhi ile ıı: adç bozukluğu sebe-
biyle iptal hükümleni uygulamak inandırıcı olmaktan uzaktı?⁴.

- Asıl önemli olan nokta ise, iptale izin veren düşüncenin, BK. m. 33/II'nin kanuna konuluş amacı ile bağdaşmamasıdır. Kanun, açık hükmü ile, temsil olunan ile üçüncü kişi arasındaki menfaat çatışmasında, iş hayatının güvenliğini de göz önünde tutarak, kendisine yapılan beyana güvenen iyiniyetli üçüncü kişinin çıkarlarını üstün tutmuştur. Temsil olunanın, irade bozukluklarından birine dayanarak üçüncü kişiye yaptığı bildirimini daha yapıldığı andan itibaren geçersiz hale sokmasına izin vermek, iş hayatının güvenliğini zedeleyecek biçimde, kanunun yaptığı değerlendirmeyi tersine çevirmek anlamını taşır.

Alman öğretisinde ileri sürülen bir görüşe göre, genel olarak hukuki işlem niteliği taşımayan bu tip beyanlarda, kıyas yolu ile bir iptal hakkı tanımak imkanı olup olmadığı araştırılırken, her defasında, bilgi bildiriminin muhatabı olan üçüncü kişinin mi yoksa beyan sahibinin mi daha fazla korunmasının uygun olacağı değerlendirilmeli ve buna göre bir sonuca varılmalıdır. Şu halde, üçüncü kişinin korunması düşüncesi ağır basıyorsa (ki, bizce BK. m. 33/II'nin uygulanması bakımından durum böyledir) bu görüşe

20

31) **Watter**, Basler Komm., Art. 33, N. 34; **Jauernig**, §§ 171-173, N. 7; **Enneccerus/Nipperdey**, s. 1135. - Aksi görüşte: **Medicus**, AT, N. 947; **v. Tuhr/Peter**, § 42, III, s. 360; **Palandt/Heinrichs**, 64.A., §§ 170-173, N. I; **Larenz/Wolf**, 9.A., § 48, N. 9 (Ayrıca bkz. aşağıda N. 20). Krş. **Danuser**, not 30'da age, s. 23 vd.

32) Bkz. yukarıda § 9, N. 7.

33) **Schwenzer**, N. 42.04.

34) Alman Hukukunda bu engeli aşmak için BGB'nin bu konuda öngördüğü ikili sisteme dayanılıyor. Daha önce gördüğümüz gibi, bu hukuk çevresinde, temsil olunanın üçüncü kişiye yaptığı beyan iki anlama gelebilir: Birinci halde, ("Ben, size yaptığım bu beyanla T'yi temsilcim olarak yetkilendiriyorum") hukuki işlem niteliğinde kurucu bir beyan söz konusudur. İkinci halde ise ("Size T'yi temsilcim olarak yetkilendirmiş bulunduğumu haber veriyorum"), hukuki işlem niteliği taşımayan bir bilgi bildirimi vardır. İşlemin hukuki niteliği, birinci halde iptale elverişli olduğu halde, ikincisinde değildir. İşte buna karşı çıkılıyor ve ikinci ihtimalde "hukuki bir işlem yok" gerekçesi ile iptale izin verilmediği takdirde, üçüncü kişinin, birinci ihtimaldekine nazaran çok daha iyi bir konuma getirileceği, oysa birbirine benzeyen bu iki ihtimal arasında bu şekilde fark gözetmenin kabul edilemeyeceği vurgulanıyor. Buna ek olarak, esasen, uygulamada üçüncü kişiye yapılan beyanın kurucu mu, bildirici mi olduğunu anlamanın, bu ikisini birbirinden ayırmanın çok defa mümkün olmadığına dikkat çekiliyor (Bkz. **Medicus**, AT, N. 947; **Larenz/Wolf**, 9.A., § 48, N. 9). Açıktır ki, A'nın Ü'ye yapacağı bir beyanla T'yi temsilci olarak tayin etmesine izin vermeyen, dolayısı ile Alman Hukukundaki ikili sistemi kabul etmeyen İsviçre-Türk Hukukları için bu gerekçelerin hiçbir değeri olamaz.

göre de bilgi bildiriminde bulunan kişiye iptal hakkı tanınmayacak ve onun (çok defa kendisine bir yarar saptamayacak) ileriye doğru (ex nunc) bir geri alma beyanı ile yetinmesi gerekecektir³⁵. Ne var ki, bu temel düşünceden hareket eden *Larenz/Wolf*, BK. m. 33/II'nin (BGB § 171) kapsamına giren durumlarda, aksi sonuca vanp iptal hakkına yeşil ışık yakmakta bir sakınca görmüyor, ancak buna bir istisna tanıyorlar. Şöyle ki, temsil olunanın bildirici beyanı, belirli bir üçüncü kişiye değil de, (örneğin gazete ilanları ile) umuma karşı yapılmışsa, çok sayıda hukuki işlem bu beyandan etkilenebileceğinden, iş hayatının güvenliğini koruma kaygısı kendisini daha güçlü bir biçimde hissettirecek ve istisna olarak iptal imkanı kapalı olacaktır³⁷. İyiniyetli üçüncü kişilerin güveninin korunmasını, korunacak kişilerin sayısına göre farklı çözümlere bağlayan bu anlayışı isabetli bulmuyoruz.

4. Kamu Hukuku çerçevesinde Y. etilen 3. Yetkiye Dayanarak Bir Özel Hukuk İşleminin Yapılması

21 BK. m. 33/1, c. 1 hükmüne göre, Kamu Hukukundan doğan temsil yetkisinin kapsamı bu konuya ilişkin kanun hükümleri ile tayin edilir. İşvire: S--oTç anunununda ise (m. 33/I), bu konuda, Konfederasyon ve Kantonların Kamu Hukuku kurallarına yollama yapılmıştır. Bizdeki ifadeyi de, Kamu Hukuku ile ilgili kurallara gönderme yapan bir ifade olarak anlamak yerinde olur.

Şu var ki, Kamu Hukuku çerçevesinde bir yetki ile bir Özel Hukuk işleminin yapılması söz konusu oluyorsa³⁸, bir aynın yapmak gerekir:

- İdare'nin iliş ilçile Lini ilgilendiren ilk aşamada (idari kararın hangi or ganın ha gı usullere göre alacağı, verilecek yetkinin kapsamı, hatta yerine göre kime yetki verileceği) Kamu HÜkuku kurallının uygulama alanına girecektir.
- Buna karşı İdare tarafından yetkilendirilmiş organ veya makam ile üçüncü kişi arasındaki (dış ill. ş'g Öz l Hggüka tabi bir sözleşmenin yapılması söz konusu olduğundan, Özel Hukuk hükümleri uyg.! am-aalanı bulacak ve 3. orçlar Kanununun temsil hükümlerinden, bu ar 4 a (örneğin İdare'nin-yetkilendirme karar Resmrcrazetede ilan edil.iliğLvakit) anda ince o oigir nır BK. m. 33ff hükmünden kıyas yolu-ile-yararlanmak müm-kün olabilecektir^{39, 40}.

35) *Larenz/Wolf*, 9.A., § 22, N. 18.

36) *Larenz/Wolf*, 9.A., § 48, N. 9.

37) Aynı doğrultuda: *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971, s. 37.

38) Örnek olarak bkz. 20.12.1999 tarih ve 4493 sayılı kanunla değişik 3396 sayılı "Bazı Yatının ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtılması Hakkında Kanun" m. 5.

39) Bkz. Zicb, Art. 33, N. 12 vd., 17, 18; *Schwager*, not 16'da age, s. 94 vd.; Guhl/Koller, § 22, N. 29; BGE 124.IIT.418. Şu halde, iç ilişkide İdare'nin yetkilendirmeye kararından Danıştay tarafından iptal edilse bile, BK. m. 33fil'nin şartlarının gerçekleştiği durumlarda, dış ilişkide Özel Hukuk kuralları uygulanacağından, iptal hükmünün geriye

111. Temsil Yetkisinin Temel (İç) İlişkiden Bağımsızlığı

İlke olarak, her temsil yetki.ıunio arkasında, huna dayanak oluş.tur:an bir temel (iç) ilişki vardır. BK. m. 34/I, c. 2, örnek olarak, y_ekale.t, h met, şirkeLsözl.eşmelerini anrnakt<!dır. Es:1: (isiisna) s.özksmesi e leu 1 :c!_s nda old?ğu gibi bir Aile Hukuku iliş?v_eya işti x:ak h lin<!_e (elJ? irJiğiyle) hak sal l.!P-lig(!İşkisi) başka örn?kfer-olarak amlabilir⁴¹. Bunlar arasında, hayatta en sık rastlanan temel ilişki, hiç şüphesiz vekalet sözleşmesidir ve Alman Hukukçusu *Laband*'ın 1866 tarihinde yazdığı makaleye kadar temsil ve vekalet kavranılan arasında bir aynın gözetilmemiştir⁴². *Laband* tarafından savunulan görüş Alman Mederu Kanununa ve İsviçre-Türk Borçlar Kanunlarına esas teşkil etmiştir. Söz konusu görüş çerçevesinde, temsil olunanın bir taraflı irade beyanı ile gerçekleşen yetkil ?ndir!n?etki ?erme) işlemi, Tstervekalet ister başka tipte Jjfr hukukfili ki söz konusu _olş_un !epiel iliş-aaen bağımsızdır. Bu ilke, bir çok hukukçu tarafından temsil yetkisini kazandıran bir taraflı işlemin, temel ilişki.!Je nazaran soyut (mücerret) bir işlem oluşturduğu şeklinde ifade edilmiştir ³. Biz, bu konuda soyutluk (mücerretlik) kavramına başvurulmasına yapılan itirazları da dikkate alarak "bağımsızlık" deyimine üstünlük tanıyoruz.

Türk öğretisinde ileri sürülen ve hak.im fikirden ayrılan bir görüşe göre, yetkilendirme işleminin vekalet sözleşmesine karşı soyut olduğundan bahsetmek yerinde değildir. Olsa olsa, her iki işlemin geçerlilik şartlarının farklı olması dolayısı ile, geçersiz bir vekaletle rağmen geçerli bir yetkilendirmeden bahsetmek söz konusu olabilir⁴⁴. Oysa, Alman öğretisinde yerinde olarak belirtildiği gibi, soyutluk kavramının dayandığı en önemli ilkelerden birisi ayırma ilkesidir (Trennungsprinzip). Bu ilke iki biçimde karşımıza çıkar: a) Her ilci işlemin geçerlilik şartları ve buna bağlı olarak geçersizlik sebepleri birbirinden ayndır; b) Geçersizlik sebeplerinin farklı olması dolayısı ile geçersizliğin sonuçlan bakımından da işlemler arasında fark vardır. Bu yüzden, bu işlemlerin geçersiz sayılabiliş sayılamayacağı birbirinden bağımsız olarak değerlendirilir ve işlemlerden birinin geçersizliği diğerinin de geçersiz olması sonucunu doğurmaz⁴⁵. Bu açıklamaların ışığında, yetkilendirme ve vekalet işlemlerinin farklı geçerlilik şartlarına bağlı

yürümesi suretiyle yetkisiz temsil hükümlerinin (BK. m. 38) devreye girmesi engellenir ve sözleşmenin iyiniyetli karşı tarafı yararına Özel Hukuk işlemi BK. m. 33/II gereği geçerli kalır. (Krş. **Schwager**, s. 76).

40) Aynca bkz. ve krş. (genel olarak bir idari kararın idari yargı organlarınca iptal edilmesinin bu karara dayalı olarak İdarece yapılmış Özel Hukuk sözleşmelerini kendiliğinden sona erdiremeyeceği görüşünü savunan) **K. Gözler**, İdare Hukuku, cilt il, Bursa 2003, s. 193-194.

41) **Zach**, Art. 33, N. 120.

42) Bu konuda bkz. **Werro**, Le mandat et ses effets, Fribourg Suisse, 1993, N. 38 vd. - İsviçre öğretisinde, **Laband**'ın makalesinden önce, Borçlar Hukuku ile ilgili hükümleri 1855 yılında yürürlüğe giren ve **Bluotschli** tarafından hazırlanan Zürih Kantonu Özel Hukuk Kanununun, temsil ve vekaleti ayn ayn düzenleyerek birbirinden ayınnış bulunduğu işaret edilmiştir (**Bucher**, AT, s. 615, not 57; **Bucher**, BT, s. 227).

43) Örnek olarak bkz. **Zach**, Art. 32, N. 160.

44) **Hatemi/Scrozan/Arpacı**, Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul 1992, s. 392-393.

45) **Larenz/Wolf**, 9.A., § 23, N. 79.

olduğunu ileri sürmek, gerçekte soyutluk görüşünü destekleyen bir ifade oluşturur. Herhalde, temsil yetkisi ile temel ilişki arasındaki bağın, soyut (mücerret) kazandırma ile onun huk.-uki sebebi (causa) arasındaki ilişkiden farklı olduğu kabul edilse bile⁴⁶, burada hiç değilse "bağımsızlık" diye ifade edilmesi gereken bir durumun bulunduğu şüphe götürmez⁴⁷.

- 24 İ gereği, temsil yetkisinin varlığı e g eç erliliği , g eçerli
bir temel ilişkinin varlığına bağlı değildir. Bunun sonucu 2l?rl!k ten ıslsız
für veRalet olabileceğrg'ını-;vekatete veya bir-oaşka temel iliş?ye dayan-
mayan "te1<75aşına ır temsify-etlasi de bulunabilir. Temsilsiz- vekalet
Karşı sOylenecek bir şey yükür. Buna karşı, herhangi bir temel ilişki bu-
lunmaksızın, tek başına bir yetkilendirme ile kurulan temsil yetkisi son
derece anormal bir nitelik taşır ve ancak pek nadir hallerde karşımıza çıkabi-
bilir⁴⁸. Böyle bir temsil yetkisi şu bakımdan anormal bir nitelik taşır ki, bu
durumda, temsilciyi temsil olunana karşı çeşitli borç ve yükümlülükler
altına sokan bir temel ilişki mevcut olmadığından, karşımızda, sadece bir
yetki elde eden, fakat bu yetkiyi yerinde olarak kullanmak hususunda her-
hangi bir yükümlülük altına girmemiş bir kimse temsilci sıfatı ile yer al-
maktadır. Hatırlanacağı gibi, temsil yetkisi, temsilciye sadece temsil olunan
adına hareket etmek "yetkisini" verir, onu buna mecbur etmediği gibi, bu
yetkinin ne şekilde kullanılacağı konusunda onu bağlayacak bir yükümlü-
lük içermez. Bütün bunlar sadece temel ilişkiden doğabilir⁴⁹. Temsil oluna-
na karşı, herhangi bir borç altına girmeyen ve sorumlu tutulamayan bir
temsilci ilke olarak kabul edilemez⁵⁰.

- 25 Bir temel ilişkiye dayanmaksızın sadece temsil yetkisi elde etini temsilci
ömeği o ar ve a u unu e i ece o an aller akından incelendiği
v t ise, durumun her zaman bu düşüncede olanların sa.ndığı gibLolmadığı
ortaya çıkar. Biz, aşağıda, bir k? ömclciizerinde..dunnak)a y,e.tiniyoruz:

- *Birinci örnek:* Öğretide az çok değişik versiyonları olan, fakat temelde aynı olan bir örnek vardır. Buna göre, bir kimse seyahate çıkan arkadaşı T'ye "Benim antika ko)leksiyonuma uyacak bir antika eser görürsen benim adıma dilediğin bedelle satın al" di erek bir temsil yetkisi verm-ekte-diİ Venlen ôme te J, sad ece bir yetki sahibi olduğu, fakat A'ya karJı hiç bir yükiJmlülüi,k altın.a? gimiediğUçiu? ul-edileıı-geı:üşe göre, burada ar?g.da.Jierhangi.bj temel sözleşme iliş! si bt! IU?<!)'?? tek başına bir teP,:!Sjl yetlcisi y ar:dır, bir b?şka anlatımla vekaletsiz bir temsil y?tki-

46) Bu görüşte: **Flume**, § 50, I, s. 840-841.

47) Öğretide bu düşünce şöyle ifade edilmiştir: "Temsil yetkisi varlığı açısından kendisine temel teşkil eden hukuki ilişkiden bağımsızdır ve bu anlamda olmak üzere onun soyut olduğundan söz açılır" (v. **Tuhr/Peter**, § 42, II, s. 359).

48) **Schwenzer**, 4.A., N. 42.07. -**Engel'in** (s. 383) fikrinde, temsil olunan ile temsilci arasında her zaman sözleşmeye veya kanuna dayalı bir temel ilişki vardır.

49) Bkz. **Schwenzer**, 4.A., N. 42.06.

50) Bu konuda özellikle bkz. **Flume**, § 45, II, 2, s. 785 vd.; § 50, I, s. 839 vd.

: ökonusudur⁵¹. Biz bu görüşe katılamıyoruz. Gerek aşağıda inceleyeceğimiz BK. m. 388/11 hükmünden anlaşılabileceği, gerekse vekilet-temsil ayrımını ilk defa yaptığı kabul edilen Laband'ın belirttiği gibi, bir temsil yetkisinin verilmesi çok defa aynı zamanda bir vekaleti de içerir⁵². Gerçekten, birisine temsil yetkisi verilirken, onun bu yetkiyi hiçbir yükümlülük ve sorumluluk altına girmeden canının istediği gibi kullanması genellikle arzu edilmez. Nitekim, verdiğimiz örnekte T' e verilen temsil yetkisi, aynı zamanda geciktirici şartta baJ fı b ir vekalet sözleşmesinin uru masına yö-
Ök bir icapla birlikte yapılmış tır. Sözü geçen geciktirici şart, gerçekleşmesi tamamen-temsilcinin iradesine bırakılmış bir iradî şarttır ("antika koleksiyonuma uyan bir parçaya rastlarsan benim için satın alabilirsin!"). Karşı tarafı herhangi bir külfet altına sokmayan bu icabın kabul edilmesi için açık bir kabul beyanına gerek yoktur. T'nin, uygun bir süre içinde icabı reddettiğini bildirmemesi halinde, BK. m. 6 uyarınca sözleşme kurulmuş sayılır. İcabın yapılaş tarzından, icacı A'nın bir kabul beyanından önceden vazgeçtiği açık biçimde anlaşıldığı⁵³ ve T kurulan sözleşme sonucu kendi isteği ile iradî şartı gerçekleştirmediği herhangi bir borç altına girmediği için, BK. m. 6'da sözü edilen "işin özel niteliği" ve "hal ve mevkiin icabı" unsurlarından her ikisi de olayda gerçekleşmiştir. Gerçi, temsil yetkisinin verilmesine ilişkin beyanın bu beyana bağlı icap ile birlikte karşı tarafa vardığı anda, T temsil yetkisini kazanmış olmasına rağmen, henüz BK. m. 6'da öngörülen uygun süre geçmediği için karşımızda yine temel ilişkiden yoksun tek başına bir temsil yetkisi bulunacaktır. Ne var ki, uygun sürede red cevabı verilmediği takdirde, geciktirici şartta bağlı vekalet sözleşmesi, icabın (temsil yetkisi ile birlikte) karşı tarafa ulaşmış andan başlayarak büküm doğuracağından (BK. m. 10/II), bu anormal durum geçmişe etkili olarak ortadan kalkacak ve hem temsil yetkisinin hem de şartta bağlı sözleşmenin başlangıç tarihi bu an olacaktır. T'nin kendi takdirine göre, uygun bir antika eser görüp A adına satın aldığı anda ise, şart gerçekleşmiş olduğundan, vekalet sözleşmesi hükümlerini doğurmaya başlayacaktır. Görülüyor ki, bu örnekte, tek başına bir temsil yetkisi değil, fakat geciktirici şartta bağlı bir vekalet sözleşmesine dayalı bir temsil yetkisi söz konusudur.

- *İkinci örnek:* Aşağıda göreceğimiz gibi⁵⁴, yetkilendirme işlemi açısından, hakiin görüşe göre, temsil olunanın tam ehliyetli olması arandı 1 halde, temsilcinin sadece ayu: LÖtme güc.üne. (ıemy.izJrudretine) sahip olması Yşterlidir. B_u durumda, ergin (reşit) olmayan ve ad.e.ce.??_gücüne

sahip bulunan 17 yaşındaki T'ye bir vekaletle bağlı olarak temsil yetkisi

51) Bkz. Schwarz, s. 389; Oğuzman/Öz, 4. bası, s. 171; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 175.

Bkz. Zich, ... 161.

53) Bkz. v. Tuhr/Peter, 24, IV, s. 188; BGB. 151.

54) Bkz. aşağıda N. 33-34.

verildiği zaman (BK. m. 388/11 , T temsil yetkiş ini kazandığı halde, vekilet sözleşmesi as da hükümsüz olur (MK. m. 16/I)J'nin, _kanuni.(yasal) temsilcisi olan ana ve babası bu sözleşme e ic? eLv..ermekte:ı-k-ayını-r-sa.-askıda uulciiinsuzl? kesin hi.ilrums?lüğullnüşfu:... Bu örnekte de, temel ilişkiden yoksun tek başına bir temsil yetkisinin söz konusu olduğunu düşünmek büyük bir yanılgı olur. Gerçi, taraflarca kurulması istenen vekalet sözleşmesi geçerlilik kazanamamıştır. Fakat, bundan, olayda hiçbir temel ilişkiye dayanmayan bir temsil yetkisi ile karşı karşıya olduğumuz sonucunu çıkarmak doğru değildir. Zira, burada, *kanunun* duruma müdahale etmesiyle, taraflar arasındaki karşılıklı hak ve borçları düzenleyen bir vekaletsiz iş görme ilişkisinin (BK. m. 410) temel ilişkiyi oluşturacağı gözden kaçınılmamalıdır⁵⁵. Bu örneğin yaran, temsil yetkisinin bağlı bulunduğu (taraflarca istenen) temel ilişki (bu örnekte vekalet ilişkisi) geçerli olmasa bile, bu defa kanundan doğan bir başka temel ilişkiye (vekaletsiz iş görmeye) dayalı olarak aynı yetkinin geçerli olarak elde edilebileceğini, yani bu yetkinin bağımsızlığını gözler önüne sermesinde kendisini gösterir.

Gerçekte mevcut olmayan bir temsil yetkisi A tarafından üçüncü kişi Ü'ye bildirilmiş ve bu yoldan BK. m. 33/II'nin öngördüğü olgu gerçekleşmişse, temsil olunan A ile (sözde) temsilci T arasındaki iç ilişki yine vekaletsiz iş görme hükümlerine tabi olur⁵⁶.

- 27 - Üçüncü örnek: İlerde ihtiyacını-olabilir-düşüncesiyle ihtiyatlı-davranan A, şimdiden b!:.)' akıp 1 (örne?eşi, oğluLolaru.'.yi, (hu.konuda kendisine karşı bir beyanda bulunmaksızın) banka işlemJerini ke.ndisi.adına,yapmak üzere temsilci olarak yetkilendirdiğini bankası Ü'ye bildiriyor. Bu ömeğinae-; l:emeCiliskiden yoksun tek başına temsil yetkisi ö@? ôlaralc ele aliiima sı, hiç !a! şku??-!..?abetiuliiiaктаo uzaktı:-Gerçekten,-A. 'mn. T'ye haber vermeksizin sade: _çe [j _bqrıkasJua....y.aptığıJıey..an, hukukumuzda (AlmanHükÜ.kundan farklı olarak) _ş??c? _!ç? _c _!lişkiye yöne?tilel! _ bir beyanla temsil yetkisi verilemeyeceğinden, T'nig tem?s clııfaJuıı..kazanımasın*1 sağlayabilmiş-degidir⁵⁷. BÜna karşı, Banka, örnek imzasını almak üzere T'yi davet ettiği vakit, A'mn habercisi olarak onun yetkilendirme beyanını (buna bağlı vekalet icabı ile birlikte) T'ye ulaştırmış olacak ve T bu davete uyduğu takdirde, bu yoldan A ile T arasında, T'nin elde ettiği temsil yetkisinin dayanağını oluşturan bir vekalet sözleşmesi kurulmuş olacaktır⁵⁸.

55) **Larenz/Wolf**, § 47, N. 6; **Köhler**, § 18, N. 26. Farklı bir çözüm için bkz. **Medicus**, AT, N. 949 (Bu yazara göre, metinde incelenen örnekte, vekaletin hükümsüz olması sonucu temsil yetkisi de geçerli olarak elde edilmiş olmaz).

56) Bkz. v. **Düren**, s. 164.

57) Bu durumda, olsa olsa, BK. m. 33/II'de öngörülen olgu gerçekleşebilir ve Bankaya yapılan beyan, (T)'yi temsilci olarak yetkilendirme iradesinin Bankaya "bildirilmesi" anlamını taşıyabilir.

58) Bütün bu açıklamalarda, Zich (Art. 33, N. 121; Art. 34, N. 16) tarafından benimsenen görüşlere hiç, **Watter** (Basler Komm. Art. 33, N. 9) tarafından benimsenen görüşlere ise kısmen katılmamış bulunuyoruz. Ayrıca bkz. aşağıda N. 31.

Temsil yetkisinin temel ilişki karşısındaki bağımsızlığı incelenirken, 28
üzerinde durulması gereken bazı kanun hükümleri vardır:

- BK. m. 34/I'de yer alan hükme göre, temsil olunanın temsil yetkisini geri alması, taraflar arasında mevcut hizmet, şirket vekalet sözleşmesi gibi sebeplere, bir başka deyimle temel ilişkiye dayanılarak dava açılmasına engel değildir. Görüldüğü gibi, temsil yetkisinin geri alınmasına rağmen, temel ilişkinin varlığını sürdürebileceği (örneğin bir hizmet ilişkisinde sadece işçinin temsil yetkisinin geri alınmasıyla yetiniliyor) kanun tarafından açıkça kabul edilmiş ve bağımsızlık ilkesini doğrulayan bir sonuç öngörülmüştür.

Acaba bunun tersi de geçerli midir? Temel ilişkiye son verilmesi halinde, bu defa temsil yetkisinin, bağımsızlık ilkesi gereği, varlığını sürdüreceği kabul edilebilir mi? Hakim olan görüşe göre, bu sorunun cevabı, ilke olarak, olumsuzdur. Zira, genellikle temsil yetkisi (vekalet, istisna, şirket, hizmet sözleşmeleri gibi) bir temel ilişki çerçevesinde ve buna bağlı olarak verildiğinden, temel ilişkiye son veren bir beyan temsil yetkisine de son vermiş olur. Bu sonucu açıklamak üzere öğretilde iki görüşe rastlanmaktadır:

= Birinci görüşe göre, bu gibi durumlarda, açıkça belirtilmemiş dahi olsa, temsil yetkisinin temel ilişkinin devamı süresince geçerli kalmak üzere ve şarta bağlı olarak verildiği, bu ilişkiye temsil olununca son verilmesinin, temsil yetkisinin bağlı bulunduğu bozucu şartı gerçekleştirdiği ve böylece örneğin işverenin bir hizmet ilişkisini feshetmesi üzerine, işçinin temsil yetkisinin de otomatik olarak son bulduğu kabul edilmek gerekir⁵⁹.

= İkinci görüş açısından, şarta bağlı bir yetkilendirme söz konusu olmaksızın, meselenin çözümü güven ilkesine terk edilmektedir. Bize daha uygun gözükten bu görüşe göre, karşı taraf (temsilci), kendisinin temel ilişki çerçevesinde yetkilendirildiğini pek iyi bildiğine göre, temsil olunanın temel ilişkiye son veren beyanını, olayda farklı sonuca varmayı gerektirecek özellikler yoksa, güven ilkesinin ışığında temsil yetkisinin de bu beyanla geri alındığı biçiminde anlamak zorundadır⁶⁰.

- BK. m. 388/II'ye göre, vekalet sözleşmesinin konusunu bir hm.'uki 30
işlemin yapılması oluşturuyorsa, ayrıca belirtilmiş olmasında, vekalet ile birlikte o hukuki işlemin veya işlemlerin yapılmasını Ujkin t{Jnsil yetkisi-III..n de verilmiş olduğu k':rine fllarak'lcaöii!eaiTir.13-trrada sözü edilen temsil yetkisinden maksat, (vekalet sözleşmesi dışında ayrı ve bağımsız varlığı

59) v. Tuhr/Peter, § 42, VI, 2, s. 365; Zich, Vorbcm. zu Art. 34-35, N. 11; Art. 34, N. 15.

60) Bucher, AT, s. 616; Zich, Art. 33, N. 122 (krş. aynı yazara not 59'da yaptığımız yollar). Ayrıca bkz. Oser/Schönenberger, Art. 34, N. 3.

olan) *doğrudan doğruya (gerçek) temsil yetkisidir*. Dolaylı temsil yetkisi sadece bir iç ilişkiden ibaret olduğundan, temel ilişkiyi oluşturan vekalet sözleşmesinin içinde kendiliğinden mevcuttur. Şu halde, dış ilişki ile hiçbir ilgisi olmayan dolaylı temsil yetkisini vermek için, vekalet sözleşmesi dışında ayn bir yetkilendirme işlemi kesinlikle söz konusu olamaz⁶¹. Bunun sonucu olarak, BK. m. 388/II'de sözü geçen temsil yetkisinin dolaylı temsil ile en ufak bir ilgisi yoktur. Hiç kuşkusuz, tarafların anlaşarak BK. m. 388/II'deki karinenin harekete geçmesini önlemelerine ve bir hukuki işlemin yapılmasına ilişkin vekalet sözleşmesinin dolaylı temsil hükümlerine göre ifa edilmesini sağlamalarına bir engel bulunmamaktadır⁶².

- 31 Su noktayı ayrıca ekleyelim ki, BK. m. 388/II hukuki işlem yapılmasına yöne ve a et sözleş!II¹ erinin, karine olarak, aynı iananda işleme ilişkin temsil yetkisini de- içermiş sayılacağını belirtmekle yetinmiş, bunun tam --tersi-olan şu ihtii:ıal üzerinde durmamıştır: Bir kimse, aralarında herhangi bir tem¹riliski bulunmaksızın, bir başkasını yetkilendirdiği zaman, bunun c!Yılı ?'.amanda temel ilişkiyi oluşturacak bir \ek¹let icabını da içerdği söylenemez mi? Daha önce yaptığımız açıklamalardan anlaşılacağı gibi, bu sorunun cevabı hiç kuşkusuz olumludur. Temsil olunan kendisine karşı hiçbir yükümlülük ve sorumluluk altına girmeyecek bir kimseyi temsilci olarak tayin etmeyi istemiş sayılamayacağına göre, mevcut bir temel ilişki olmaksızın yapılan yetkilendirme işleminin arkasında, karşı tarafın (BK. m. 6 hükmü dahil) açıkça veya örtülü olarak çeşitli biçimlerde açığa vurabileceği kabulüne bağlı bir vekalet icabının da bulunduğu söylenebilir⁶³. Temsilcinin vekalet icabını reddetmesi, zorunlu olarak temsil yetkisinin de red-

61) Bu açıklamalar için bkz. **Fellmann**, Art. 396, N. 48 vd., 51; **Gauch/Schluép/Schmid**, N. 1352, 1428; **Hofstetter**, s. 47-48; **Weber**, Basler Komm., Art. 396, N. 9. Ayrıca bkz. yukarıda § 45, N. 15. -Dolaylı temsil için de, tıpkı doğrudan doğruya temsilde olduğu gibi, vekalet sözleşmesine ek olarak ayn bir yetkilendir-me işlemine gerek olduğunu ileri süren Yavuz'un, BK. m. 388/II hükmünü açıklarken, bu yanlış esastan hareket etmek ve eski öğretinin (örnek olarak bkz. **Oser/Schönenberger**, Art. 33, N. 6, Art. 396, N. 4; **v. Tuhr/Peter**, § 42, s. 356, not 14) aşın biçimde etkisi altında kalmak suretiyle yaptığı tüm açıklamalar düzeltilmeye muhtaçtır (Bkz. **Yavuz**, Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, İstanbul 1983, s. 26 vd., 52-53; **Yavuz**, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 6. baskı, İstanbul 2002, s. 571 vd.). Aynı yazarın, doğrudan doğruya temsil yetkisi ile (kendi anlayışına göre) dolaylı temsil "yetkisini" eşdeğer iki imkan olarak görmesi ve bunun sonucu olarak vekilin BK. m. 388ff hükmüne dayanarak vekalet konusu hukuki işlemi isterse vekalet veren adına, isterse (vekilin ödeme güçsüzlüğüne düşmesi halinde vekalet vereni bunun tüm rizikoları ile ve bütün durumlarda ikinci bir devir işleminin külfetleri ile baş başa bırakarak) kendisi adına yapabileceğini ileri sürmesi, (taraflar arasında bu yolda bir anlaşma veya vekalet verenin bir talimatı bulunmadıkça) hiç kabul edilemez.

62) **Fellmann**, Art. 394, N. 39.

63) Ayrıca bkz. **Bucher**, AT, s. 616, not 61; **Sarı**, Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, İstanbul, 2004, s. 206, not 12.

dedildiği anlamını taşır. Herhalde, temsil yetkisinin verilmesinden sonra, "şimdi sıra temel ilişkiyi gerçekleştirmeye geldi" diyen tarafların yeniden karşı karşıya gelerek veya yazışarak bir vekalet sözleşmesi kurma girişimini başlatmaları düşünülemez. Bu düşünceler, özellikle temsil (bir taraflı işlem) ve vekalet (iki taraflı işlem veya sözleşme) kavramlarının birbirine karışmasına yol açar biçimde, temsil yetkisi vermeyi «vekalet verme» biçiminde ifade eden Türk hukuk uygulaması açısından ayrıca önem taşır.

Temsil yetkisinin temel ilişkiye nazaran bağımsız olduğunun kabul edilmesi, temsilci ile işlem yapan üçüncü kişi açısından önemli sonuçlar doğurur. Bu çerçevede jiçün ş. geç rli !>4: !el!le! iİşkinin mevc t olup olmadığı a t msilcinin t fill olun ap. karşı...temel ilişkiden d.9 ğan borçlarına aykırı d.Q.ş en bir davranış içi girip girmediği gibi konularla hiçbir şekilde ilgilen- J!! k zorunda değildir. Bu konularla ilgili savunmalar ona karşı ileri sürülemez. Üçüncü kişiyi ilgilendiren tek husus, temel ilişkinin değil, fakat temsil yetkisinin geçerliliği ve kapsamıdır⁶⁴. Ne var ki, bütün bu söylenenler istisnasız kalmamıştır. Örneğini temsilci, temel ilişkiden doğan borçlan ile hiç bağdaşmayan biçimde temsil olunanın çıkarlarına açıkça ters düşen bir sözleşme yapmışsa, bazı şartların gerçekleşmesi ka dı ile, onun temsil yetkisini Kötüye İrullandığı VE bu sebe e -2.işlem şısından etkili sa ılama acağı sorucuna vanfafilli! &, !2unun anlalll!, bu gibi durumlarda bağımsızlık ilkesinin bir köşeye bırakılmasıdır⁶⁵. Bütün bunlar gösteriyor ki, temsil yetkisinin temel ilişkiden oagiriisizliği, mutlak bir ilke olmayıp, sadece belirli sınırlar içinde değer taşıyan bir ilke olmaktan öteye geçmemektedir. Bu sonuç, öğretide, temsil yetkisinin esas itibarı ile, temel (iç) ilişkide (temsil olunanın çıkarlarını korumak üzere) öngörülmüş yükümlülüklerin gerçekleşmesine hizmet eden bir kurum olması ile açıklanmaktadır⁶⁶.

IV. Ehliyet

1. Temsil Olunan Açısından

Yetkilendirme işleminin geçerli olması için, temsil olunanın tam fiil ehliyetine sahip olması gerekir (MK. m. 10). Şu var ki, sınırlı ehliyetsizler (ayrıt etine gücü olan küçük veya kısıtlılar), MK. m. 16/1, c. 2 uyarınca bizzat kendilerinin serbestçe yapabilecekleri i ş mlerq (örneğin bir bağışlamanın kal5ulu sozkoımstrtse), veh- '! .vasile r a şgia g r }s_9l!lak- sızın bir başkasını temsilci olar be!!alendirebilirler⁶⁷.

64) Bkz. **Bucher**, AT, s. 616; **Zach**, Art. 32, N. 160; Art. 33, N. 121.

65) Temsil yetkisinin kötüye kullanılması olgusunun şartları ve sonuçları için bkz. aşağıda § 50.

66) Bkz. **Laren7/Wolf**, § 47, N. 7.

67) **Zich**, Art. 33, N. 31; **Larenz/Wolf**, § 47, N. 15; **Eren**, s. 396.

2. Temsilci Açısından

34

Öğretide hakim olan örüşe göre, temel ilişki bir yana buakılıp mesele-ye sırf temsil yetkisi açısından bakıldığı vakit, yetkilendirme işlemi sonucu temsilci sadece bir yetki elde etmiş ve herhangi bir borç veya yükümlülük altına girmemiştir. Onun üçüncü kişi ile yapacağı işlemde doğan borçlar da kendisine değil, doğrudan doğruya temsil olunana ait olacaktır. Bu sebeple, temsilcinin tam fiil ehliyetine sahip olmasına gerek yoktur. Ergin (reşit) olmasa veya kısıtlı olsa bile, ayırt etme (temyiz) gücüne sahip bir kişinin temsilci olarak yetkilendirilmesi geçerlidir⁶⁸.

V. Temsil Yetkisinin Kapsamı⁶⁹

1. Genel Olarak

35

Kural olarak, temsil olunan kendi nız S!na da fil! n~t~m~iL yetltjisinin kapsaiffiini ı eöiği gibi belirlemek, uygun gördüğü sınılamaları koymak m.kanına s.Ehiptir. İç temsil yetkisinde bu kapsam, temsilciyi yap ılan beyana; dış temsil yetkisinde ise üçüncü kişiye karşı yaQ ! an bktirim (özellikle temsilcniireline verilmiş yetki belgesine) göre belli edilecektir (BK. m. 33 . Ne-var la, bu konuda, temsil olunanın ne istediği değil, güven ilkesine göre karşı tarafın (beyana muhatap olan temsilcinin veya üçüncü kişinin) kendisince bilinebilen tün hal ve şartları gereği gibi değerlendirerek bu beyanı ne şekilde anlaması gerektiği esas alınacaktır. Hiç kuşkusuz, temsilcinin veya üçüncü kişinin temsil olunanın beyanını fiilen doğru biçimde anlamış olduklarının sabit olması hali saklıdu⁷⁰.

2. Temsil Yetkisinin Konusuna Göre Kapsamının Belli Edilmesi

36

Bu açıdan üçlü bir ayırım yapmak gerekir⁷¹:

68) Zich, Art. 33, N. 32. Ayrıca bkz. BGB § 165; Larenz/Wolf, § 46, N. 93-94. Bucher'e göre (Art. 19 ZGB, N. 335), temsilci, bir taraflı yetkilendirme işlemine hiçbir şekilde katılmadığına göre, yetkilendirme işleminin geçerli olması, onun fiil ehliyetine sahip olup olmamasından tamamen bağımsızdır. Temsilcinin ayırt etme (temyiz) gücüne sahip olması, yetkilendirme işleminin yapıldığı anda değil, temsilcinin bu yetkilendirmeye dayanarak: temsil olunan adına işlem yaptığı sırada aranacaktır. -"Temsil teorisi" uyarınca, işlem bizzat temsilci tarafından yapıldığına göre, onun da tam ehliyetli olması gerektiği yolundaki azınlık görüşü için bkz. Keller/Schöbi, s. 64-65.

69) Burada konuyu, (aynca değinmedikçe) ticaret şirketlerinin temsili de dahil olmak üzere ticari temsil hallerini bir köşeye bırakarak, sırf Borçlar Hukuku alanındaki nzat temsil halleri açısından inceliyoruz.

70) Gauch/Schluep/Schmid, N. 1355; Bucher, AT, s. 606; v. Tuhr/Peter, § 42, IV, 3, s. 361 ve not 39.

71) Bkz. Gauch/Schluep/Schmid, N. 1356-1357; Weber, Basler Komm., Art. 396, N. 13; v. Tuhr/Peter, § 42, IV, 3, s. 361; Zich, Art. 33, N. 92; Eren, s. 400.

a. Özel temsil,letlcisi, belirli ve somut tek bir işlemin yapılması için verilen yetki. Örneğin Nişantaşındaki taşınmazın- veya evdeki belirli bir tablonun satışı için verilen yetki bu kategoriye girer. Aynı vekaletnamede bunların her ikisi için de yetki verilmişse, ortada iki ayrı özel yetkiyi içeren bir yetki belgesi vardır.

b. Belirli bir türlü (kategoriye) dahil tüm işlemler için verilen yetki, örneğin temsilcinin borsada genel olarak alım satım işlemlerini gerçekleştirmek üzere yetkilendirilmesi halinde söz konusu olur. Aynı şey, bir işletmede, temsilciye sadece işçi almak ve işçileri işten çıkarmak üzere yetki verilmesi halinde de geçerlidir.

c. Genel temsil yetkisi verildiği takdirde, temsil olunan bizzat kendisinin yapabileceği (kural olarak malvarlığına ilişkin) tüm işlemler için temsilciyi yetkilendirmiş sayılır⁷².

Genel temsil yetkisi kavramı, öğretilde haklı olarak bazı sonuçları getiren yol açmıştır. Zira, böyle bir yetkinin, temsil olunanın hiç düşünmediği ve istemediği biçimde kullanılması yüzünden, onu çok zor duruma sokacak beklenmedik sonuçlar doğurması ihtimali vardır⁷³. Bu konuda meseleyi aşağıdaki aynın çerçevesinde ele almak yerinde olur:

aa. Temsilci ile temsil olunan arasındaki ilişki (temel) ilişkin dan, genel vekaletname ile dahi bulunsun, buunla ancak alışlagelmiş, ağır işleri yapma imkanı verildiği; buna karşı, dürüstlük ilkesi ışığında tes- "t edilecek m utat dışı veya: lağanüstü nitelik taşıyan işlemlerde, vekilin veklet verene danışmacı. Bu tip işlemleri yapmakta kaçınması gerektiği s.şylenebilir⁷⁴. Aksine hareket, vekilin vekalet verene karşı vekalet ilişkisine dayalı olarak sorumlu tutulmasına yol açabilir.

bb. Dış ilişki (temsil yetkisi) açısından bu konuyu düzenleyen bir hüküm BK. m. 38'de bulunmaktadır. Bu hükme göre, kendisine genel bir yetki verilmiş dahi olsa temsilci, aşağıda sayılan işlemleri özel bir yetkiyle bulunamaz: Dava açmak, sulh olmak, tahkim sözleşmesi yapmak, ayni o taaşidünde baid. İllak, bağışlama yapmak, bir devletin etnik y ey a taş. (bit: sınırlı ynlhak. tesisi veya şerh yolu ile) bir yüküm altına sokmak.

Medeni Usul Hukuku açısından, bu konuda HUMK. m. 63 ve 33/11 hükümleri de göz önünde tutulmalıdır. Anılan hükümlere göre, şu hallerde özel yetki gerekir: sulh,

72) Bir çok yazarın ifadesiyle, burada "ekonomik nitelik" taşıyan tüm işlemler söz konusudur (Bkz. not 71'de anılan **Weber, Zach** ve **Gauch/Schlupe/Schmid**).

73) Bkz. **Bucher**, AT, s. 605; **Zach**, Art. 33, N. 96.

74) **Tandoğan**, II, s. 395-396.

75) Bkz. **Fellmann**, Art. 396, N. 149-150; **Tandoğan**, II, s. 400-401.

tahkim, ibra, davadan feragat, davayı kabul, teklif edilen yemini kabul veya yemin teklifinde bulunan tarafa reddetmek, hükmolunan şeyi kabzetmek (almak), haczi kaldırmak, hakimın reddi. Derhal belirtelim ki, kanunlarda bunlar dışında özel yetki arayan hüliimler bulunabileceği gibi, mahkemeler ve öğreti bu sayıma bazı ilaveler yapmaktan kaçınmamışlardır. Örneğin, Yargıtay 4.2.1959 gün ve 14/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile hakimlere karşı tazminat davası açılabilmesini özel yetki şartına bağlamıştır⁷⁶.

- 38 BK. m. 388ffil'de sayılan hallerde öngörülen "özel yetki"nin mutlaka *somut bir işlem* için verilmesi şart değildir. Belirli bir *türe (kategoriye)* giren işlemlerin tümü için verilmiş yetkiler de BK. m. 388/III hükmünün kapsamına girer. Şu halde Moda'daki evinin satılm<!_sını istey en tem sil olunanın mutlaka "Moda'daki _şu taşınmazın satışı" için yetki vermesi zorunlu olmayıp, "tiirtaşı_ azlannı_ sat;şına" ilişkin bir y_?tki v_?rmiş olmaSı ye terliadır: -Böyle bir yetkiye dayanarak Moda'daki taşınmaz da temsilci tarafından geçerli olarak satılabilir. Bunun gibi belirli bir sözleşmeden doğacak ihtilafların hakem önünde çözüme bağlanmasını sağlamak için, sırf o sözleşmeye ilişkin özel bir yetkilendirmenin bulunması gerekmez. Yetki belgesinde, temsilcinin yapacağı sözleşmelerde tahkim kaydına yer vermesine imkan tanıyan genel bir düzenleme BK. m. 388/III'ün aradığı "özel yetkilendirme" şartını gerçekleştirir⁷⁷. Görülüyor ki, BK. m. 388/III anlamında "özel yetki", gerçek ve teknik anlamında bir özel yetki verilmesi değildir. Zira, yukarıda açıkladığımız gibi, teknik anlamda "özel temsil yetkisi" ancak belirli ve somut bir veya birkaç işleme (örneğin Nişantaşındaki şu evin satışı gibi) ilişkin olarak verilebilir. Burada ise, somut bir işlemin belirtilmesi zorunlu olmaksızın, BK. m. 388/III'de sayılan "konulara", yani *belirli tür işlemlere* ilişkin olarak bir yetkilendirme yeterli sayılmaktaçlır.
- 39 Temel ilişki vekalet sözleşmesi niteliğini taşımyorsa (örneğin bir eser, hizmet veya şirket sözleşmesine dayalı olarak temsil yetkisi verilmiştir), BK. m. 388/III hükmü bu defa kıyas yolu ile uygulanabilir⁷⁸. Yeter ki kanunda tersine bir düzenleme bulunmasın veya iç ilişkinin niteliğine bağlı özellikler bir engel teşkil etmesin.
- 40 BK. m. 388/III'de öngörülen ve özel bir yetkilendirme zorunluluğu doğuran haller *sınırlayıcı* biçimde mi (*numerus clausus*) gösterilmiştir? Öğretilde bu konuda *üç görüşe* rastlanıyor:

76) Bu konuda geniş bilgi için bkz. **Kuru**, c. il, s. 1281 vd.

77) Bkz. **Fellmaon**, Art. 396, N. 126; **Hofstetter**, s. 51; **Gautschi**, Art. 396, N. 47b ve yukarıdaş 35, not 123'de anılan **Karabasan** ve **Esmer**. -**Aksi görüşte: Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 177; (**Safa**) **Reisoğlu**, Eşya Hukuku, Ankara 1984, s. 159. Bizce, yetki belgesinden aksi anlaşılmadıkça, temsilcinin satacağı taşınmazın yetki belgesinin (vekaletname-nin) düzenlendiği tarihte temsil olunanın mülkiyetinde bulunup bulunmaması da bir fark yaratmaz.

78) **Hofstetter**, s. 49; **Teldnay/Akman/Burcuoğlu/Altö**, s. 179. -**Başka türlü: Engel**, s. 389.

- *Birinci görüş*, burada sınırlı sayı (*numerus clausus*) ilkesinin geçerli olduğunu ve BK. m. 388/III'de sayılan hallere yenilerinin eklenemeyeceğini kabul ediyor⁷⁹.

- *İkinci görüşe* göre, BK. m. 388/III'de sayılan haller birer örnek niteliğini taşıyıp sınırlayıcı olmadığı için, vekalet veren açısından önem taşıyan işlerde bunlara yenilerinin eklenmesi mürnkündür⁸⁰.

- İkinci görüşün biraz daha işlenmiş değişik bir versiyonu olan *üçüncü görüşe* nazaran ise, belirli bazı kriterlere uymak kaydı ile, BK. m. 388/III'de sayılan haller dışında da özel yetki gerektiren durumlar bulunabilir⁸¹. Bu görüş vekalet veren (temsil olunan) ile temsilcinin çıkartan arasında bir denge kurmaya önem vermekte ve şu düşünceden hareket etmektedir: Özel yetki sistemi temsil olunanı (vekalet vereni) koruyan bir sistemdir. Ancak, bu sistem çerçevesinde temsilci ile- işlem yapan üçüncü kişinin de, hangi işlemlerin özel yetki kapsamına girdiğini bilmekte büyük çıkan vardır. Aksi halde, kanunda özel yetki kapsamına sokulmamış bir işlemin temsilci tarafından genel yetkisine dayanarak yapılması, fakat sonradan mahkemece işlemin önemi göz önünde tutularak özel yetki aranması sonucu bunun (hukuk güvenliğini sarsacak biçimde) geçersiz bırakılması tehlikesi ile karşı karşıya kalınabilir⁸². Bu görüş çerçevesinde, hangi kriterlere dayanılarak kanunda öngörülmemiş hallerde özel yetki aranabileceği, öğretideki düşünceler de esas alınmak suretiyle (çok iyi kaleme alınmış) bir Yargıtay kararında⁸³ şöyle açıklanmaktadır:

Karara göre, bu konudaki inceleme iki aşamalı olacaktır:

79) **İyimaya**, Temsil Yoluyla Bağıtlanan Avukatlık Sözleşmesi İçin Özel Yetkinin Varlığı Zorunlu mudur? Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1993/3-4'den ayn bası, s. 13 vd.

80) **Müderrişoğlu**, Avukatlıkta Vekalet ve Ücret Sözleşmesi ve İçtihatlar, Ankara 1974, s. 48.

81) Bu görüşte: **Tandoğan**, il, s. 397-398, 739-740; **Reisoğlu**, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992, s. 42; **Tanrıver**, Noterlik Açısından Vekalet (Temsil), 2. baskı, Ankara 2001, s. 39 vd.; **Özkaya**, Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Ankara 1997, s. 290. -Anılan yazarlardan **Tandoğan**'a göre, BK. m. 388/III'deki sayma kuralı olarak sınırlı bir sayma olarak kabul edilmelidir. "Ancak BK. md. 388 f. III'de sayılan hallerle çok yakın benzerliği bulunan sınırlı hallerde ve dava ile ilgili müvekkil bakımından önemli bazı işlemlerde sınırlı sayma kuralından ayrılması bir dereceye kadar savunulabilir". Bu ifade tarzı çelişkili olup kabul edilemez. Zira, bir yerde sınırlı sayı (*numerus clausus*) ilkesi geçerli ise, artık buna bir ekleme yapılamaz. Ekleme yapılabilirse, "*numerus clausus*" ilkesi terk edilmiş demektir.

82) Bkz. not 81'de anılan **Tandoğan**.

83) Yarg. 3. HD., 4.2.2002, E. 2002/414, K. 2002/1200 (ABD, 2002/2, s. 366 vd. veya YKD. 2002/8, s. 1161).

Birinci aşamada, olaydaki genel vekaletnamenin geniş kapsamlı başka özel yetkiler içerip içermediğine bakılacaktır. Örneğin kira sözleşmesinde tahliye (boşaltma) taahhüdünde bulunabilmek için temsilcinin özel yetkiye ihtiyacı olup olmadığı araştırılırken, ona "kiralama, feragat, kabul, sulh ve işyerini tasfiye gibi geniş ve özel yetkiler" verilmiş olmasından, onun yazılı tahliye taahhüdünde bulunmaya da yetkili olduğu sonucu çıkarılacaktır. Bunun gibi, avukatın "her hususta müvekkilini temsile, ahzu kabza, sulh ve ibraya, davadan feragate, feragati kabule yetkili" olduğu belirtilmişse, çoğun içinde az da mevcut olduğundan, avukatın verdiği yazılı tabliye taahhüdü geçerli sayılacaktır⁸⁴.

- Olaydaki vekaletname yukarıda olduğu gibi geniş kapsamlı başka özel yetkiler içermediği ve sadece olağan (normal) işleri kapsadığı vakit ilcinci aşamaya geçilecek ve bu defa inceleme konusu işlemin (verilen örnekte tahliye taahhüdünün) bir yandan BK. m. 388/III'de sayılanlara çok yakın benzerliği olup olmadığına, diğer yandan da *mutat dışı ve olağanüstü* bir nitelik taşıyıp taşımadığına bakılacaktır. Bu çerçevede, Yüksek Mahkemeye nazaran "vekaletnamesinde tahliye taahhüdüne ilişkin bir yetki bulunmayan, olağan ve normal işler için verilen vekaletnameye dayanarak, müvekkili tehlikeye sokan ve tekrar düzeltilmesi mümkün olmayan bir sakınca yaratacak şekilde vekil tarafından kiralayana verilen tahliye taahhüdünün geçerliliğinden söz edilemez".

41 Biz Yüksek Mahkeme tarafından benimsenen bu görüşe iki bakımdan katılamıyoruz:

- Bir defa, hakim olan görüşe göre, BK. m. 388/III çerçevesinde özel yetki ilcinci aşamada, Ou ye liliirimtiffak-aaçık biçimde verilmesi gerekir⁸⁵. Aynı ilke, BK. m. 388/III'e kıyasen özel yetki aranacak haller için de geçerli olmak gerekir. Şu halde, doğrudan doğruya veya kıyas yolu ile uygulanacak BK. m. 388/III kapsamında özel yetki gerektirecek bir işlem söz konusu olduğu zaman, vekaletnamenin geniş kapsamlı başka yetkiler içermesinden hareket edilerek, vekilin bu konuda da örtülü biçimde yetkilendirilmiş sayılabileceği sonucuna varılamaz. Böyle bir düşünce tarzı ancak

84) Her iki örnek de, not 83'de anılan kararda, Yargıtay'ın önceki ilci kararına yollama yapılarak verilmiştir: 6. HD., 27.3.1991, 3489/4326 ve 12. HD., 12.2.1981, 8935/1362.

85) **Gautschi**, Art. 396, N. 47 b; **Weber**, Basler Kommi., Art. 396, N. 14; **Künzle**, Der directe Anwendungsbereich des Stellvertretungsrechts, Bem 1986, s. 237; **Tandoğan**, il, s. 398-399; **Özkaya**, not 81'de age, s. 290; **Tanrıver**, not 81'de age, s. 41; **Karabasan**, TBH, ÖBİ, 2002, c. 2, s. 989; **Yavuz**, not 61'de age, s. 573. -Aksi görüşte: **Fellmann**, Art. 396, N. 124.

BK. m. 388/III'e dayalı olarak özel yetki gerektinmeyen işlemler için geçerli olabilir⁸⁶.

- Yüksek Mahkeme'nin ikinci aşamaya ilişkin açıklamaları da yerinde gözükmemektedir. Gözden kaçırılan nokta şuradadır: BK. m. 388/III'deki sayıma bazı ilaveler yapılması söz konusu olduğu zaman, hareket noktası olarak, ister istemez kanunda açıkça öngörülen hallerin hangi kriterlere göre belli edilmiş olduğum esas almak gerekir. Bu açıdan bakıldığı vakit, BK. m. 388/III'ün, "olayın" veya "vekaletname içeriğinin" değil, sadece temsilci tarafından yapılacak "işlemin" nitelik ve özellikleri ile ilgilendiği ve mal kaybına yol açabileceği için büyük önem taşıyan yahut vekalet veren (temsil olunan) ciddi biçimde risk altına sokabilecek işlemleri⁸⁷ (olayın özelliklerine veya bunların olağan dışı bir nitelik taşıyıp taşımadıklarına hiç bakılmaksızın) tamamen *objektif* biçimde değerlendirdiği çok açık olarak görülür. Gerçekten, BK. m. 388/III çerçevesinde, "dava açmanın", "sulh olmanın", "bağışlama yapmanın" vs. özel yetkiyi gerektirmesi için bunların olayın özelliklerine göre değerlendirilip "mutat (olağan) dışı" bir dava açma veya yine "olağan dışı" bir sulh yahut bağışlama vs. olması aranmamıştır. BK. m. 388/III dışında kalan bazı haller bu maddedeki sayıma ekleneceği vakit, bizzat kanunun kabul ettiği kriterlerden ve yöntemden ayrılmak söz konusu olamaz. Aksi halde, çok değişik takdirlere konu olabilecek "olayın özellikleri, olağan dışı sayılabiliş sayılamama" gibi unsurlar sebebiyle, bir olayda özel yetkiye ihtiyaç olup olmadığını, uzun incelemeler sonucu elde edilecek kesinleşmiş mahkeme kararından önce kimse bilemez. Diğer taraftan, varılacak sonuç, her olayın özelliklerine göre değişebileceğinden (örneğin, BK. m. 388/III'de öngörülen işlemler arasında yer almayan tahliye taahhüdü bir olayda özel yetkiyi gerektirir, diğer olayda gerektirmez sayılabilecektir), Medeni Usul Hukukunda olduğu gibi, mahkeme kararları yolu ile BK. m. 388/III'e eklenecek belirli işlem tiplerinin kesin biçimde belli edilmesi de mümkün olamaz ki, bundan hukuki güvenliğin sağlanması düşüncesi büyük zarar görür.

Bu açıklamaların ışığında, biz, BK. m. 388/III'de sayılanlara eklenebilecek haller için, bunların, *bu hükümde sayılanlarla bir tutulabilecek bi-*

42

86) Federal Mahkeme, Yargıtay'ın metinde incelenen kararında da yollama yapılan 15.5.1973 tarihli kararında (BGE 99.II.39, JdT 1974.I.162), temsil yolu ile yapılması mümkün her çeşit işlemi yapması için yetkilendirilen genel vekilin taşınmazların devri ve ipotek edilmesi gibi özel yetkilerle de donatılmış olmasından hareket ederek, daha az önemli ödünç alma işlemini de yapabileceği sonucuna varmıştır. Şu noktayı gözden kaçırmamak gerekir ki, ödünç alma işlemi (ister doğrudan doğruya ister kıyas yoluyla uygulansın) BK. m. 388/III anlamında özel yetkiyi gerektirecek bir işlem olmadığından, buna ilişkin yetkinin açık biçimde verilmiş olması aranmaz.

87) Bkz. **Tanriver**, not 81'de age, s. 41 ve orada anılan **Şenocak**.

çimde, temsil olunan açısından en az BK. m. 388/IIJ'de öngörülenler kadar önem ve risk taşımaları şartını aramakla yetiniyor, ancak bu hükmün uygulanması bu şekilde genişletilirken çok dikkatli ve ihtiyatlı davranmak gerektiğini ileri süren görüşleri de benimsiyoruz.

- 43 Bu açıdan bakıldığı vakit, kiracının verdiği yazılı tahliye taahhüdü her zaman özel yetkiyi gerektirir. Çünkü, bununla kiracı, kira süresinin sonunda kiracıları korumak üzere çıkarılmış 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'un öngördüğü himayeden vazgeçmekte ve yerine göre kendisini sokakta bulmak tehlikesini üzerine almaktadır. Diğer bir örnek olarak anacağımız kefalet sözleşmesi açısından, Yargıtay yerleşmiş içtihadı ile, temsil olunanı kefil sıfatı ile borçlandıracak bu sözleşmeyi yapan temsilcinin BK. m. 388/III anlamında özel bir yetkiye ihtiyacı bulunmadığını kabul etmekte⁸⁸, böylece bir kimseye genel vekaletname vermiş temsil olunanın birdenbire kendisini yüksek miktarda bir kefalet borcunun borçlusu olarak bulma dehşetini yaşamasına kayıtsız kalmaktadır. Gerçi öğretide, üçüncü görüş taraftan bazı yazarlar, somut olayda kefaletin genel vekil tarafından yapılmasının, temsil olunan bakımından olağanüstü bir işlem oluşturması durumunda özel yetki aramak gerektiğini savunarak Yargıtay'ın görüşünü yumuşatmaya çalışmışlardır⁸⁹. Bizce, kefalet gibi bir çok gerçek veya tüzel kişinin felaketine yol açan son derece tehlikeli bir işlemin temsilci aracılığı ile yapılması, her zaman, kıyas yolu ile uygulanacak BK. m. 388/III gereği özel yetkinin bulunması şartına bağlıdır⁹⁰.
- 44 BK. m. 388/111 hükmünün özel yetki aradığı hallerde, bu sınırlama iyi-niyetli üçüncü kişilere karşı da sonuç doğurur⁹¹. Aynı şey, BK. m. 388/III'ün kıyas yolu ile uygulandığı haller için de geçerlidir.
- 45 Temsil yetkisinin sınırları "kanun" tarafından çizilmek suretiyle gösterildiği vakit, BK. m. 388/III hükmü bu sınırların kapsamı içinde kalan işlemlerde uygulanmaz⁹². Örneğin, ticari mümessil, taşınmaz devri ve taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulması hariç, işletmenin amacına dahil her türlü işlemi yapmaya BK. m. 450 hükmü ile yetkili kılınmıştır. Şu halde, o, BK. m. 450'nin çizdiği sınırlar içinde kalmak kaydı ile, BK. m. 388/III'de sayılan işlemleri de özel yetki aranmaksızın yapabilir⁹³.

88) Örnek olarak bkz. Yarg. 11. HD., 1.10.1985, E. 4637, K. 4942 (Karabasan, TBH, ÖBİ 2002, c. 2, s. 990).

89) Bkz. yukarıda not 81'de anılan **Tandoğan ve Reisoğlu**.

90) Bu düşünce garanti sözleşmesi için de geçerlidir. Fikrimizce, bu konudaki tartışmaları önlemek üzere, *de legeferenda*, BK. 388ffil'de sayılan işlemlere kefalet ve garanti sözleşmelerini de eklemek yerinde olur. Aynı düşünce tahliye taahhüdü için de geçerlidir.

91) **Weber**, Basler Komm., Art. 396, N. 14.

92) **Fellmann**, Art. 396, N. 123.

93) **Arkan**, Ticari İşletme Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2006, s. 162 vd.

Genel vekil, özel yetki gerektiren bir işlemi böyle bir yetkisi olmadığı halde yaparsa, uygulanacak hükümler Borçlar Kanununun yetkisiz temsile ilişkin 38 ve 39. maddeleri olacaktır.

3. Konu Dışında Kalan Esaslara Göre Yetkinin Kapsamının Belli Edilmesi

Burada çok çeşitli ihtimaller karşımıza çıkabilir. Örneğin *kişi* açısından sınırlama getirilebileceği gibi ("Şu mc!l.Lsade_c Ü' e satmak üzere yetki veriy 9ru.m" v²ya "Ü dJş mda herhangiLbir kinis e e ira a verme² üzere yetkilendiijyofll.IIL), belirli bir yeci.çin geç er.li olmakJL²re etki verilmesi):Ol !!na da gidilebilir ("Ankara şubemizin tüm işlerini görmek üzere yetkilendirilmiş bulunuyÖrsunuz"). Yetkinin belirli bir süre ile sınırlı olarak verilmesine, yahut bir şarta bağlanm;-s{na d-a bir engel yoktur⁹⁴. Yetkinin orrlikte kullanılmak üzere oirden fazla kimseye verilmesi-temsilciye bir başkasını temsilci olarak yetkilendirme imkanının tanınması, temsilcinin kendi kendisi ile veya iki tarafı temsilen işlem yapmasına izin verilmesi gibi haller de buraya girer. Son sayılan örnekleri aşağıda ayn ayn ele alıp inceliyoruz.

VI. Birlikte Temsil Yetkisi ve Alt Temsil Yetkisi

1 B• likt T •1y tki./b•Y'c:L- +=="L'<... *lcf*, c.7f• 1 1
 • ir e emsı e sı e-lt'.le,, -6;r.'-ris *uhx*: { " " < < c . . . , I --1 1S- ic ,

a. Genel Olarak

Temsil olunan, bir tek kişiye temsil yetisi verebileceği gibi ("tek başına temsil"), birden fazla kişiyi de temsile olarak ip.J_Çİe.Qilır ("birlikte temsil"). DikkaT edilmesi gereken nokta şudur: Birlikte temsilden söz edebilmek için, birden fazla temsilcisi E>! ?l i ş is in ?ya ?aylll kollt/la7-da jşif! l yapmak iliere yetkilendirilini olma şı şartı⁹⁵. Örneğin, bi.r_kimse_T1'i kiralan toplamak, T2'yi taşınmazlarını satmak üzere y_etkil??djrm.işse, birlikte temsilden oahsedilemez. Bu omekte-iki ayn tek başına temsil vardır. Buna karşı, taşınmazları satmak üzere T1 ve T2 yetkilendirildiği vakit, her iki temsilci de aynı konuda yetkilendirildiği için, birlikte temsil olgusu gerçekleşmiştir.

b. Çeşitleri

Birlikte temsil iki biçimde karşımıza çıkabilir:

aa. Müteselsil (Davanısmalı, Zincirleme) Temsil

Bu ihtimalde, temsilcilerden her biri, tek başına işlem yapmaya yetkili-

94) Bkz. **Zicb**, Art. 33, N. 110 vd.; **Eren**, s. 401.

95) **Zicb**, Art. 33, N. 62.

dir. Örneğin, T₁ ve T₂ taşınmaz satışı için müteselsil olarak yetkilendirilmişse, sadece T₁'in veya sadece T₂'nin temsil olunan A adına yaptığı işlem sonucu, A borç ilişkisinin tarafı olur.

bb. Elbirliğiyle (Ortaklaşa) Temsil

- so Bu halde, işlemin temsil olunan A için hüküm ve sonuç doğurması, *temsilcilerin tümünün* bu işlemi A adına gerçekleştirmek üzere iradelerini beyan etmiş olmalarına bağlıdır. İlke olarak, temsilcilerin hep birlikte hareket etmeleri, yani bir araya gelip aynı anda iradelerini beyan etmeleri gerekmez. Onların, içlerinden biri tarafından yapılan işleme sonradan da katılmaları mümkündür. Bu gibi durumlarda, en son temsilcinin de rızasının eklenmesiyle (örneğin adi yazılı şekilde yapılan bir sözleşmede son imzanın da tamamlanmasıyla) işlem, temsil olunan açısından hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar⁹⁶. Öğretiye göre, bu rıza, yapılan işlemi ve içeriğini öğrendikten sonra, diğer temsilcilere veya üçüncü kişilere yöneltilecek bir icazet şeklinde de verilebilir⁹⁷. İşlem henüz yapılmadan, temsilcilerden birinin diğerlerinin yapacağı işleme izin vermekle yetinmesi de mümkündür, yeter ki, izin verence bilinebilir biçimde *içeriği ana unsurları ile belli olan somut bir işlem* söz konusu olsun. Yoksa, önceden, genel olarak diğerlerinin yapacağı işlemlere rıza gösterildiğinin bildirilmesi veya onlara (sırf belirli türdeki işlemlere ilişkin olarak dahi olsa) "istediğinizi yapın" diye genel bir yetki verilmesi, elbirliğiyle (ortaklaşa) temsilin temsil olunanı koruyucu amacı ile bağdaşmadığı için geçerli olmaz⁹⁸.

Bütün bu açıklamalar geçerliliği *resmi şekle* tabi işlemler söz konusu olduğu zaman değerini kaybeder. Bu gibi işlemlerde, elbirliğiyle (ortaklaşa) temsil yetkisine sahip temsilcilerin hep birlikte resmi memur önünde hazır bulunmaları ve düzenlenecek resmi senedi imzalamaları gerekir⁹⁹.

Çok defa elbirliğiyle hareket ilkesi şu şekilde yumuşatılır: Örneğin, beş temsilci ortaklaşa temsil yetkisine sahip oldukları halde, temsil olunan, bunlardan herhangi ikisinin rızasını yeterli görebilir. Yetki bu şekilde verilmişse, T₁, T₂, T₃, T₄ ve T₅'den ikisinin, örneğin T₁ ve T₃'ün imzaladığı bir sözleşme geçerlidir¹⁰⁰.

96) **Zicb**, Art. 33, N. 70; **v. Tuhr/Peter**, § 42, X, s. 375.

97) **Gauch/Schluemp/Schmid**, N. 1431.

98) **Gauch/Schluemp/Schmid**, N. 1432; **Bucher**, AT, s. 636-637; **v. Tuhr/Peter**, § 42, X, s. 375-376; **Zicb**, Art. 33, N. 70.

99) Bu açıklıkla ifade edilmemiş olmasına rağmen, **Bucher** (AT, s. 637, not 131) ve (şekil bükümü) **Jerine** ortaklaşa temsil yetkisine sahip tüm temsilcilerin uyması gerektiğini bildiren) **Zicb** (Art. 33, N. 70) tarafından yapılan açıklamalar ister istemez metinde belirtilen sonuca götürür.

100) **Zicb**, Art. 33, N. 64; **v. Düren**, s. 155; **Gauch/Schluemp/Schmid**, N. 1429. İsviçre Hukuku uygulamasında bu tip ("ikili") elbirliğiyle temsilin esas alındığı anlaşıyor.

Ne va.kit müteselsil, ne vakit (en nğır vcyn yumuşatılmış şekliyle) elbirliğiyle (ortaklaşa) temsil var sayılacaktır? Bu sonunun cevabını verebilmek için, temsil olunanın yetki vermeye yönelik beyanının incelenip yorumlanması gerekir. Yaygın olan bir düşünceye görs temsil olunanın temsilcilerden her birine sadece onun adını taşıyan ayrı bir yetki belgesi-ve-nnesi müteselsil temsil yetkisi, bütün temsilcilerin adı anılarak tek bir yetki belgesi düzenlenmesi ise elbirliğiyle (ortaklaşa) temsil yetkisi olarak değerlendirilir.¹⁰¹ Diğer taraftan, temsil yetkilerinin dayandığı temel ilişki bir vekalet ilişkisi ise, BK. m. 395/II uyarınca, aksi kanıtlanmadıkça, elbirliğiyle (ortaklaşa) temsil lehine bir karinenin varlığı kabul edilmek gerekir¹. Öğretide, BK. m. 395/II'de öngörülen birlikte hareket etme karinesinin sadece vekalet vereni (temsil olunanı) *borç alıma sokacak işlemler* bakımından geçerli olduğu, buna karşı, vekalet vereni (temsil olunanı) *korumak* üzere yapılacak işlemlerde, vekalet sözleşmesine dayalı olarak yetkilendirilmiş temsilcilerden her birinin tek başına hareket edebileceği belirtilmektedir¹⁰³. Nitekim HUMK. m. 64 uyarınca, birden fazla avukata vekalet verildiği vakit, bu avukatlardan her biri vekalet vereni temsil yetkisini yalnız başına kullanabilir. Birden fazla avukatın davayı takip konusunda yetkilendirilmesi, ister başlangıçta, ister sonradan (birinci avukatın rızası alınarak) gerçekleş'in, sonuç e ğ i şmez¹⁰⁴.

Birden fazla temsilci arasında, sırf vekalet konusu olan işi görmek üzere, bir adi şirket ilişkisinin olduğu durumlarda¹⁰⁵ şu problem karşımıza çıkar: Adi şirkette, ortaklardan her biri tek başına tüm ortakları temsil yetkisine sahip sayıldığına göre (BK. m. 525/I, 533/c. 3), elbirliğiyle temsil karinesini koyan BK. m. 395/II'ye mi, yoksa tam tersi çözümü esas alan adi şirket hükümlerine mi üstünlük tanınacaktır? Tartışmalı olan bu konuda, biz, temsil olunanı koruyucu BK. m. 395/II hükmünü üstün tutan görüşe katılıyoruz¹⁰⁶.

Birden fazla temsilciye elbirliğiyle (ortaklaşa) temsil yetkisi verilmiş dahi olsa, *pasif temsil* açısından elbirliği kuralı yürümez. Şu halde, bu gibi durumlarda, temsilcilerden sadece bir tanesine karşı yapılmış bir beyan (örneğin bir fesih veya dönme beyanı) hukuki sonuç doğurur¹⁰⁷. Bunun

101) v. **Tuhr/Peter**, § 42, X, s. 375; **Züich**, Art. 33, N. 67. Krş. **Bucher**, AT, s. 636, not 125.

102) **Fellmann**, Art. 403, N. 144, 169, 174; **Hofstetter**, s. 145; **Tandoğan**, II, s. 572. Temsil yetkisi başta ortaklaşa kullanılmak üzere verilmiş bile olsa, temsil olunan, sonradan vereceği bir talimatla temsilcilere yalnız başlarına hareket etme yetkisini tanıyabilir (**Tandoğan**, II, s. 573).

103) **Gautschi**, Art. 403, N. 1 ile; **Tandoğan**, il, s. 573; **Fellmann**, Art. 403, N. 172.

104) **Kuru**, cilt II, s. 1306.

105) Bkz. **Fellmann**, Art. 403, N. 137; **Tandoğan**, il, s. 571-572.

106) **Fellmann**, Art. 403, N. 178-179; **Tandoğan**, II, s. 573.

107) **Bucher**, AT, s. 636, not 128; v. **Tuhr/Peter**, § 42, X, s. 376.

gibi, "bilgide temsil" açısından¹⁰⁸, elbirliğiyle temsilcilerden sadece bir tanesi tarafından öğrenilen bir olgu, temsil olunanca da biliniyor sayılır¹⁰⁹.

T1 T-z. J' Je-l-L'h L I/

2. Alt Temsil Yetkisi /

- 54 Temsilci, ilke olarak, temsil oJunarn bizzat, temsil etm?li?..zira, temsil yetkisi ona ki iliği ?e Ol !YY}an üven sonucu verilmjs !jr. Bununla birlikte, ve alet hükümleri arasın?? Y?.Jllan e Y-erine göre kıy..asyolu ile uy gulama alanı bulabilece BK. m. 390/III'de öngörülen hallerde (temsil olunan onu bu ko iÜda yetkiliJalmışsa veya O urumun gereği buna mecbur kalınmışsa yahut bu yolda bir adet varsa), _temsilci T₁, bir başkasına T₂ temsil yetkisi vere !?i}ir: y? bir alt temsilci tayin edebilir¹¹⁰. Herhalde temsil olunanın (örneğin iş özel bir uzmanlığı gerektirdiği için) sözleşmenin temsilci tarafından şahsen yapılmasında korunmaya değer menfaati bulunan durumlarda (bazı yazarlara göre BK. m. 67 hükmünden kıyas yolu ile yararlanılarak) alt temsilciye yetki verilmesi kabul edilemez¹¹¹.

Öğretide çok defa iki çeşit alt temsilin bulunduğu belirtilir. Ancak aşağıda göreceğimiz gibi, bunlardan bir tanesi hakkında oybirliği olduğu halde, "gerçek olmayan alt temsil" diye adlandırılan ikincisi günümüzde geniş ölçüde reddedilmektedir./ *j₁ p J1e_1 rcrvn L.*

a. Gerçek Alt Temsil

- 55 Bu ihtimalde, temsil olunan A'nın temsilcisi olan T sahi oldl!ğu temsil yetkisine dayanarak T2'yi, A ad ina ye A.!Y-ı-doğnıdan, do.ğncy.a-temsil etmek üzere alt temsilci olarak y..e.tkilendianıştı: G.ötiildü@ gibi alt temsilci T₂, kendisini yetkilendiren T₁'in değil, fi qğr u d.an dağry.Y-a....temsil olunan A'nın temsıTCısidir. Onun, A adına yapacağı hukuki işlemler sonucu T₁ değil, fakat A alacaklı borçlu sıfatlarını elde edecektir¹¹². Alt temsilciye verilen yetkinin kapsamı, yetkilendirme işlemini gerçekleştiren asıl temsilci

108) Bu kavram için bkz. yukarıda § 45, N. 5.

109) **Zich**, Art. 33, N. 68.

I IO) Örneğin, kendisine temsil olunan tarafından açıkça alt temsilci tayin etme yetkisi verilmemiş olan bir temsilci, hastalandığı için belirli bir tarihte gerçekleşecek sözleşmeyi bizzat yapamayacak duruma düşmüşse, bir alt temsilciye yetki verebilir (Bkz. **Zich**, Art. 33, N. 72).

111) **Zich**, Art. 33, N. 72; **Bucher**, AT, s. 634, not 118; **Köhler**, 28.A., § 11, N. 58; **Esener**, not 14'de age, s. 90.

112) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1449; **Zich**, Art. 33, N. 71; Yarg. HGK, 13.12.1974, E. 973/f-523, K. 102, **Özkaya**, not 8'l'de age, s. 525. Kural olarak, alt temsilci (T₂)'yi yetkilendiren asıl temsilci (T₁)'in temsil yetkisi bu yetkilendirme dolayısıyla son bulmaz. Meğer *ki*, (T₁) sadece bir alt temsilci bulup ona yetki vermek için yetkilendirilmiş bulunsun. Bu ihtimalde, (T₂)'nin yetkilendirilmesi ile birlikte (T₁)'in yetkisi sona erer (LareD7/Wolf, § 47, N. 40; **Medicus**, AT, N. 950).

T₁'in beyanına göre belli edilecektir. Hiç kuşkusuz, T₁, alt temsilci T₂ lehine, kendi temsil yetkisinin sınırlarını aşan bir yetkilendirme yapmak imkanından yoksundur. Örneğin, belirli bir malı en fazla 1000 üzerinden satın alması için yetkilendirilen T₁, T₂'ye aynı malı dilediği fiyatla satın alması için yetki veremez. Buna karşı, T₁, T₂'ye verdiği alt temsil yetkisinin kapsamını kendi yetkisine nazaran daha dar tutmuş olabilir¹¹³. Şurasını ekleyelim ki, temsil olunan A, dilerse asıl temsilci T₁'e, kendi yetkisinden daha geniş kapsamlı bir yetki ile donatılmış bir alt temsilci tayin etme kudretini tanıyabilir¹⁴. Gerçekten, T₁'i temsilci olarak yetkilendirdikten sonra, aynı konuda daha geniş kapsamlı bir yetkiye sahip olacak bir başka temsilciye doğrudan doğruya yetki vermek imkanını muhafaza eden A'nın, bu yetkilendirmeyi temsilcisi T₁'in aracılığı ile gerçekleştirmesine bir engel düşünülemez. Bütün bu açıklamaların ışığında, örneğin A'nın T₁'i belirli bir konuda bir yıl için yetkilendirmesi üzerine, T₁'in aynı konuda alt temsilci T₂'yi beş yıl için veya süresiz yetkilendirmesi mümkün olmayacak; fakat A, bir yıl sonra çalışma hayatından çekileceğini bildiren T₁'e kendi yetki süresini aşan bir süre için alt temsilci tayin etme imkanını tanıdığı vakit, buna bir engel görülemeyecektir.

T₁'in temsil yetkisi, kendisinin ölümü, fiil ehliyetini kaybetmesi veya yetkisinin temsil olunan A tarafından geri alınması gibi sebeplerle son bul- 56
 ◆ takdirde, ilke olarak, T₂'nin temsil yetkisi ortadan kalkmaz. Zira, T₁ kendi yetkisi kapsamında T₂'yi yetkilendirince, T₂, A'nın temsilcisi olmuştur ve onun bu yetkisinin varlığını sürdürmesi kendisini yetkilendiren T₁'in yetkisinin devam etmesine bağlı değildir. Şu var ki, T₂'ye alt temsil yetkisi, asıl temsilci T₁'in temsil yetkisi devam ettiği sürece yürürlükte kalmak üzere verilmişse, T₁'in yetkisinin sona ermesi, T₂'nin de yetkisinin düşmesine yol açar¹¹⁵.

Acaba T₁ belirli bir süre ile sınırlı olarak yetkilendirildiği zaman, bu sürenin dolması 57 üzerine onun arada yetkilendirdiği alt temsilci T₂'nin de yetkisi sona erer mi? Bu konuda bir aynın yapılmalıdır:

- Gerek T₁ gerekse T₂ "aynı konuda" (örneğin belirli bir malı satmak üzere) yetkilendirilmişlerse bu soru anlamsızdır. Çünkü, yukarıda açıkladığımız gibi, T₁ temsil olunan A tarafından ayrıca izin verilmiş bulunmadıkça, kendi süresini aşan bir süre için alt temsilci tayin edemez. O, bu yola gittiği takdirde T₂'nin temsil yetkisi, T₁'in süresini aşan bölüm için zaten kısmi butlan (BK. m. 20/11) hükümlerine göre daha baştan hükümsüzdür ve bu durumda ancak geçerli yetkiler için söz konusu olabilecek bir "sona ermeden" bahsedilemez.

113) **Larenz/Wolf**, § 47, N. 41; **Köhler**, 28.A., § 11, N. 58; **Bucher**, AT, s. 635.

114) **Zach**, Art. 33, N. 71; **v. Tuhr/Peter**, § 42, IX, s. 374 ve not 102.

115) **v. Tuhr/Peter**, § 42, IX, s. 374; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1450; **Zich**, Art. 33, N. 73. -Başka türlü: **Becker**, Art. 35, N. 3.

- T₁ ve T₂'nin yetkileri "farklı konulara" ilişkin bulunuyorsa durum bu kadar basit olmayıp ayrıca incelenmesi gerekir. Örneğin, A şirketinin genel temsilcisi T₁, şirket lehine veya aleyhine açılacak davalarda şirketi temsil ebnesi için yetkisi dahilinde bir avukata T₂ yetki vermişse, T₁'in bir ay sonra görev süresini tamamlayıp genel temsilcilikten ayrılması, bir ay önce yetkilendirilmiş avukat T₂'nin şirketi temsil yetkisini sona erdirmez. Bu örnekte, genel temsilci T₁ ve avukat T₂'nin yetkilerinin farklı konulara ilişkin olduğu açıkça görülmektedir. Herhangi bir şekilde avukat sıfatını taşımasına, hatta hukuk öğrenimi görmüş bulunmasına gerek bulunmayan T₁, şirketi mahkemeler ve hakem heyetleri önünde temsil edecek bir avukat bulup ona bu konuda yetki verecek, avukat T₂ ise T₁'in bizzat yapması söz konusu olmayan bir işi yapacak ve şirketle ilgili davaları yargı mercileri önünde takip edip sonuçlandıracaktır. Bu durumda, avukat T₂'nin, T₁'in yetkili olduğu süre içinde yetkilendirilmesi yeterlidir ve T₁'in süresi dolup genel temsilcilikten ayrılması hiçbir şekilde yetki konusu farklı olan avukat T₂'nin şirketi temsilen davalara girmesine engel olmaz. Şu noktayı gözden kaçırmamak gerekir ki, şirket lehine veya aleyhine dava açılması, açılmış davaların sonuca bağlanması genel temsilci T₁'in yetki süresi ile bağlantılı olamayacağından, ona avukat tayini konusunda tanınmış olan yetki ister istemez, hiç değilse örtülü biçimde, kendi yetki süresini aşacak yetkilendirmeler yapma iznini de bünyesinde taşır. Nihayet, avukata verilen temsil yetkisinin kapsamı, bütün bir muhataba karşı yapılan beyanlarda olduğu gibi güven ilkesine, yani T₂'nin (avukatın) yetkilendirme beyanına kendisince bilinebilen tüm olguları dürüstlük kuralının ışığında gereği gibi değerlendirerek vermesi gereken anlama göre belirlenir. Bu açıdan, hiç bir avukatın, kendi yetki süresinin dolmasına bir ay kala yetkilendirme işlemini yapan T₁'in (genel temsilcinin) bu yetkiyi sadece bir ay için verdiğini, elindeki "şirket lehine ve aleyhine açılan ve açılacak tüm davalarda şirketi temsil etme ve bu davaları sonuçlandırma yetkisini" tanıyan vekaletnameye rağmen, bir ay sonra bu yetkinin hükümsüz kalacağını ve kendisinin yetkisiz temsilci durumuna düşeceğini düşünmesi ve kendi lehine yapılan yetkilendirmeyi güven ilkesinin ışığında bu şekilde anlayıp değerlendirmesi istenemez ve beklenemez.

- 58 Alt temsilci T₂'nin temsil yetkisi, temsil olunan A tarafından geri alınabileceği gibi, üstün tuttuğumuz görüşe göre, T₁'in yetki belgesinde bu konuda tersine bir açıklık olmayan hallerde, temsil yetkisi devam eden T₁ tarafından da geri alınabilir¹¹⁶.

b. Gerçek Olmayan Alt Temsil

- 59 Alman Federal Mahkemesinin bazı kararları ve öğretinin bir bölümü, alt temsilin aşağıdaki biçimde gerçekleşecek bir de "gerçek olmayan" türünün bulunduğunu ileri sürüyor. Buna göre, A'nın temsilcisi olan T₁, T₂'yi temsilci olarak yetkilendirirken, bunu temsil olunan A adına değil, fakat doğrudan doğruya *kendi adına* yapmıştır. Bir başka anlatımla, T₂ gerçek alt temsilden farklı olarak, A'nın değil, fakat T₁'in temsilcisidir. Bunun sonucu olarak, T₂, üçüncü kişi Ü ile sözleşmeyi T₁ adına yapmıştır. Bu durumda sözleşme menin hüküm ve sonu lannın A' a de-il sadece temsil olunan konumundaki T₁'e ait olması gerekirken, bu görüş taraftarlarına göre, durum

116) Bu konuda bkz. Gauch/Schluep/Schmid, N. 1450; Medicus, AT, N. 950; Zich, Art. 33, N. 73; Eren, s. 402.

farklıdır. Zira, T₁ de A'nın temsilcisi olduğuna göre, T₂ ile Ü arasında yapılan sözleşmenin hüküm ve sonuçları bir an (mantıksal bir saniye için) bir "geçiş istasyonu" rolünü üstlenen T₁'e ait olmakla birlikte, hemen arkasından otomatik olarak A'ya geçecek ve sonuçta, dolaylı biçimde de olsa, T₂'nin T₁ adına yaptığı işleminden doğan hak ve borçlar yine kendiliğinden A'ya, yoksa T₁'e değil, ait sayılacaktır.

Alman öğretisinde *Flume*¹¹⁷ tarafından bir çeşit mistisizm (gizemcilik) olarak nitelenip eleştirilen bu görüş, günümüzde çoğunluk tarafından yerinde olarak reddedilmektedir¹¹⁸. T₂, T₁'in temsilcisi olmuşsa, T₂'nin T₁ adına yaptığı işlemin sonuçları T₁'e ait olur. Bunların A'ya geçebilmesi için T₁ ve A arasında gerekli devir işlemlerinin yapılması gerekir. Şu halde, bu gibi durumlarda, A açısından gerçek olmayan bir alt temsilden söz açmak doğru değildir.

VII. Şekil

BK. m. 11/I uyarınca, kanunda tersine bir hüküm bulunmadıkça, h işlemlerin geçerliliği bir şekle uyulmasına bağlı değildir. Kanunda, temsil yetkisinin verilmesini şekle bağlayan bir hüküm ver almadığına göre, temsilcinin bu yetkiyi dayımarak ya,2 acağı işlem biT geçerlilik şekline bağlı olsa bile, yetki verme işlemi, (ispat yönünden HUMK. m. 288 hükmü saklı -ıam:nak ere)heq.aO. gL.Jin ş ekle uymaksızın eı:ç elç lıtirilebil ir. O halde, örneğin bir taşınmaz satışı veya satış vaadi, yahut kefalet sözleşmesi yapılması için bir temsilciye temsil yetkisi verilmesi, bu işlemlerden ilk ikisi resmi, üçüncüsü nitelikli bir yazılı şekle tabi oldukları halde, istenirse sözlü olarak dahi yapılabilir. Böylece, İspat Hukuku ile ilgili sınırlamalar bir yana, temsilcinin herhangi bir şekle uyulmadan yetkilendirilmesi geçerlidir. Bugün, Türk Hukuku öğretisi ve uygulamasında hakim olan görüş bu olduğu gibi¹¹⁹, İsviçre Hukukunda Federal Mahkeme¹²⁰de, eski öğretisi ile birlikte¹²¹ bu görüşü paylaşmaktadır. Yeni İsviçre öğretisinde ise, hayli yaygın ve güçlü bir akım, yapılacak işlem için kanunun öngördüğü geçerlilik şekli aynı zamanda düşüncesizce alınmış acele kararlardan koruma amacını gü-

60

117) *Flume*, § 49, 5, s. 837.

118) *Larenz/Wolf*, § 47, N. 44-45; *Medicus*, AT, N. 951; *Gauch/Schluep/Schmid*, N. 1451-1452. Ayrıca bkz. *Zach*, Art. 33, N. 76; v. *Tuhr/Peter*, § 42, IX, s. 374 ve not 102a. •

119) Örnek olarak bkz. Karabasan, TBH, GH, cilt 1 (2003), s. 379 ve orada anılan Yarg. 4.HD.nin 22.12.1967 tarih ve E. 8206, K. 10484 sayılı kararı.

120) Örnek olarak bkz. BGE 81.II.227, JdT 1956.1.150; 99.U.162; 112.II.330.

121) Örnek olarak bkz. v. *Tuhr/Peter*, § 42, I, s. 355. Yeni çıkan eserlerde, eski öğretiye sadık kalan bir yazar olarak *Engel* (s. 384) anılabilir. Krş. *Gauch/Schluep/Schmid*, N. 1350.

düyorsa, bu işleme ilişkin yetkilendirme işleminin de aynı şekle uyulmak suretiyle geçerli olabileceğini ileri sürmektedir¹²².

- 61 Sözünü ettiğimiz görüş awhğ!nın y Jamada en. fazla önem taşıy.an.ör-
neklenden bınısı, taşJ.II!ll lara ilişkin .olarak. tapu sicili müdürlüğü önünde
resmi şekle bağlanması zorunlu tutulmuş işlemlerdir. Tapu Sicili Tüzüğü m.
13ırv-fiiilcmüne-gör-e-yaz-ı-l-l-istem-(-talep) vek-aleten-yapılmışsa, -vekilden
Noterlik Kanununa göre düzenlenmiş ve istem konusu iş!eri ycy, may!/y etkili
o duğunu içerir vekaletname iste!ir". Oys N oterlik K. m. Ş uyannca, ara-
ıannda "tapuda işlem yapılmasını gerektiren sözleşme \:!'e vekaletnamelerin"
de- bulunduğu bazı işleniler, onaylama (imza tasdiki) yoluyla yapılamaz,
bunların mutlaka noterlerce "düzenleme" şeklinde yapılması zorunludur.
Hakim ve isabetli-olan görüşe-göre, Noterlilrlc 1r1. 89 *bir-geçerlilik şartı ge-
tirmiş değildir¹²³. Şu halde, taşınmazın satılması için T'ye temsil yetkisi
veren A, yetkilendirme işlemini (vekaletnameyi) mutlaka noter önünde resmi
şekilde düzenlettirecek ve T, tapu sicili müdürlüğünde temsilci sıfatını tevsik
etmek (kanıtlamak) üzere bu resmi yetki belgesini (vekaletnameyi) ibraz
etmek zorunda kalacaktır. Böylece, tapuda resmi şekilde yapılacak taşınmaz
satışı için, sırf temsilcinin bu sıfatını ispat etmesine yönelik de olsa, noterde
resmi şekilde bir yetki belgesi düzenlenmesi zorunluluğu ortaya çıkmakta ve
temsil olunan, dolaylı biçimde de olsa, resmi şeklin koruyucu etkisinden
yararlanmak imkanını elde etmektedir.

122) **Koller**, I, N. 1402; **Keller/Schöbi**, s. 81; **Watter**, Basler Komrn., Art. 33, N. 14; **Zach**, Art. 33, N. 57; **Künzle**, not 85'de age, s. 140-141 (Son ilci yazar, bazı sınırlamalarla bu görüşe katılıyor). Ayrıca bkz. **Schwenzer**, N. 42.03; **Guhl/Koller**, § 19, N. 3. Türk Hukukunda aynı görüşte: **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 175. -Alman Hukukunda, BGB § 167ff'de yer alan açık hüküm gereği, temsilcinin yapacağı işlem kamın tarafından belirli bir şekle bağlanmış olsa bile, temsil yetkisi bu şekle bağlı olmaksızın verilebilir. Bu hükme rağmen, öğreti ve mahkeme kararları, (her zaman görüş birliği içinde olmaksızın) şeklin koruyucu bir ikaz fonksiyonuna sahip olduğu dururnJarda, BGB § 167 hükmünün sınırlandırılması, yani buna istisnalar tanınmasını kabul ediyorlar. Örneğin (İsviçre-Türk Hukuklarında mümkün olmayan biçimde) geri alınması imkansız bir temsil yetkisi veren temsil olunan, daha o aşamada hukuken kesin biçimde bağlanmış sayılacağından, bir taşınmaz satışı için gerçekleştirilen bu tip yetkilendirmelerin, taşınmaz satışı için öngörülen şekle tabi olması gereği herkes tarafından kabul ediliyor (**Larenz/Wolf**, § 47, N. 23 ve not 19; **Medicus**, AT, N. 929). Bir kefalet sözleşmesinin yapılması için kefil olacak kişi tarafından verilen temsil yetkisinin yazılı şek.ilde yapılması ve kefalet senedinde yer alması zorunlu tfun unsurları (alacaklının ve asıl borçlunun kimlikleri, ana borç ve kefilin yüklendiği edim) içermesi gerektiği ileri sürülüyor. Öğretide, daha ileri giderek, sadece belirli hallerde değil, fakat temsilci tarafından yapılacak işleme ilişkin şekil hükmünün koruyucu amacının gerektirdiği tilin durumlarda yetkilendirme işleminin de aynı şekilde yapılması gerektiğini savunan görüşlere rastlanıyor (Bütün bu açıklamalar için bkz. **Köhler**, 28.A., § 11, N. 27). Bu vesile ile belirtelim ki, İsviçre Hukukunda da, İsviçre BK. m. 493M uyannca kefalet sözleşmesi yapılması için verilen özel yetkinin kefalet için öngörülen şekil şartlarına uyması gerekiyor.

123) Örnek olarak bkz. **Karabasan**, TBH, GH, cilt 1 (2003), s. 380 ve not 326; Yargıtay İctihadi Birleştirme Kararı, 26.11.1980, 5/3.

VIII. Temsilcinin Kendi Kendisiyle veya Her İki Tarafın Temsilcisi Olarak İşlem Yapması

A bir malının satışı için T'ye temsil $\diamond$ tkisi vermiştir. T hu...malt bizzat kendisi için saJJn...almay..a karar: yerirse, bu satış $\diamond$ emi iç $\diamond$ an...s $\diamond$ ticı -A adına temsilci sıfatı yJa,-diğer-yandaD.-da..alıcı-olai:ak-kendLadına..b $\diamond$ yanda lmlunarak sö $\diamond$ leşip $\diamond$ yi ktg a b.ilecektir. KuraLolara bir söz].şmede iki tarafın kar-ılıklı irade beyanı gerekli olduğu halde, bu ihtimaldet,emsilcinin "kendi.kendisiyle"--işlem- yapması -sö'z-koiusudur,-yani sözleşme $\diamond$ 'fok bir kişi"! $\diamond$ rafından kurulmaktadır.

İkinci bir ihtimal şudur: Hem A_1 , hem de A_2 temsilci olarak a nı kişiyi T'yi yetkilendirmiştir. Bu durum a 'in ev LA.1'.ytliralamak için, T, hem A_1 he $\diamond$ $\diamond$,(\.2 adıp.a ! $\diamond$ $\diamond$ ş U $\diamond$ i $\diamond$! fatıyla beyanda bulunmakla y $\diamond$ Jin.ebile.cektir. Burada T, "her iki tarafın temsilcisi" olara,k karşımıza çıkmakta ve sözleş- $\diamond$ "fne "tek bir kiş'iru.ı" ilatara{adına yap_tığı irad $\diamond$ beyai)lanı il $\diamond$ m $\diamond$ ydana g $\diamond$ $\diamond$ İçtedir. - - - -

Her 'iki ihtimalde de, sözleşm $\diamond$ normal durumdan ayrılarak karşılıklı irade beyanında bulunan iki kişi bulunmaksızın "tek bir kişi" tarafından kurulduğundan, temsil olunan QID'iik bir tehlike altındadır. Zira, karşılıklı çıkarların her ikisinin...kOummasula...tek b.ir...kişiyeye, temsilci)re emanet $\diamond$ dil-miş bulunmakt $\diamond$. Temsilci kendi kendisi ile sözleşme yaparken, onun kendi çıkarlarını üstün tutarak temsil olunanın çıkarlarını çiğnemesi ihtimali büyüktür. Her iki tarafı birden temsil eden temsilci de, çok defa, bunlardan birinin çıkarlarını korurken, diğerini feda edecektir¹²⁴. Alman Hukukunda, bu noktayı gözönünde tutan BGB § 181, açık bir hükümle, iki istisna dışında temsilcinin kendi kendisiyle veya iki tarafın temsilcisi olarak işlem yapmasını yasaklamıştır. Öngörülen istisnalardan birincisi, temsil olunanca bu tip işlemlere izin verilmiş olması, (hayli dar biçimde ifade edilmiş) ikincisi ise, bu yoldan gerçekleşecek işlemin sadece bir borcun ifasından ibaret bulunmasıdır.

İsviçre-Türk Hukuklarında bu yolda bir hüküm kanunlarda yer almadığı halde, kanundaki boşluk (MK. m. m. 1/II) doldurulmak suretiyle, BGB § 181 hükmünden esinlenen bir çözüm genellikle benimsenmiş ve aşağıda belirtilen iki istisna bir yana, temsilcinin kendi kendisiyle yahut iki tarafın temsilcisi olarak işlem yapmasına izin verilmemistir¹²⁵.

124) Larenz/Wolf, § 46, N. 125.

125) Özellikle bkz. Schott, Insihgeschäft und Interessenkonflikt, Zürich 2002, s. 30 vd., 46; Fehlmann, Art. 398, N. 106; BGE 127.ill.333; Oğuzman/Öz, 4. bası, s. 179; Eren, 9. bası, s. 404 vd. -İsviçre Hukukunda, Engel (s. 415-416) bu çözüme karşı çıkmaktadır. Ona göre, gerek 1881 gerekse 1911 tarihli Borçlar Kanunları hazırlanırken İsviçre Kanun koyucusu bu problemi ve buna ilişkin olarak yabancı kanunlarda

- *Birinci istisna*, temsil olunanın temsilciye, "kendi kendisiyle işlem yapmak" veya "her iki tarafı da temsil etmek" s-üretiyle sözleşme yapabilmes-i -ç-in izin venniş olmasıdır. Bu izin, gerçekte, temsilciye bu konulara ilişkin olarak ek bir temsil yetkisi verilmesi yani onun yetkisinin genişletilmesi anlamını taşır¹²⁶ ve varması gerekli açık bir irade beyanı ile gerçekleştirilebileceği gibi, yerine göre güven ilkesine göre değerlendirilecek örtülü (zımrı) bir beyan da yetebilir¹²⁷.

İmin kapsamı değişik biçimlerde karşımıza çıkabilir. Belirli bir tek işleme yahut belirli bir türe dahil olan veya olmayan tilin işlemlere ilişkin olarak izin verilmesi mümkündür. Bunun gibi, sadece temsilcinin kendi kendisiyle işlem yapmasına veya sadece onun ilci tarafı temsil etmesine izin verilmiş de olabilir. Geniş kapsamlı bir yetkiye sahip temsilcinin bu yetkisini, kendi kendisiyle veya ilci tarafı temsilen işlem yapacağı zaman daha dar sınırlar içinde kullanabilmesi de öngörülmüş olabilir¹²⁸.

-ffincListisna, Yfill!filı işle nit?Eğ ? gözö! lünEe tutularak, temsilcinin kendi k?ndisiyle yahut iki tq@{ı temsite.!1 işlem x aı:mıasında temsil olunan açısından bir zarar g?! İlle tehlikes?in bÜlunmamasıdır. Bu konuda öğretilde en sık verilen örneklerden birisi, temsilci tarafından satılacak veya sahn alınacak malın borsaya kayıtlı olması veya belirli bir piyasa değerinin bulunmasıdır. Genellikle kabul edildiğine göre, bu gibi durumlarda, işlem ister istemez borsa veya piyasa değeri üzerinden yapılacağı için, temsilci işlemi kendi kendisiyle veya her iki tarafı temsilen yapsa bile, temsil olunanın bundan zarar görmesi söz konusu olamaz¹²⁹. Bu görüşe kayıtsız şartsız katılmak mümkün değildir. Vanlan sonuç ancak piyasa fiyatlarının istikrarlı olduğu, yani oynaklık arz etmediği durumlarda kabul edilebilir¹³⁰. Buna karşı, özellikle borsaya kayıtlı mal ve değerlerde olduğu gibi, fiyatların durmadan değiştiği bir ortamda, temsilci için, "kendisine" veya aynı zamanda temsilcisi olduğu "diğer temsil olunana", karşı taraf aleyhine çıkar sağlamak için fiyat dalgalanmalarının en uygun olduğu günü bekleyerek

öngörülen çözümleri biliyordu. Bu durumda, yazara göre, kamın boşluğu görüşünü bir yana bırakmak ve temsilcinin kendi kendisiyle yaptığı sözleşmeyi geçerli sayıp, sadece temsil olunanın yetkisini kötüye kullanan temsilcisine karşı sözleşmeye aykırılık veya haksız fiil esaslarına göre açacağı bir tazminat davası ile yetinmek daha doğrudur. Biz bu görüşe katılmıyoruz ve etraflı bir tartışmaya girmeksizin, sadece mali gücü zayıf bir temsilciye karşı açılacak tazminat davasının pratik bir yarar sağlamayacağı ihtimallere dikkatleri çekmekle yetiniyoruz. (Örneğin, parası, malı mülkü olmayan bir temsilci, iki tarafı temsilen hareket edip bir malı ucuza satıyor ve parayı satıcı durumundaki temsil olunana teslim ediyor).

126) **Larenz/Wolf**, § 46, N. 131.

127) **Schott**, not 125'de age, s. 184; **Keicher**, Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters, Bem 1940, s. 60; **Zich**, Art. 33, N. 81, 90.

128) **Schott**, not 125'de age, s. 174; **Zich**, Art. 33, N. 81.

129) **Watter**, Basler Komm., Art. 33, N. 19; **Zich**, Art. 33, N. 83; **Fellmann**, Art. 398, N. 111; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 179.

130) Ayrıca bkz. **Eren**, 9. bası, s. 405; **Bucher**, AT, s. 639.

işlem yapma imkanı doğar. Bu gibi oynak piyasa ve borsa fiyatlarının söz konusu olduğu ihtimallerde, ancak "işlemin yapılacağı tarih" bizzat temsil olunan tarafından belirlenmişse, onun, temsilcinin kendi kendisiyle veya iki tarafı temsilen işlem yapmasından olumsuz etkilenme ihtimali bulunmadığı sonucuna varılabilir¹³¹.

Öğretide çok defa aranan bir başka şart ise, J<arşılıklı ifanın hemen ger-
çekleşeceği ve a ödemenin derhal (peşin olarak yılaca:ı ır işlemin
imlünırnisicli^f ız, bu-konuda, katı bir kural koymaksızın meselenin
çözümünü olayın özelliklerine göre belirlemeyi daha isabetli sayıyoruz^{131b}.

Yukarıda yazılı iki istisnadan hirnLQulu!ln iaksızın yapılan işlemler, 64
temsilcinin yetkisi bulunmaksızın Y2-.Rttğı işlemlerdir..-1lii.iilar:nillTnda
Borçlar-Kamın.unun yetkisiz temsile ilişkin hükümleri uygulanır (BK. m.
38-39)Şuli^{de}, askıda hükümsüz olan işlem, temsil olunanın icazet ver-
m^{si} halinde yapıldığı andan itibaren g^{çerlilik} kazanır¹³².

Tartışmalı olan bir konu şudur: "Kendi kendisiyle sözleşme yapma" veya ..İki tarafı 65
temsilen sözleşme yapma" yasaklarına ilişkin kuralın temelinde "temsilci ile temsil
olunan arasında çıkar çatışması olan hallerde, temsil olunanı koruma" düşüncesi yat-
maktadır. Bu noktadan hareketle, bu yasak, temsilcinin tek başına sözleşmeyi kurduğu
ihtimallerle sınırlı olmaksızın, çıkar çatışmasının ortaya çıktığı, özellikle temsilcinin
temsil olunanın çıkarlarını bir köşeye itip kendi çıkarları için hareket ettiği her olayda
("şekli" değil "maddi" anlamda "kendi kendisiyle veya her iki tarafı temsilen sözleşme
yapma") uygulama alanı bulabilir mi? Bu konuda en sık verilen örnek şudur: A'nın
temsilcisi olan T, bu yetkisini tamamen kendi çıkarları için kullanarak kendisinin Ü
bankasına karşı olan borcu için, temsil olunan A adına Ü ile bir kefalet sözleşmesi ya-
pıyor, yani bu yoldan A, temsilci T'nin bankaya karşı borcu için, T'nin kefil durumuna
sokuluyor. (Uygulamamızda kefalet için özel yetki şartı aranmadığından, bu örnekte
temsilciye açıkça kefil olma yetkisi tanınmış olabileceği gibi, onun eline sadece genel
bir vekaletname verilmiş olması da yeterlidir). İsviçre Hukukunda, Borçlar Hukuku ya-
zarlarının büyük bir bölümü, bu ihtimalde A ile T arasındaki çıkar çatışması dolayısı
ile, "kendi kendisiyle işlem yapma" yasağına ilişkin ilkeyi (temsilcinin tek başına her
ilci taraf için de irade beyanında bulunması söz konusu olmadığı halde) kıyas yolu ile
uyguluyor ve T ile Ü arasında A adına imzalanmış kefalet sözleşmesinin, BK. m. 38
hükmü çerçevesinde, geçersiz olacağı sonucuna vanyor¹³³. Biz Alman öğretisi ve mah-

131) **Schott**, not 125'de age, s. 131 vd., özellikle s. 137. Öğretide, ayrıca temsilci tarafın-
dan yapılacak sözleşmenin tüm şartlarının önceden temsil olunan tarafından kesin bi-
çimde tespit edilmiş olması halinde, ikinci istisnanın geçerli olabileceğine işaret
edilmiştir (**Engel**, s. 414).

131a) **Gubl/Koller**, § 18, N. 15; **Schott**, not 125'de age, s. 134; **Eren**, 9. bası, s. 405.

131b) Ayrıca bkz. **Zach**, Art. 33, N. 85.

132) **Zach**, Art. 33, N. 87; **Schwenzer**, N. 42.20; **Fellmann**, Art. 398, N. 110, 119. -
Temsilcinin her iki tarafı temsilen işlem yaptığı durumlarda, işlemin geçmişe etkili
olarak geçerlilik kazanması için, her iki temsil olunanın da icazet vermiş olması gere-
kir (**Schott**, not 125'de age, s. 175). Hiç kuşkusuz, olayda, temsil olunanlardan birisi
önceden bu tip işlemler yapılmasına izin vermiş bulunuyorsa, sadece diğer tarafın
icazeti aranacaktır.

133) **Schwenzer**, N. 42.21; **Watter**, Basler Komm. Art. 33, N. 19; **Fellmann**, Art. 398, N.

olayda, temsilcinin temel (iç) ilişkiden doğan sendakat borcunu çığneyerek temsil olunan aleyhine hareket ettiğini ispat etmek zorundadır. Oysa, temsilcinin kendi kendisiyle veya iki tarafı temsilen işlem yaptığı durumların, geçersizlik iddiasında bulunan tarafın, somut olayda temsil olunanın çıkurlarına ters düşen biçimde hareket edilmiş olduğunu ispat etmesi gerekmez. Asıl olun, temsilcinin bu tip işlemlerinin her zımın geçersiz sayılmasıdır¹³⁷. Ancak, temsil olunanın bu tip işlemlere izin verdiği veya somut olayda onun için bir zımın göüne tehlikesinin bulunmadığı ileri sürülüyorsa, bu noktalara dayanan taraf iddiasını ispat yükü altındadır.

İncelediğimiz yasak hükmünü bertaraf etmek için bazı işlemler yapıldığı, örneğin, temsil olunan A'nın bir malını kendisi için satın almak isteyen temsilci T₁, vekaletnamesindeki yetkiyi kullanarak T₂'yi A'nın alt temsilci olarak yetkilendirdiği ve böylece satış sözleşmesi kendi adına beyanda bulunan T ile A adına beyanda bulunan T₂ arasında kurulduğu vakit, Alman Hukukunda hakim olan görüş, kendi kendisiyle işlem yapma yasağına ilişkin BGB § 181 hükmünün kıyas yolu ile bu gibi hallerde de uygulanabileceğini kabul etmektedir¹³⁸. Aynı çözüm Türk Hukuku için de geçerlidir.

Temsilcinin kendi kendisiyle veya her iki tarafı temsilen işlem yapmasına ilişkin yasak kuralı, ilke olarak, tüzel kişilerin temsil organlarına da kıyas yolu ile uygulanır¹³⁹.

§ 47. Doğrudan Doğruya Temsilin Hukuki Sonuçlarının Gerçekleşmesi İçin Aranılan Şartlar

Burada iki şart söz konusu olur. Bunlardan birincisi, temsilcinin temsil yetkisine sahip olması; ikincisi ise, onun temsil olunan "adına" hareket ederek işlemi yapmasıdır.

I. Temsilci Temsil Yetkisine Sahip Olmalıdır

Temsil yetkisinin ne anlama geldiği, nasıl verileceği gibi tüm bilgiler, temsil yetkisine ayırdığımız § 46'da verilmiş olduğu için, burada tekrar edilmeyecektir.

ii. Temsilci Temsil Olunan Adına Hareket Etmiş Olmalıdır

1. Açıklama İlkesi

Bir kimse, bir hukuki işlem yaptığı zaman, o, bu noktayı açıkça belirtmese bile, asıl olan onun "kendisi adına" bu işlemi yapmış olmasıdır. Bunun

137) Schott, not 125'de age, s. 43; Larenz/Wolf, § 46, N. 133.

138) Larenz/Wolf, § 46, N. 140; Medicus, N. 962.-İsviçre Hukukunda aynı yönde açıklamalar için bkz. Watter, Basler Konun., Art. 33, N. 19; Schott, not 125'de age, s. 76 vd.

139) Zach, Art. 33, N. 78; Schott, not 125'de age, s. 54; Zobl, not 133'de age, s. 301; BGE 126.III.361.

sonucu olarak, yapılan işlemin hulkyki sonu ar doğrudan doğruya lce ndisi- ne ait olur ve o (bir borç sözleşmesi yapılmışsa) alacaklı ve borçlu konumuna girer. Temsil yetkisine sahip dahi olsa, temsilci T'nin, üçüncü kişi Ü ile y_a ğ işlemin sonucu, hukuk ilişkisinin T ile Ü değil, fakat temsil olunan A ile Ü arasında kurulabilmesi için, T'nin işlemi yaparken "temsilci sıfatı ile", yani "bir başkası adına" hareket ettiğini Ü'ye bildirmesi gerekir¹. Buna "açığa vurma" veya Türk öğretisinde genellikle benimsenen deyim ile "açıklama ilkesi" denir². Bu ilke, temsil olunanın veya temsilcinin değil, fakat temsilci ile işlem yapan "üçüncü kişinin" çıkarlarını koruyan bir ilkedir. Üçüncü kişi, gerçekte kiminle alacak borç ilişkisi içine girdiğini, bir b a anlatımla sözleşme iliski sinin kar ş i tarafında kimin yer aldığını bilmek istemekte haklıdır. Açıklama ilkesi sayesinde, onun, yaptığı işlemin sonuçlarının kendisi ile işlem yapan temsilci T'ye değil, temsil olunan A'ya ait olacağını öğrenmesi sağlanmaktadır³.

4 Doğrudan doğruya temsilde ilke olarak, temsilcinin üçüncü kişi ile yaptığı işlem sonucu temsili olunan alacaklı ve borçlu sıfatlarını kazandığı için işlem nem onun "adına" hem de onun "hesabına" yapılmış olur. Bir hukuki işlemin bir başkası "hesabına" yapılması demek, o işlemde doğacak bir yandan "yararların ve hakların", diğer yandan ise "risklerin ve yükümlülüklerin" hesabına hareket edilen kişiye ait olması demektir⁴. Dolaylı temsil hallerinde, doğrudan doğruya temsil yetkisi bulunmayan bir vekil, "kendi adına" (vekalet verene) "hesabına" hareket eder. O, kendi adına hareket ettiği için, yaptığı işlemde doğan tüm hukuki sonuçlar, ilk aşamada, vekalet verene değil, fakat kendisine ait olur. Ne var ki, vekilin kendi adına yaptığı bu işlem, aynı zamanda başkası hesabına gerçekleştiği için, bundan doğacak tüm hak ve borçların ikinci aşamada vekalet verene devredilmesi, yani işlemin sağladığı tüm yararlarla birlikte risk ve yükümlülüklerin de sonuçta vekalet verene (dolaylı temsil olunan) geçirilmesi gerekir. Doğrudan doğruya (gerçek) temsilde, temsilci, temsili olunan adına hareket etmekte, daha baştan hem tüm hak ve çıkarların, hem de risk ve yükümlülüklerin (ilmiyet) aşamaya gerek kalmadan derhal temsil olunan

1) Başkası adına hareket edildiği, üçüncü kişiye, işlemin yapılmasından önce veya en geç işlem yapılırken bildirilmiş olmalıdır. Bu aşamadan sonra yapılmış bir bildirim, temsil sonuçlarının doğması için yeterli değildir (**Zich**, Art. 32, N. 54). Bunun tek istisnası, BK. m. 32'ill çerçevesinde, işlemin temsilci veya temsil olunan ile yapılmış olmasının üçüncü kişi açısından farksız olmasıdır.

2) **Eren**, 9. bası, s. 390; **Esener**, Salahiyete Müstenit Temsil, Ankara 1961, s. 97. Alman ve İsviçre Hukuklarında bu ilke için çok defa "Offenheitsgrundsatz" (**Enneccerus/ Nipperday**, s. 1091; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1328), bazan "Offenkundigkeitsprinzip" (**Larenz/Wolf**, § 46, N. 74) deyimleri kullanılmaktadır. "Açıığa vurma" veya "açıklama" ilkesi deyimleri, Almancada kullanılan deyimlerin, anlamı daha açık ve anlaşılır biçimde veren karşılıklarıdır.

3) **Larenz/Wolf**, § 46, N. 74; **Köhler**, 28.A., § 11, N. 18.

4) **Bir**, s. 2; **Droin**, La representation indirecte en droit suisse, Geneve, 1956, s. 53-54.

ait olmasını sağlamıştır. Görülüyor ki, bu ihtimalde, başkası "adına" hareket.li) değilse illfr olarak; başkası "hesabınan da hareket anlamını taşımaktadır. Ne var ki, öğretide... başkası adına işlem yapan temsilcinin ayrıca baş,çası hesabına hareket ettiğini de belirtmesine gerek bulunmadığına yerinde olarak işaret edilmiştir\ Gerek Borçlar Kanunumuz (m. 32/1) gerekse İsviçre BK ın. 32/I ve BGB § 1 64/1, temsilcinin sadece başkası "adına" hareket ettiğini belirtmiş olması ile yetinmişlerdir. Bu hükümler son derece isabetlidir, zira temsilcinin "adına" hareket ettiği kimse ile "hesabına" hareket ettiği kimse, yerine göre, farklı kişiler olabilir. Örneğin yakın dostu T'ye bir iş kwnası için yardım etmek isteyen A, ona verdiği bir temsisi yetkisi iH. Bankasından kredi almasını sağlamıştır. Temsilci T'nin A adına Ü Bankası ile in1zaladığı kredi sözleşme sinin1Ltaraf1an Jiiç..kuşkusuz A ile U'dür. Ne var ki, u sözleşme A dına, fakat bizzat temsilci T hesabına v

ilın.1S! ,ir sözleşme;dir..'-Bu ş sözleşmeye dayanılarak Banka'dan çekilecek para, A ile T arasındaki arılaşm&ya göre tamamen T tarafından kullanılacak vç 1 a-d-i süresi sonunda yine T tarafından faiziyle birlikte Bankaya geri verilecektir. Buna rağmen, T'nin A adına sözleşmeyi imzalaması üzerine temsilin sonuçları gerçekleşmiştir. Çünkü, işlemin temsil olunan A değil temsilci T hesabına yapılmış olması, A ile Ü arasındaki dış ilişkiyi değil, sadece A ile T arasındaki iç ilişkiyi ilgilendirir

6. Eğer, doğrudan doğruya temsilin sonuçlarının meydana gelmesi için, temsilcinin hem temsil olunan "adına" hem de yine onun "hesabına" hareket etmiş bulunması zorunlu olsaydı, verdiğimiz örnekte A onun "hesabına" hareket edilmediği, T ise işlem onun "adına" yapılmadığı için kredi sözleşmesinin borçlusu ve tarafı sıfatı ile Banka'nın karşısında yer alamayacak ve ödenmeyen krediden ötürü, hiç değilse bu sözleşmeye dayalı olarak Banka'ya karşı sorumlu tutulamayacaklardı. Temsil kurumuna duyulan güvenin temelinden sarsılmasına yol açabilecek son derece anlamsız böyle bir çözümün hiçbir şekilde kabul edilemeyeceği çok açıktır.

Öğretide ille önce *Yavuz* tarafından benimsenen, daha sonra *Tekinay/Akman/Bur-*

5

5) **Droin**, not 4'de age, s. 53, not 2, s. 54; **Esener**, not 2'de age, s. 96; **Karabasan**, TBH, GH, cilt 1 (2003), s. 371. -Alınan, İsviçre, Türk öğretilerinde genellikle benimsenen görüşün de bu olduğu, yazarların sadece temsil olunan "adına" hareket edilmiş olmasını yeterli görmelerinden anlaşılmaktadır (Örnek olarak bkz. **Larenz/Wolf**, § 46, N. 74; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1327 vd.; **Zach**, Art. 32, N. 6, 28 vd.; **Eren**, 9. bası, s. 390 vd.). Aksi görüşte olan, temsilcinin mutlaka hem "temsil olunan adına", hem de onun "hesabına" hareket etmiş olmasını arayan ve başkası adına fakat kendi hesabına hareket edilmiş olması halinde, temsil yetkisinin bulunmasına rağmen temsil sonuçlarının doğmayacağını iddia eden **Yavuz'un** (Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, İstanbul I 983, s. 24, not 35), hakını görüşün kendisini desteklediğini ileri sürmesi yanlış olduğu gibi, **von Tuhr** ve **Esener** gibi yazarları kendi görüşünün taraftan olarak göstermesi de isabetli olmaktan uzaktır. (Bkz. **Esener**, not 1'de age, s. 96; **v. Tuhr!Peter**, § 41, I, 2, s. 349; § 44, I, s. 386).

6) Bkz. v. Tuhr/Peter, § 41, I, 2, s. 349.

cuoğlu/Altop tarafından paylaşılan bir görüşe göre, temsil sonuçlarının meydana gelebilmesi için, yetkili temsilcinin hem temsil olunan "adına" hem de onun "hesabına" hareket etmiş olması şarttır. Bu iki şart bir arada gerçekleşmediği ve temsilci temsil olunan "adına" fakat kendi "hesabına" bir işlem yaptığı vakit, adına hareket edilmiş olmasına rağmen temsil olunan kişi sözleşmeye taraf olmaz. Yargıtayın da bu görüşü destekleyen bazı kararları vardır. Örneğin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 30.3.1979 tarih ve E. 1977/13-842, K. 359 sayılı kararında aynen şöyle denilmektedir: "Her ne kadar satış sözleşmesi müteahhitle davacı arasında arsa sahibine vekaleten gerçekleşmiş ise de, arsa karşılığı daire yapılmasına ilişkin sözleşmelerde olayda olduğu gibi, genellikle arsa sahibi haklarını güvence altına almak amacıyla müteahhit adına tapuda devir işlemi yaptırmamakta, ancak müteahhitte kalan dairelerin tapuda üçüncü kişilere intikalini sağlamak için müteahhide vekalet vermektedir. Bu suretle yapılan intikalde arsa sahibi satıcı olarak gözükmemekte ise de, müteahhide kalan daireler açısından gerçekte satıcı müteahhittir"⁸. Bu görüş (yukarıda N. 4 altında yaptığımız açıklamalardan anlaşılacağı gibi) yerinde değildir. Müteahhide ait olması gereken, ancak tapu kütüğünde arsa sahibi adına kayıtlı bulunan daireler, arsa sahibinin verdiği temsil yetkisine dayanarak müteahhit tarafından arsa sahipleri adına üçüncü kişilere satıldığı vakit, temsil sonuçları zorunlu olarak gerçekleşir ve satış ilişkisi (Yargıtay'ın ileri sürdüğü gibi) temsilci (müteahhit) ile alıcı (üçüncü kişi) arasında değil, fakat temsil olunan (arsa sahibi) ile alıcı (üçüncü kişi) arasında doğar. Temsilcinin (müteahhidin), arsa sahibi (temsil olunan) adına yaptığı bir satış ile, temsil olunanın değil bizzat temsilcinin borç ilişkisinin tarafı olacağını kabul etmek, başta "açıklama ilkesi" olmak üzere Borçlar Kanununun temsile ilişkin hükümlerinin yok sayılması anlamını taşır⁹. Yargıtay kararına konu olan olayda, arsa sahibi "görünüşte" değil, "gerçekten" satıcı durumundadır. Sözleşmede satış bedelinin satıcı durumundaki arsa sahibine değil, temsilci sıfatı ile hareket eden müteahhide ödenmesi öngörülmüş dahi olsa, ortada sadece temsil yetkisinin "temsilcinin çıkarlarına hizmet etmek, yani onun hesabına kullanılmak üzere" verildiği özel bir durum vardır. Daha önce gördüğümüz gibi, her ne kadar temsil yetkisi ilke olarak temsil olunanın çıkarlarının korunması için verilse dahi, yerine göre, bu yetkinin bizzat "temsilcinin" veya "üçüncü kişinin" çıkarlarına hizmet etmek üzere kullanılmasına da bir engel yoktur¹⁰.

Son olarak, şu noktayı ekleyelim ki, *Yavuz'un*, bu gibi durumlarda "başka (veya yanlış) ad altında hukuki işlem yapma"nın söz konusu olacağını ileri sürmesi de son derece isabetsiz bir düşüncedir. Aşağıda inceleyeceğimiz gibi¹¹, başkasının adı altında işlem yapılması halinde, bir kimse, "başkası adına" değil, fakat kendisini "başkası olarak (onun kimliği altında) göstererek" işlem yapar. İnceleme konusu yaptığımız ihtimallerde (örneğin Yargıtay kararına konu olan olayda) temsilci T, temsil olunan A'nın kimliğine bürünerek, yani "ben A'yım" diyerek kendisini takdim etmediğine göre, bu kavramdan yararlanmak hiçbir şekilde söz konusu olamaz.

6 Temsilcinin bir başkası adına hareket etme iradesini mutlaka "ç.1_k" bi-

7) *Yavuz*, not 5'de age, s. 24, not 35; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 167, not 1.

8) İKİD, 1979, s. 7059.

9) Olayda, alıcının (üçüncü kişinin), örneğin satılan malın ayıplı olması sebebiyle açacağı bir dava ile karşılaşan arsa sahibinin (temsil olunanın), müteahhide karşı rücu alacağını teminat altına almak üzere yapması gereken şey, ona HUMK. m. 49 gereği davayı ihbar etmektir. Müteahhide güvenmediği veya işin bitiminde müteahhide devir işlemlerinin yapılması halinde ödenecek tapu harçlarından kurtulmak için, ona ait olması gereken bağımsız bölümleri kendi üzerinde muhafaza etmek suretiyle bu işi tasfiye etme şikkini seçen arsa sahibinin ortaya çıkacak hukuki sonuçlardan şikayet etme hakkı olamaz.

10) Bkz. yukarıdaş 45, N. 3.

11) Bkz. aşağıdaş 50, N. 19 vd.

çJ.inpe belirtmesi art de-ildir. Bor)ar Kanunu m. 32/11, c. 2), üçüncü kişi-
nin mevcut hal ve şartları değerlendirerek bt nu aı lay'lbilcccck durumda
- ol ma smı.Y-ete rlig fū:ıuustııı...Şu ha de, "örtülü (zımnı)" bir açıklama da ye-
terlidir. Onleğin, bir banka gişesinde oturan kişinin bankayı temsilen hare-
ket ettiğini ayrıca açıklamasına gerek yoktur¹². Her halde kesin olan nokta
şudur: Temsilcinin kendisi için mi, yoksa bir başkası adına mı hareket etti-
ğini anlamak için, onun dış dünyaya yansımamış "iç iradesi" esas alınma-
yacaktır. Burada da güven ilkesinden hareket edilecek ve karşı tarafın
(üçüncü kişinin) kendisince bilinebilen bütün hal ve şartları dürüstlük kura-
lının (MK. m. 2/1) ışığında gereği gibi değerlendirerek, T'nin başkası adına
hareket ettiği sonucuna varmakta haklı olduğu durumlarda, T gerçekte baş-
kası adına hareket etme iradesini taşımasa bile, işlemin başkasını temsilen
(başkası adına) yapıldığı kabul edilecektir^{13,14}.

Temsilcinin (örneğin bir adi şirket ortağının) hem *kendisi*, hem de *baş-* 7
kalan (bu örnekte diğer şirket ortakları) *adına* hareket ederek işlem yapma-
sı da mümkündür. Bu halde, gerek bizzat (yetkili) temsilci gerekse adına
hareket edilen temsil olunanlar borç ilişkisinin tarafı olur. Buna karşı, di-
ğerleri adına böyle bir işlemi yapmak için temsil yetkisi bulunmayan tem-
silcinin hem kendisi için hem de başkalan adına yaptığı işlem, sadece onun
açısından geçerli, diğerleri (temsil olunanlar) bakımından ise yetkisiz temsil
(BK. m. 38-39) hükümleri çerçevesinde askıda hükümsüz sayılır¹⁵.

Temsilci kendisini iyi ifade edememiş ve işlemi başkası adına yapmak 8
istediği halde, güven ilkesine göre kendi adına hareket ettiği şeklinde anla-
şılan bir beyanda bulunmuşsa, sözleşme ilişkisi üçüncü kişi ile temsilci
arasında meydana gelir. Şu var ki, temsilcinin bu durumda beyan hatasına
dayanarak sözleşmeyi iptal etmesi mümkündür¹⁶.

Temsilci, işlemi yaptığı tarihte henüz mevcut olmayan bir kişi (örneğin henüz inıru- 9
luş aşamasında olan bir anonim şirket) adına hareket etmiş ve bu şirket sonradan tüzel
kişilik kazanmamışsa, ilke olarak yetkisiz temsile ilişkin BK. m. 39 hükmünün kıyas
yolu ile uygulanması gerekir. Ne var ki, kanunda özel bir düzenleme varsa, BK. m. 39

12) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1331; **Eren**, 9. bası, s. 391.

13) BGE 120.II.197; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1335; **Züich**, Art. 32, N. 40; **Koller**, I, N. 1355-1356.

14) Bu ilkenin tek istisnası, yetkili temsilcinin kendi adına hareket etmesine rağmen, üçüncü
kişi açısından sözleşmeyi temsil olunan veya temsilci ile yapmanın farksız olması hali-
dir (BK. m. 32ill, c. 2). Bu halde, temsilciye fiilen temsil iradesinin bulunması aran-
maktadır (Bkz. aşağıda N. 19 ve **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1335).

15) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1338a, 1437; **Koller**, I, N. 1384.

16) **Schwcnzer**, N. 41.04; **Züich**, Art. 32, N. 40; **Koller**, I, N. 1387 -Alman Hukukunda
8GB § 164/II hükmü böyle bir iptale izin vennmektedir (**Jauernig**, § 164, N. 3). Türk
Hukukunda Esener de (not 2'de age, s. 117-118) böyle bir iptal hakkının tanınmasına
karşıdır.

hükmüne değil bu özel düzenlemeye üstünlük tanınacaktır. Verdiğimiz anonim şirket örneğinde böyle özel bir düzenleme vardır. TTK. m. 301/II (İsviçre BK. m. 645) uyarınca, anonim şirketin ticaret siciline tescil yolu ile tüzel kişilik kazanmasından önce şirket adına işlem yapanlar, bu işlemler dolayısı ile şahsen ve müteselsil olarak sorumlu olurlar. Görülüyor ki, bu sistemde, temsilci veya temsilcilerin (sanki kendi adlarına işlem yapmış gibi) bizzat kendilerini borç altına sokmaları esas kabul edilmiştir. Ancak, anonim şirket J...ırulur ve şirketin ticaret siciline tescilinden itibaren üç ay içinde bu işlemlere icazet verirse, temsilci sıfatı ile hareket etmiş olanlar sorumluluktan kurtulur ve tüm borçlardan sadece anonim şirket sorumlu tutulur¹⁷.

2. Açıklama İlkesinin İstisnası: İlgili İçin İşlem

- 10 Aşağıda incelenen iki halde, açıklama ilkesine istisna tanınmıştır ... Bundan, kanunda düzenlenmemiş, ulusal birinci cisinde sınırlı bir istisna söz konusu. Borçlar Kanununda (m. 321II, c. 2) açıkça öngörülmüş ikincisi ise tam bir istisna oluşturur.

a. İlgili İçin Açık İşlem

- 11 Açıklama ilkesi gereği, temsilci sadece başkası adına hareket ettiğini belirtmekle yetinmeyecek, aynı zamanda aynı hareket edilen başkasının kimliğini de açıklayacaktır. Şu ilde, ilke olarak, "Ben bu husulda işlemi başkası adına yapıyorum" demek yeterli olmayıp, "ben bu işlemi bay A adına yapıyorum" tarzında bir açıklama yapılması zorunludur.

Kamında bu yolda bir düzenleme bulunmamasına rağmen, öğreti ve mahkeme kararları, temsilcinin, adına hareket ettiği kişinin kimliğini daha sonra açıklayacağını bildirerek, yani *temsil olunanın kimliği başlangıçta belirsiz kalmak kaydı ile* işlem yapabilmesini kabul etmektedir. Buna "ilgili için açık işlem" denir¹⁸. Görüldüğü gibi, bu gibi durumlarda, T bir temsilci sıfatı ile hareket ettiğini bildirmiş, ancak kimin temsilcisi olduğunu açıkla-mamıştır. Ortada, temsil olunanın kimliği açısından bir belirsizlik vardır.

- 12 Bu belirsizlik sadece *sübjektif* bir nitelik taşıyabilir. Örneğin, varlıklı bir kişi olan A, alıcının kendisi olduğu öğrenilirse çok para istenebileceği

17) Bkz. v. **Tuhr/Peter**, § 44, I, s. 387; § 44, III, 1, s. 395; § 45, III, s. 405; **Koller**, 1, N. 1382, 1383, 1447; **Kutlu Sungurbey**, Yetkisiz Temsil, İstanbul 1988, s. 198 vd.; **Pöroy/ Tekinalp/Çamoğlu**, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 9. bası, İstanbul 2003, no. 502.

18) Almanca "Geschäft für den, den es angeht" veya "Handeln für denjenigen, den es angeht", Fransızca "L'acte pour le compte de celui que cela concerne" karşılığı Türk Hukukunda uzun süre "Kime ait olacaksa onun adına yapılan işlemler" veya benzeri deyimler kullanılmıştır. "İlgili için işlem" deyiminin kullanılması daha yenidir (Bu konuda bkz. **Akunal**, Türk-İsviçre Borçlar Kanununda İlgili İçin İşlem Teorisi, İstanbul 1975, s. 11 vd.). -İlgili için "açık" ve "örtülü" işlemler aynı ile ilgili olarak bkz. **Larcenz/Wolf**, § 46, N. 80, 83; **Köhler**, 28.A., § 11, N. 18, 21; **Jauernig**, § 164, N. 4-5; **Akunal**, s. 14.

endişesi ile, temsilcisinden kimliğini başlangıçta açıklamamasını istemiş ve sözleşme, karşı tarafı oluşturan Ü'nün bu kaydı kabul etmesiyle, Ü ile, **kimliği** daha sonra açıklanacak bir temsil olunan arasında kurulmuştur. Bu örnekte, gerçekte kimin temsil olunan sıfatını taşıdığı objektif olarak bellidir. Sadece Ü bu konuda bilgi sahibi olmadığı için, sırf onun açısından sübjektif bir belirsizlik vardır.

Belirsizliğin *objektif*, yani ilgili kişilerin *tümü* açısından bulunması da söz konusu olabilir. Örneğin, para sıkıntısı çeken Ü, değerli bir antika eşyasını satışa çıkarmıştır. Bu gibi antika eşya ile çok yakından ilgili üç kişinin temsilcisi sıfatını taşıyan T, fırsatı kaçırmamak için her türlü riski göze alıp, ona temsil yetkisi vermiş üç kişiden hiç değilse birini ileride bu sanat eserini satın almaya ikna edebileceği düşüncesi ile, adını daha sonra bildireceği bir kişi adına Ü ile satış sözleşmesini kurmuştur. Bu ihtimalde, Ü malı kime sattığını bilmediği gibi, temsilci T de, başlangıçta kimin temsil olunan sıfatı ile borç ilişkisinin tarafı olmayı kabul edeceğini bilmemektedir¹⁹. Şu halde, bu örnekte, belirsizlik ilgili herkes açısından geçerlidir. Hiç kuşkusuz, hiç kimseden bu konuda temsil yetkisi almamış T nin de, "nasıl olsa ileride bana yetki verecek birisini bulurum" düşüncesi ile, kimliği daha sonra açıklanacak bir temsil olunan adına sözleşme yapmış olması da buraya girer.

Bu tip sözleşmelerin yapılabileceği genellikle kabul edilmekle birlikte, bunun bazı sınırları vardır: 14

- Federal Mahkemeye göre, böyle bir sözleşmenin geçerli olabilmesi, belirsizliğin *geçici bir süre* için öngörülmüş olması halinde söz konusu olabilir. Temsil olunanın kimliğinin *sürekli* olarak belirsiz kalmasına imkan tanıyan sözleşmeler, Yüksek Mahkemenin fikrinde ahlaka aykırı ve kesin hükümsüz sayılır²⁰.

- Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, ilgili için açık işlem ancak diğer taraf için şu veya bu kişi ile sözleşme yapmanın fark yaratmadığı durumlarda söz konusu olabilir ki, bu da sadece "kişiye bağlı olmayan maddi edimlere ilişkin" sözleşmelerin bu şekilde yapılabileceği, buna karşı vekalet veya hizmet gibi sözleşmelerin bu yoldan kurulamayacağı sonucuna götürür²¹. İlgili için açık işlemlerin uygulama alanını, sağlam bir gerekçeye dayanmaksızın aşın biçimde sınırlayan bu görüş isabetli değildir.

19) Bu açıklamalar için özellikle bkz. **Larenz/Wolf**, § 46, N. 79 vd.; **Esener**, not 2'de age, s. 102 vd.

20) BGE 60.II.497, JdT 1935.1.397; BGE 84.11.21. Aynı yönde açıklamalar: **Esener**, not 2'de age, s. 109, 112-113, 114. Başka türlü: **Zich**, Art. 32, N. 56.

21) Bu düşüncede: **Esener**, not 2'de age, s. 113.

- Resmi şekilde yapılmaması gereken bir sözleşmede (örneğin tapuda resim senede bağlanan bir taşınmaz satışı veya noter önünde düzenlenen bir taşınmaz satış vaadi) ilgili için açık işlem yoluna başvurulamaz. Zira, bu gibi sözleşmelerde; -sözleşmenin her iki tarafının açık kimliğinin resmi senette belirtilmesi zorunludur²². Temsilci aracılığı ile düzenlenen ve resmi senede bağlanan bir sözleşme, temsil olunanın kimliğini daha sonra açıklayacağını bildirmekle yetinmişse, işlem şekil yönünden geçersiz olur.

18

Bu engeli aşmak üzere, İsviçre öğretisinde şu görüş ortaya atılmıştır: Bu gibi durumlarda, temsilcinin temsil olunanın kimliğini açıklayan sonraki beyanı aynen sözleşmenin tabi olduğu resmi şekilde yapılmak kaydı ile, her iki resmi senet bir arada şekil şartını gerçekleştirmiş sayılabilir.²³ Bizce bu görüş yerinde değildir. Daha önce andığımız kanun ve tüzük hükümleri ile bağdaşmaması²⁴ bir yana, tüm resmi senetlerin düzenlenmesine hakim olan "unitas actus" (işlemde birlik) kuralı da, bu görüş çerçevesinde çiğnenmektedir. Bu kural uyanınca, resmi senede ilişkin işlemlerin, hazır bulunması gereken bütün kişilerin huzurunda, ara vermeksizin ve bir bütün halinde yürütülüp tamamlanması şarttır.²⁵ Eleştirdiğimiz görüşte olduğu gibi, resmi şeklin, iki aşamaya bölünüp önce temsil olunanın adını içermeyen bir senet, ikinci aşamada (yerine göre günler, haftalar, aylar geçtikten sonra) temsil olunanın kimliğinin açıklanmasına ilişkin beyanı içeren ikinci bir resmi senet ile "işlemde birlik" kuralının gerçekleşmesi mümkün olamaz.

16

Temsilci, temsil olunanın kimliğini hangi süre içinde açıklama lıdır?
_Qnu_n b_u_<:o_nuda bir açıklama yapmaktan kaçınması halinde karşı taraf U ne yapabilir? -'Temsilcinin sonradan kimliğini açıkladığı temsil olunan, olaydaki sözleşme açısından hiç uygun olmayan birisi ise, Ü buna karşı çıkabilir mi? Bütün bu ve bunun gibi soruların cevabı sözleşmede ayrıca düzenlenmiş olabilir. Bu takdirde sözleşmede yer alan bu hükümlere göre hareket edilir²⁶.

Şu noktayı önemle belirtelim ki, bizce, sözleşmede yer alan bu tip hükümler, temsilci T tarafından (kimliği açıklanmamış) temsil olunan adına değil, bizzat kendi adına kabul edilmiş hükümler olup, bunların, temsil olunan kişinin kimliği açıklanmadan ön-

22) Noterlik K. m. 79 uyarınca "vekil" veya "temsilci" sıfatı ile işlem yaptırmak isteyenler, "sıfat ve yetkilerini ve işlemi yapmaya izinli olduklarını bildirir belge göstermekle yükümlüdürler". Bu hükümden, yetki belgesi (vekaletname) ibraz edilmeden ve buna bağlı olarak temsil olunanın kimliği açıklanmadan noter önünde işlem yapılamayacağı sonucu çıkmaktadır. Bunun gibi, Tapu Sicili Tüzüğü m. 13/IV uyarınca, vekaleten istemde bulunanlar, Noterlik Kanununa göre düzenlenmiş ve istem konusu işleri yapmaya yetkili olduklarını içerir vekaletname göstermek zorundadır. Aynı Tüzüğün 16. maddesine göre, "Akdi gerektiren işlemlerde resmi senet düzenlenir. Resmi senede tarafların kimlik bilgileri ve ikametgah adresleri eksiksiz yazılır". Ayrıca bkz. **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1336; **Schmid**, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, Freiburg Schweiz 1988, N. 327; **Eren**, 9. bası, s. 392; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 167-168; BGE 112.11.332.

23) Bu düşüncede: **Zich**, Art. 32, N. 125.

24) Bkz. not 22.

25) Bkz. yukarıda § 27, N. 8.

26) **Zich**, Art. 32, N. 64.

cc, karşı taraf Ü ile temsilci T arasında ki ilişkide derhâl geçerlilik kazandığı kabul edilmek gerekir.

Sözleşmede böyle bir düzenleme bulunmadığı takdirde veya bulunmadığı ölçüde aşağıdaki ilkeler uygulanır:

- aratlarından birisi belli olmayan bir sözleşme kurulmuş sayılamayacağı için, sözleşmenin *varlığı* askıdadır. Durum bu açıdan; yetkisiz temsil ile (BK. m. 38) benzetilebilir. Şu farkla ki, yetkisiz temsil halinde askıda olan sözleşmenin varlığı değil *hükümleridir* (askıda hükümsüzlük). Nasıl yetkisiz temsil halinde, temsil olunan sonradan icazet verdiği takdirde sözleşme yapıldığı andan başlayarak geçerlilik kazanıyorsa, burada da temsil olunanın kimliğinin sonradan bildirilmesiyle sözleşmedeki eksiklik tamamlanacak ve sözleşme kurulmuş olacaktır. Ancak bu halde, yetkisiz temsile nazaran durum farklı olacak ve sözleşme, bir geriye yürüme söz konusu olmaksızın, son eksik unsurun tamamlandığı, yani temsil olunan tarafın belli olduğu tarihten ileriye doğru (*ex nunc*) varlık kazanacaktır²⁷.

- Temsilci ile karşı tarafın anlaşılan andan itibaren bunlar, yani T ile Ü arasında, dürüstlük7rurafı (MK. m. 2/I) gereği *birgijven-ilişlrisi* lçurulmuş olup, bu ilişki sonucu temsilci T, Ü'y-ekarşı, sözleşmede bir süre öngörölmüşse bu süre içinde, aksi halde aşağıda ayrıca açıklayacağımız esaslar çerçevesinde temsil olunanın kimliğini bildirmek borc"Q altın"glİllİŞ sayılacaktır²⁸. Yine sözü edilen güven ilişkisine hakim olan dürüstlük kuralı uyarınca, kimliği daha sonra açıklanacak temsil olunanın *uygun* bir kişi olması gerekecektir. Sonradan kimliği açıklanan temsil olunan, sözleşme yapılırken kimliği bildirilseydi karşı tarafın hiçbir şekilde kabul edip sözleşme yapmayacağı bir kimse ise, ilgili için açık işlem yolu ile sözleşme yapan Ü'nün, bu gibi kimseleri de önceden sözlemenin karşı tarafı olarak kayıtsız şartsız kabul etmiş sayılması mümkün değildir. Temsilci T, temsil olunanın kimliğinin daha sonra belirlenmesine ilişkin irade beyanını, Ü'nün güven ilkesi çerçevesinde bu şekilde anlamış olması gerektiğini ileri sürmeyeceği gibi; aralarında mevcut güven ilişkisinden doğan borcunu, hiç uygun olmayan kişileri temsil olunan olarak göstermek suretiyle gereği gibi yerine getirdiğini de iddia edemez. Örneğin, çok pahalı bir sanat eserini kimliğini sonra açıklayacağı bir koleksiyoncu adına satın alan temsilci, ödeme gücü zayıf bir kimseyi temsil olunan olarak belirlediği veya beş yıldızlı bir otelin çok tanınmış restoranına alınacak bir aşçıbaşı adına sözleşme yapan temsilci, vasat bir aşçıyı temsil olunan olarak bildirdiği vakit durum böyledir. Bu gibi örneklerde, karşı taraf, temsilci tarafından kimliği bildirilen kişiye ("normal bir inceleme süresi geçtikten sonra zaman kay-

27) Palandt/Heinrichs, 64.A., § 164, N. 9.

28) Zich, Art. 32, N. 60. Ayrıca bkz. Guggenheim, s. 197.

betmeden" anlamına gelmek üzere) derhal itiraz etmek suretiyle bu bildirimini geçersiz kılabilir. Kendisine yapılan bildirimden sonra, vakit geçirmeden itiraz hakkını kullanmayan Ü ise, kimliği kendisine bildirilen kişiyi kabul etmiş sayılır²⁹.

- Temsilcinin üçüncü kişinin kimliğini açıklaması için sözleşmede bir süre öngörülmüşse, bu süre içinde bir açıklama yapılmadığı takdirde, sözleşmenin varlık kazanamayacağı kesin biçimde ortaya çıkar. Böyle bir süre öngörülmendiği ve temsilci üçüncü kişinin kimliğini açıklamaktan kaçındığı takdirde, bizce yetkisiz temsile ilişkin BK. m. 38 hükmü kıyas yolu ile uygulanarak, temsilciye, temsil olunanın kimliğini belirleyip bildirmesi için uygun bir mehil (süre) verilmesi gerekir³⁰. Bu süre içinde bir belirleme yapılmadığı veya kimliği bildirilen kişi uygun olmadığı için derhal reddedildiği takdirde, sözleşmenin tamamlanması imkanı kalmaz ve temsilci, yine yetkisiz temsile ilişkin BK. m. 39 hükmü kıyas yolu ile uygulanarak karşı tarafa tazminat ödeme yükümlülüğü altına girer³¹. Aynı yükümlülük, sözleşmede öngörülen süre içinde üçüncü kişinin kimliğinin açıklanmaması hali için de geçerlidir.

Gerek sözleşmede öngörülmüş gerekse karşı taraf Ü tarafından belirlenmiş süre içinde temsilci T tarafından kimliği bildirilen kişi uygun bulunmayıp reddedildiği takdirde, T bu konudaki beyanını geri alıp hiç aday göstermemiş gibi süre sonuna kadar başka bir kişinin adını temsil olunan kişi olarak Ü'ye bildirmek hakkını muhafaza eder.

- 17 Temsilcinin süresi içinde uygun bir kişiyi belirleyerek sözleşmenin kurulmasını sağlamasına rağmen, bu defa, kimliğini bildirdiği kişinin gerçekte kendisine temsil yetkisi vermemiş bulunduğu ortaya çıkabilir. Bu durumda, tamamlanıp varlık kazanan sözleşme, yetkisiz temsil hükümleri (BK. m. 38-39) çerçevesinde askıda hükümsüzdür ve ancak temsil olunanın icazet vermesi ile geçerli hale gelebilir³².

b. İlgili İçin Örtülü İşlem

- 18 Bu konuda kanunda açık hüküm vardır. Gerçekten BK. m. 32/11, c. 2

29) **Zich**, Art. 32, N. 61.

30) Ayrıca bkz. **Zich**, Art. 32, N. 63; **Esener**, not 2'de age, s. 114. Bizim anılan yazarlardan ayrıldığımız nokta şuradadır: Onlara göre, temsilcinin temsil olunanı belirlemesi için (BK. m. 38'e kıyasen) bir mehil (süre) tayin etme mecburiyeti yoktur. Bu sebeple, makul ve uygun bir süre içinde belirleme yetkisi gereği gibi kullanılmadığı takdirde, ilişki son bulacaktır. "Makul ve uygun süre" kavramı hiçbir şekilde (kıyas yolu ile uygulanan BK. 38 hükmü çerçevesinde) açık biçimde tayin edilmiş bir mehilin sağladığı hukuk güvenliğinin yerini tutamaz.

31) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1332; **v. Tuhr/Peter**, § 45, III, s. 405; **Zich**, Art. 32, N. 60.

32) Özellikle bkz. **Esener**, not 2'de age, s. 110, 114.

uyarınca, temsilci başkası adına hareket etmediği ve karşı tarafın hal ve şartlardan-onu gerçel<.tc ensilci sıfatı ile işlem yapıldığını anımsı bir şekilde mümkün bulunmadığı zaman, "bu illardan biri veya diğeri ile it icrası ke!}disi:ice (yani "karşı tarafça") farksız bulunur ise\ sözleşme- den doğan hak ve borçlar yine temsil olunana ait bulunacaktır. Görüldüğü gibi, bu ihtimalde "açıklama ilkesi" tamamen bir köşeye bırakılmaktadır.

Bu hükmün uygulama alanı bulabilmesi için aşağıdaki şartların gerçekleşmesi gerekir: 19

- Kendi adına işlem yapmış bulunan T, doğrudan doğruya temsil yet- kisine sahip olmalıdır. Bir zamanı çok tartışılmış olmasına rağmen, bu- gün hakim olan görüşe göre, dolaylı ie- msiChalinde BK. m. 32/II, c. 2 hük- mü uygulanmaz³³.

- Temsilci, temsil ilişkisini hiç açıklamadan ve karşı tarafın bu ilişkiyi hal ve şart ar an anlaması- [mkaiii. bu!Ünmaaañ-,r'lcenai adına"-hareket --ettiği halde, _işleri(y...):ken g _rçekt...t...Il)Sil glunin adı...a" hareket etmeyi - istemiş, yani kendi iç dünyasında kalan fiilf bir temsil iradesinesahip bu- ---ffin nus -olmalıdır. Federal Mahkemeye--gcfre, ancak bu iç-temsil iradesi tespif edilebildiği takdirde ki, üçüncü kişi açısından işlemi kiminle yap- tığının farksız alınası, temsil iradesinin "açıklama ilkesi" gereği açığa vu- rulmamış olmasının yerini tutar ve karşı taraf (üçüncü kişi) bir temsil ilişki- sinin varlığından haberdar olmadığı halde temsilin hukulô sonuçlan gerçek- leşir³⁴.

- Sözleşmenin diğer tarafını oluşturan üçüncü kişi açısından, karşı ta- ra.fın kimliği bir fark yaratm!yor olmalıdır:..!§ u halde, O, lcendıadına liareket eden T-değff de, lıfbaş...kişi !5: s ısırgı ÇJkSA. i c!i, Y!!!.sJ>zleşmeyi.onunla -aa yapardı SC>...Cl! na v...i.m...lc mürnkü p b ulunmalıdır. llurapa b ir problemle karşılaşılıyor: Sözleşmenin gerçekte kiminle yapıldığının Ü açısından farksız olupotma ıgı araştırıı.liiken,-"sözji edil...n f...i.ksı...lik, h.rkes açısından mı, yoksa sadece temsilci si/a(Jn_ı _biıldirmeyen_T ile,..JJn.ıı:Ltemsil §(fiği A ile ...nırlı- olarak _mı incelenecektir? Federal Mahkeme, ikinci görüşü benim- senmiş ve Ü açısından sözleşmeyi T veya A ile yapmak arasında bir fark yoksa, BK. m. 32/II, c. 2'de sözü edilen "farksız olma" unsurunun gerçek-

33) Özellik.le bkz. **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1333; **Droin**, L'incliffrence du tiers en matiere de representation, ZSR, N.F. 88 (1969), I, s. 458; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 189; **Akünel**, not 18'de age, s. 56 vd.; BGE 88.II.350.

34) BGE 117.II.387; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1335; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 189; Gubl/Koller, § 19, N. 21. Temsilci Tile üçüncü kişi Ü arasındaki ilişkide dış dünyaya hiç yansımamış temsil (başkası adına hareket) iradesinin mahkemece tespiti, ister istemez ispat zorlukları ile karşılaşabilir.

leşeceğini, mahkemenin bu sınırın dışında bir araştırma yapmasının söz konusu olamayacağını kabul etmiştir³⁵.

20 Federal Mahkeme görüşünü şu gerekçelere dayandırmaktadır:

- BK. m. 32/II, c. 2'nin uygulama alanı bulabilmesi için, yetkili temsilcide temsil olunan adına hareket etme iradesi bulunmalıdır. Şu halde, sözleşmenin kurulması aşamasında, objektif açıdan temsil olunanın kimliği bellidir, sadece üçüncü kişi bu konuda bilgi sahibi değildir. Bu durumda, işlemi bir başkası ile yapmanın üçüncü kişi bakımından farksız sayılabiliyor sayılamayacağını sadece temsil olunana ilişkin olarak ele almak yerinde olur. Eğer, temsil ilişkisini bilseydi, üçüncü kişi, sözleşmeyi temsil olunanla da yapacak idiyse, onun herhangi bir kimse ile sözleşmeyi yapmaya yanaşmayacağı gerekçesi ile BK. m. 32/II, c. 2'nin uygulanamayacağı sonucuna varmak doğru olmaz. Kaldı ki, farksızlığı herkes açısından ele alan bir sistemde, her zaman üçüncü kişinin şu veya bu sebeple sözleşme yapmaktan kaçınacağı birisi bulunabilir.

- İsviçre Borçlar Kanununun Fransızca metni de (tıpkı bu metni esas alan BK. m. 32/II, c. 2 hükmü gibi) bu anlayışı desteklemektedir. Aslına sadık olarak çevrilen bizim metnimizde "bunlardan biri veya diğeri ile akit icrası kendisince farksız bulunursa" denilmek suretiyle, karşılaştırmanın sadece temsilci T ile temsil olunan A arasında yapılacağı açıkça belirtilmiş bulunmaktadır.

21 Kural olarak, bir sözleşmede, alacaklının ve özellikle de borçlunun kimliği büyük önem taşır. Bu sebeple, bir kimsenin, her zaman herhangi bir icimseyi sözleşmenin karşı tarafı olarak kabul etmeye hazır olduğundan söz açmak yerinde olmaz. Bu sebeple, BK. m. 32/II, c. 2 hükmü büyük bir dikkat ve ihtiyatla uygulanması gereken bir hükümdür³⁶. Öğretide, bu hükmün uygulama alanı olarak hemen herkesin üzerinde birleştiği örnek, çarşı, pazar ve benzeri yerlerde, günlük ihtiyaçları karşılamak üzere peşin para ile yapılan, bir başka anlatımla, her iki tarafça derhal ifa edilen satışlardır³⁷. Şu halde, basta olduğu için evinden dışarı çıkamayan A, kendisini ziyarete gelen arkadaşı T'yi, eczaneden ilaç veya marketten gıda maddeleri almak üzere yetkilendirdiği ve T'nin, A adına hareket ettiğini bildirmeksizin Ü eczanesinden veya marketinden satın aldığı ilaçlar veya gıda maddeleri ayıplı (bozuk) çıktığı takdirde, A, BK. m. 32/II, c. 2 hükmüne dayanarak, sözleşme ilişkisinin tarafı sıfatı ile doğrudan doğruya Ü'ye karşı harekete geçebilecektir. Bu örnekte, Ü eczanesi veya marketi açısından alıcının A veya T olması arasında fark yoktur. Şu var ki, Federal Mahkemenin fikrinde, BK. m. 32/II, c. 2'nin uygulama alanı sadece karşılıklı borçların derhal ifa edildiği sözleşmelerle sınırlandırılmaz³⁸. Herhalde, şekil kurallarının

35) Bkz. not 34'de anılan karar. Aynı yönde açıklamalar: Schwenger, N. 41.05; Gauch/Schluep/Schmid, N. 1333; Watter, Basler Komm., Art. 32, N. 20; Oğuzman/Öz, 4. bası, s. 168; Eren, 9. bası, s. 392.

36) Bu konuda bkz. v. Tuhr/Peter, § 44, I, s. 387-388; Engel, s. 378-379.

37) Örnek olarak bkz. Schwenger, N. 41.05; Gauch/Schluep/Schmid, N. 1333a; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 188.

38) Bkz. not 34'de anılan karar.

getirdiği engel aşılamayacağından, BK. m. 32/11, c. 2 hükmünün resmi şekle bağlı sözleşmelerde (örneğin bir taşınmaz satışı veya taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde) uygulanması söz konusu olamaz⁹.

Federal Mahkemenin anlayışına uygun biçimde, taraflarca derhal ve karşılıklı olarak ifa edilmemiş olmasına rağmen, BK. m. 32/11, c. 2'nin kapsamına dahil sayılan bir sözleşmede, üçüncü kişi, bu sıfatını açıklamadan sözleşmeyi kendi adına kunnuş bulunan temsilciyi borcunu ifası için dava ettiği vakit, temsilci BK. m. 32/11, c. 2 hükmüne dayanarak sözleşme ilişkisinin gerçekte kendisi ile değil, fakat temsil olunanla davacı arasında gerçekleşmiş bulunduğu gerekçesiyle, sıfat yokluğundan ötürü bu davayı reddettirebilir mi? Federal Mahkeme bu soruyu olumsuz biçimde cevaplandırmaktadır. Yüksek Mahkemeye göre, üçüncü kişinin karşısına kendi adına hareket eden bir kimse olarak çıkan ve temsilci sıfatını açıklamak için onun kendisine karşı harekete geçmesini bekleyen davalının bu tutumu çelişkili davranışta bulunma (venire contra factum proprium) yasağının kapsamına girerek MK. m. 2/II anlamında bir hakkın kötüye kullanılması anlamına taşır⁴⁰.

§ 48. Temsil Yetkisinin Sona Ermesi

I. Genel Olarak

Borçlar Kanunu temsil yetkisinin sona ermesi (İllesin ilişkisi e bepJeri iki ay- 1 n maddede düzenlemiştir. Bunlardan birincisi, temsil yetkisinin temsil olunca tamamen veya kısmen geri alınması üzerinde <!_uran BK. m.)4 hükmü müctur. Hemen arı<fidan gelen BK. m. 35 ise, sona erme sebepleri olarak, temsil olun veya temsilciden birinin ölmesini, bunlar hakkında gaiplik - karar verilmesini, fiil ehliyetinin kaybını veya içlerinden birinin-yahut her ikisinin iflas etmesini, tüzei şilir eveya tüzel kişilere veriJ'n yetkilerde - ise, tüzel kişiliğin son bulmasını göstermektedir. Görüldüğü gibi, kanun "ferisil olunanın ir??_e_b_eyaE.!_Yla _!_?nasil _y_?kisinin geri _?l_???" ile dr son-bulma seoepleri" arasında bir ayrım yapmıştır. Bu son gruba giren son -bulma sebepleri için çok defa "kanun gereği gerçekleşen sebepler" de den- _!)?.ektedir. Biz de bu ayırıma sadık kalacak ve (kanundaki sırayı değiştirerek) önce geri alma dışında kalan sona erme hallerini, daha sonra ise temsil yetkisinin geri alınmasını inceleyeceğiz.

BK. m. 34 ve 35'e paralel hükümlere vekalet sözleşmesinin son bulmasını düzenle-

2

39) Bkz. **Karabasan**, TBH, GH, c. 1 (2003), s. 375; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 168; **Akünel**, not 18'de age, s. 30.

40) Bkz. not 34'de anılan karar. Aynı yönde açıklamalar: **Akünel**, not 18'de age, s. 52-53 (Yazara göre, "muameleyi temsilci sıfatıyla yaptığını açıklamayan bir kimse, karşı tarafın bu beyana güvenmesinden doğan sonuçlara katılmak zorundadır"). -BK. m. 32/11, c. 2 hükmünü, açıklama ilkesi bir yana bırakılarak, temsil sonuçlarının bu ilke uygulanmadan da doğmasına imkan veren bir kural olarak kabul etmeyen ve ona sadece temsil olunanın yararlanabileceği (yani onun üçüncü kişiyi dava etmesine izin veren) bir hüküm gözü ile bakan **Bucher** de sonuç itibarı ile aynı çözümü benimsemektedir (**Bucher**, AT, s. 622; **Bucher**, Für mehr Aktionendenken, AcP, 186 (1986), s. 57). **Bucher'in** görüşünün eleştirilmesi için bkz. **Zich**, Art. 32, N. 105 vd.

yen BK. m. 396, 397 hükümlerinde rastlıyoruz. BK. m. 396, vek-ilin vekaletten çekilmesini (istifa etmesini) veya vekaletten azledilmesini vekaleti sona erdiren sebepler olarak göstermektedir. Temsile ilişkin maddelerde, temsilcinin, temsilcilikten çekilerek bu sıfatına son verebileceğine ilişkin açık bir hüküm bulunmamasına rağmen, aşağıda göreceğimiz gibi, bakım görüşü ona bu imkanı tanımaktadır. BK. m. 396 hükmünde ise sadece "ölüm"den söz açılmış ve "gaiplik karan" ayrıca anılmamıştır. Ne var ki "ölüme bağlı haklar, aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılır" diyen MK. m. 35 hükmü karşısında, gaiplik halinde de vekaletin son bulacağı kuşkusuzdur.

II. Temsil Yetkisinin Geri Alma Dışında Kalan Sebeplerle (Kanun Gereği) Sona Ermesi

1. Kanunda Açıkça Öngörülmemiş Sona Erme Sebepleri

a. Temsilcilikten Çekilme (İstifa)

- 3 Kamında yazılı olmamakla birlikte, temsilcinin, temsil olunana yönelteceği bir taraflı, varması gerekli ve yenilik doğuran bir irade beyanı ile temsilcilik sıfatına son verebileceği genellikle kabul edilmektedir¹.

b. İşin Görülmesi, Sürenin Geçmesi, Bozucu Şartın Gerçekleşmesi

- 4 Belirli bir işi yapmak, örneğin yetki belgesinde belirlenmiş bir taşınmazı satmak üzere verilen temsil yetkisi, o işin görülmesi ile son bulur. Bunun gibi, temsil yetkisinin belirli bir süre ile sınırlı olarak verilmiş olması halinde sürenin geçmesi, bir bozucu şarta bağlanmış olması ihtimalinde ise, bozucu şartın gerçekleşmesi temsil yetkisine son verir².

❖ Ön görülen Sebeplerle Sona Erme (BK. m. 35)

- 5 BK. m. 35'de sayılan ve aşağıda teker teker incelenecek olan bu sebeplerin gerçekleşmesine rağmen, kanun, *iki halde* temsil yetkisinin istisna olarak sona ermeyeceğini kabul etmektedir: Bunlardan birincisi, temsil olunanın bu sebepler gerçekleşse bile yetkinin devam etmesini öngörmesi, ikincisi ise, işin niteliğinden ("maslahatın mahiyetinden") BK. m. 35'de düzenlenen sebeplerin gerçekleşmesine rağmen bu yetkinin varlığını sürdüreceğinin anlaşılmasıdır. Biz bu iki istisnayı en büyük uygulama alan bulabilecekleri "ölüm" ihtimali için ayrıca inceliyoruz. Ancak, şu noktayı gözden kaçırmamak gerekir ki, aşağıdaki açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere, bu istisnaların (özellikle bunlardan birincisinin), üstün tuttuğumuz

1) Gauch/Schluep/Schmid, N. 1368; v. Tuhr/Peter, § 42, VI, 3, s. 366 ve not 61; Zöch, Vorbem. zu Art. 34-35, N. 5; Eren, 9. bası, s. 407; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 194.

2) v. Tuhr/Peter, § 42, VI, s. 365. -Temsil yetkisinin dayandığı temel ilişkiye son verilmesinin temsil yetkisi üzerindeki etkisi için bkz. yukarıda § 46, N. 29.

göiış çerçevesinde BK. m. 35'de sayılan tüm sebepler için aynı şekilde geçerli olduğunu ileri sünnek mümkün değildir²ⁿ.

a - Ölüm ve Gaiplik Kararı

- **2a) 1^{'''}emsitVTiinziurm Ölmesi**

/ $\Gamma_{e,v,J,l} \cdot J \cdot ? 'cl,-;e. \cdot \backslash w1s,) \cdot icll. \_.$
 $cJ \cdot ? \cdot r1. \_ \cdot ? ,lu$

Temsil olWlanın ölümü temsil yetkisini otomatik olarak sona erdirir. 6
 Kura u ur.-Ancak, **BK:rn. 35/f** bulurala *iki istisna* getirmektedir:

- **Birinci istisna** u yauca, işinyit²liği (.1;1!.²J liyetD b² ²!. &²r²ktirdiği zaman, temsil **olunanın ölümüne rağmen temsilcinin yetkisi devam eaebilir**. Bu konuda, **genellikle** temsil olunanın kişiliğinin önem arz etmediği: ticari bir işletne ile ilgili standardize nitelikteki ticari işlerde bu istisnanın geçerlilik kazanabileceği belirtilmekte ve özellikle bankacılık işlemleri için verilmiş yetkilere işaret edilmektedir³. Bu gibi durumlarda, çok defa, mirasbırakana ait işletnenin kesintisiz faaliyetine devam edebilmesi, ancak onun tarafından hayatında verilmiş yetkilerin varlıklarını sürdürmesine bağlıdır⁴. Örneğin, belirli dönemlerde bankadan para çekerek işçilere nakit olarak ödeme yapan temsilcinin yetkisi, iş sahibinin ölümü ile kendiliğinden son bulmayacaktır. Yerleşmiş Yargıtay kararlarına göre, noterde düzenlenen resmi sözleşme ile satışını vaad ettiği taşınmazı, satış bedelini tamamen tahsil etmek suretiyle alıcıya teslim etmiş bulunan temsil olunanın, tapuda satış ve tescil işlemlerini gerçekleştirmek üzere tayin ettiği temsilcinin yetkisi, işin mahiyeti gereği, onun ölümünden sonra da devam eder⁵.

2a) Bkz. aşağıda N. 20, 28.

3) **Tandoğan**, II, s. 653; **Hofstetter**, s. 75. Ayrıca bkz. **Fellmann**, Art. 405, N. 87.

4) Bkz. **Zach**, Art. 35, N. 43.

5) **Özkaya**, Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Ankara 1997, s. 718. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun, bu tür olaylarda vekaletin (temsil yetkisinin) ölümünden sonra da devam edeceğine ilişkin sayısız kararın bulunduğunu açıkça ifade eden 25.9.1981 tarih ve E. 980/7--2406, K. 641 sayılı karar için bkz. Uygur, cilt 8, s. 8951; **Karabasan**, TBH, ÖBİ, cilt 2 (2002), s. 1109. -**Tandoğan'ın** (II, s. 654--655) belirttiği üzere, bu konudaki Yargıtay kararlarının bir bölümünde sadece satış bedelinin tamamen tahsil edilmiş olması olgusu gerçekleşmiş olup temsil olunan sağlığında taşınmazı alıcıya teslim etmemiş bulunuyordu. Öğretide bu sonuçları açıklamak üzere, (bizce her zaman geçerli sayılması tartışma götürür) şu düşünce ileri sürülmüştür: Vekilin (temsilcinin) gördüğü işin iyice gelişmiş ve sonuna yaklaşmış olduğu durumlarda, işin niteliği gereği, vekalet verenin ölümü vekalet ilişkisini ve ona bağlı temsil yetkisini sona erdiremeyecektir (**Tandoğan**, II, s. 653; v. **Düren**, s. 142). Bütün bu gibi hallerde, mirasçıların, temsilcinin temsil yetkisini geri alma hakları hiç kuşkusuz saklıdır. Oysa, İsviçre Hukukunda, Federal Mahkeme (BGE 111.11.39) ve öğretisi (**Homberger**, Zürcher Komm., IV. Band Das Sachenrecht, 3. Abt., Zürich 1938, Art. 963, N. 8, 15; **Deschenaux**, Traite de Droit Prive Suisse, Le Registre foncier, Fribourg Suisse 1983, s. 231 ve not 42; **Zich**, Art. 35, N. 53) temsilci, temsil olunanın ölümünden sonra tapu siciline tescil talebinde (isteminde) bulunduğu vakit, bu talebin reddedilmesi gerektiği hususunda birleşiyorlar. Buna göre, her ne kadar temsilci sicilde hak sahibi olarak gözüken kişiyi temsilen hareket ediyor

Borçlar Kanununun vekalet sözleşmesine ilişkin hükümleri arasında yer alan BK. m. 397/II uyanınca, vekalet sözleşmesinin ölüm ile son bulması vekalet verenin menfaatlerini tehlike altında bırakıyorsa, vekalet verenin mirasçıları işe bizzat el koyabilecek duruma gelinceye kadar vekil vekaleti ifaya devam etmek zorundadır⁶. Burada, kural olarak BK. m. 397/1 gereği vekalet verenin ölümü ile son bulması gereken vekalet ilişkisinin geçici bir süre için varlığını sürdürmesi söz konusudur⁷. Vekaletin konusunda, vekilin temsilci sıfatı ile bazı hukuki işlemleri yapması da yer alıyorsa, sözü edilen geçici süre çerçevesinde vekilin temsil yetkisinin de devam ettiğini kabul etmek gerekir. Gerçi, temsile ilişkin BK. m. 35'de böyle bir istisna açıkça öngörülmemiştir. Buna rağmen, bu ihtimali de, BK. m. 35/1'de sözü edilen "işin mahiyeti" gereği yetkinin devam etmesi faraziyesi içinde ele almak yerinde olur.

- İkinci istisna.: mirasbırakanın sağlığında işlem yapılması için gerçekte teşirdiği bir yetkilendirme işleminde, bu yetkinin.. temsil olunanın..ölü; nün; den sonra da varlığını sürdü-eceğinin (biri: Jaraflı olarak) belirtilmiş olmasıdır. Her ne kadar kanun, aksi "kararlaştırılmış" ise yetkinin ölümüne rağmen devam edebileceğinden söz ediyorsa da, bu ifade tarzı yerinde değildir. Zira, temsilcinin yetkilendirilmesi bir sözleşme ile değil, temsil olunanın bir taraflı beyanı ile gerçekleşir. Bu sebeple, söz konusu istisnanın gerçekleşmesi için, temsil olunan ile temsilcinin anlaşarak bu hususu kararlaştırır-ruş olmaları mecburiyeti yoktur⁸.

7 Gerçekte temsil olunanın ölümünden sonra var olabilen bir temsil yetkisi iki biçimde karşımıza çıkabilir⁹:

- Birinci ihtimalde, *temsil olunanın sağlığında kullanılmak üzere verilen, derhal hüküm doğuran, fakat onun ölümünden sonra da varlığını sürdürmesi öngörülen bir temsil yetkisi* söz konusudur. BK. m. 35/1 sadece bu ihtimali göz önünde tutmuştur.
- İkinci ihtimalde, *temsil yetkisi sırf temsil olunanın ölümünde geçerli*

olsa da (MK. m. 1015), taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisi bundan böyle mirasbırakana değil mirasçılara ait bulunmaktadır. Bu sebeple, tapu kütüğünde adı yazılı mirasbırakan adına hareket eden temsilci, o tarihte, tasarrufa yetkili kişiyi temsil etmemektedir. Federal Mahkeme, daha da ileri giderek, tapu kütüğünde yapılacak işlemler açısından, BK. m. 37 hükmünün uygulanmasına da izin vermemektedir. Bu vesile ile, İsviçre Hukukunda, satıcının tescil talebini bir taraflı bir tasarruf işlemi sayan görüşün hakim olduğunu hatırlatmakta yarar görüyoruz.

- 6) Biz, metinde, BK. m. 397ff hükmünü sadece vekaletin vekalet verenin ölümü ile son bulması ihtimali açısından ve basitleştirerek ele alıyoruz. BK. m. 397/11 gerçekte vekaleti sona erdiren tüm sebepleri içine almaya elverişli geniş bir ifade kullanmaktadır.
- 7) **FeUmann**, Art. 405, N. 119. Diğer bir görüşe göre ise, BK. m. 397/II, "kanundan doğan bir iş görme borcunu" düzenlemektedir (**Gautschi**, Art. 405, N. 18b). Bir yandan BK. m. 397/II gereği vekalet ilişkisinin geçici olarak devam ettiğinden, diğer yandan da, burada vekilin sadakat borcundan çıkan kanuna dayalı bir iş görme borcundan söz açan **Tandoğan** (fi, s. 659, 660) açık bir çelişkiye düşmektedir.
- 8) Bu konuda bkz. **v. Tuhr/Peter**, § 42, not 6, 77.
- 9) Bu açıklamalar için bkz. **Zich**, Art. 35, N. 46; **Hofstetter**, s. 75; **Watter**, Basler Komm., Art. 35, N. 7; **Engel**, s. 400; **v. Tuhr/Peter**, § 42, VI, 5, s. 369.

olmak ve ö/imii11de11 sonra kulla111/uuak izere verilmiş bulunmaktadır (mandatum post morfem). BK. m. 35/1 bu tip bir yetkilendirmeyi öngörmüş değildir. Buna rağmen, böyle bir yetkilendirmenin mümkün olabileceği genellikle kabul edilmekte, fakat bu yetkilendirmeye hangi hükümlerin uygulanacağı büyük görüş ayrılıklarına yol açmaktadır.

BK. m. 35/1'de açıkça öngöüilen ve (birinci ihtimalin kapsamına gire- rek) temsil olmanın sağlığında hüküm doğurmakla birlikte, onun ölümünden sonra da varlığını sürdürmesi açıkça belirtilmiş olan temsil yetkisinde, ölüm anından başlayarak, BK. m. 34 hükmünden yararlanmak suretiyle mirasçılar her zaman bu yetkiyi geri alabilir ve temsilcinin bu sıfatına son verebilirler. Birden fazla mirasçı bulunduğu zaman, günümüzde İsviçre Hukukunda hakim olan (bizim de katıldığımız) görüşe göre, bir tek mirasçı bile yetkiyi geri aldığı bildirildiği zaman, temsilcinin temsil yetkisi tüm mirasçılar açısından geri alınmış sayılır. Gerçekten, bu durumdaki bir temsilci miras ortaklığı devam ederken mirasçılar tarafından yetkilendirilecek olsaydı, tüm mirasçıların irade beyanı zorunlu olacak, içlerinden biri dahi yetkilendirme beyanında bulunmaktan kaçınarak onun temsilci sıfatını elde etmesini engelleyebilecekti. Onun, mirasbırakanın yetkilendirmesi sonucu elde ettiği temsilci sıfatını muhafaza edebilmesi de, ancak mirasçıların tümünün rızasına dayanarak mümkün olabilecektir¹⁰.

Tartışmalı olan bir konu şudur: Temsilciye ölümünden sonra da devam edecek temsil yetkisini kazandıran n:r:r:as bırakanın ölümünden sonra, "temsil olunan" sıfatı?ın mirasç{1:ra?i tolacağı kuşkusuzdur. Gerçi t??sil yetki- -si temsilciye-mirasbırakantarafından:erilmiştir". Ancak onun öldüğü andan başlamak üzere mirasçılar "temsil olunan" durumuna geçmişlerdir¹¹. Ne var ki, temsil yetkisine esas teşkil eden temel ilişki niteliğindeki vekalet ilişkisinin tarafı da, bundan böyle mirasbırakan değil mirasçılardır¹². Şu halde, temsilci, mirasçılara karşı, vekalet sözleşmesinden doğan sadakat

10) Bucher, AT, s. 608, not 38; Gauch/Schluemp/Schmid, N. 1370; Züich, Art. 35, N. 73; Guhl/Koller, § 19, N. 10; Schwenzer, 4.A., N. 42.25; Watter, Basler Kommentar, Art. 35, N. I I; Breitschmid, Basler Komm., ZGB II, 2.A. Basel 2003, Vorbem. zu Art 467-536, N. 43; Piotet, Un des heritiers ou autres communistes peut-il revoquer la procuration donnee par tous?, in: Piotet, Contributions choisies, Zürich 2004, s. 341 vd. veya SJZ 1994, s. 1 vd. -Buna karşı, öğretide, her mirasçının sırf kendisi açısından temsil yetkisini geri alabileceği, böylece temsilcinin diğer mirasçıları temsil etmeyi sürdürebileceği (v. Tuhr/Peter, § 42, VI, 4, s. 367; Weimar, Bemer Komm., Band III: Erbrecht VI, Die Erben, Bem 2000, Einleitung vor Art. 467, N. 104, s. 128) veya temsilcinin temsil yetkisinin son bulması için mirasçıların tümünün geri alma beyanında bulunması gerektiği (Engel, s. 401) görüşleri de ileri sürülmüştür.

11) Flume, § 51, 5, b. s. 849-850; Züich, Art. 35, N. 60.

12) Fellmann, Art. 405, N. 70-71.

borcu ile (BK. m. 390/II) bağlıdır¹³. Bu durumda, yaygın olan görüşe göre, temsilcinin (derhal harekete geçmesini zorunlu kılan acil bir durum yoksa) kendisine mirasbırakan tarafından verilmiş temsil yetkisinden mirasçıları haberdar etmesi, hatta daha ileri giderek, onlar vekaletin ifasına ilişkin olarak talimat vereceklerse veya kendisine verilen yetkiyi geri almak istiyorlarsa, bu haklarını kullanabilmeleri için uygun bir süre beklemesi gerekir¹⁴. Bu yükümlülüklerini yerine getirmeyen ve mirasbırakan tarafından verilmiş yetkiyi mirasçılara zarar verecek biçimde kullanan temsilci şu iki yaptırımdan biri ile (hatta yerine göre her ikisi ile) karşılaşmak tehlikesi altındadır: Birinci yaptırım, vekalet ilişkisinden doğan borcunu çığneyen temsilciden mirasçıların tazminat istemesi biçiminde karşımıza çıkar. İkinci yaptırım ise, temsilcinin üçüncü kişi ile mirasçıları zarara sokacak biçimde yaptığı işlemin, şartları varsa temsil yetkisinin kötüye kullanılması sebebiyle geçersiz sayılmasıdır¹⁵. Şurasını önemle ekleyelim ki, temsilci açısından yurarda yazılı yükümlülükleri kabul etmeyen görüş açısından da, bu yetkinin temsil olunan mirasçıları zarara sokacak biçimde kullanılması halinde, şartları gerçekleşmişse, temsil yetkisinin kötüye kullanılmasına ilişkin yaptırım uygulanır.

- 10 Hakim olan görüşe göre, ölümden sonra da devam edecek bir temsil yetkisinin verilmesi, şekil yönünden, ölüme bağlı tasl!_iih?ra _ilış İgnJairallar?T?bi değildir¹⁶. Buna lsrrs""i.,=6ciik2-n.9a _:il9ııci jhti?al" ol?ele aldığı-mız) sırf ölüm anında hüküm doğurmak (sade?e qlümden sonrası için geçerli-ounak) üzere y-apılan yetkilendir:melerde ölüme bağlı tasarruf şekillenme uymak gereğinin bulunup bulunmadığı, hem Miras hem de Borçlar ?-?p.nı yakından ilgilendiren bir konudur ve sonu gelmez büyük tartışmaların yaşandığı bir alandır.

- 11 Sırf ölümden sonrası için temsil yetkisi vermenin (mandatum post mortem) ölüme

13) İsviçre Borçlar Kanunu m. 398/II'den iyi bir şekilde çevrilmemiş bulunan BK. 390/II'nin kapsamına dahil "sadakat borcu" için özellikle bkz. **Tandoğan**, il, s. 407.

14) **Flume**, § 51, 5, b, s. 850; **Hofstetter**, s. 76; **Fellmann**, Art. 405, N. 78; **Watter**, Basler Kamın., Art. 35, N. 11; **Breitschmid**, not 10'da age, Vorbem. zu Art. 467-536, N. 43; **Koller**, 1, 2.A., § 19, N. 23. -Temsilcinin böyle bir yükümlülüğünün bulunmadığı görüşünde: **Zich**, Art. 35, N. 62; **Serozan**, Sağlararası İşlem Yoluyla Ölüme Bağlı Kazandırma, İstanbul 1979, s. 175. -Açıktır ki, çoğunlukla birlikte böyle bir yükümlülüğün kabul edilmesi halinde, mirasbırakanın ölümünde kimlerin mirasçı olduğunun bilinmemesi veya mirasçıların çeşitli ülkelere dağılmış olmaları yüzünden hepsine ulaşılamaması gibi sebeplerle, söz konusu yükümlülüğü tamamen veya bazı mirasçılara karşı yerine getirme imkanı olmayabilir.

15) Özellikle bkz. **Flume**, § 51, 5, b, s. 850, 851; **Zich**, Art. 35, N. 59, 65; **Gauch/Scblucp/Scbmıd**, N. 1370. -Temsil yetkisinin kötüye kullanılması kavramı, bunun şartları ve uygulanacak geçersizlik yapımı için bkz. aşağıda § 50.

16) Özellikle bkz. **Zich**, Art. 35, N. 68.

bağlı tasamıf şekillerine bağlı olup olmadığı konusunda ileri sürülen görüşleri iki büyük grupta toplamak mümkündür¹⁷:

- Birinci grupta yer alan görüşlere göre¹⁸, burada da, ölüme bağlı tasarruf şekillerine bağlı olmayan sağlararası bir işlem söz konusudur. Böylece, mirasbırakımın ölümünden sonraki döneme ilişkin olarak iki imkân sunulmuş olmaktadır. Bunlardan birincisi, sırf ölümden sonrası için bir veya bir kaç kişiyi temsil yetkisi ile donatmak suretiyle ölüme bağlı tasarruf şekline başvurulmaksızın gerçekleşir. ikinci imkan ise, ölüme bağlı tasamıf şekillerine uyarak bir "vasiyeti yerine getirme görevlisi" (eski Medeni Kanun'daki deyim ile "vasiyeti tenfiz memuru") tayin etmektir (MK. m. 550). Bu iki imkan arasında esaslı farklar vardır. Örneğin, birinci imkan kullanılmışsa, tıpkı mirasbırakanın sağlığında hüküm doğuran, fakat onun ölümünden sonra da varlığını sürdüren temsil yetkisinde olduğu gibi, mirasçılar (hatta içlerinden sadece biri) temsilcinin yetkisini geri alabilir¹⁹. Oysa, mirasçılar, vasiyeti yerine getirme görevlisinin yetkilerine son veremezler. Vasiyeti yerine getirme görevlisi sulh hakiminin denetimine tabi olarak çalışır ve onun görevine son verme hakkı, sadece kanunda (MK. m. 555) öngörülen sebeplerin gerçekleşmesi halinde sulh hakimine tanınır. Öğretide işaret edilen diğer bir fark ise şudur: Sağlığında, sırf ölümünden sonrası için yetkilendirdiği kişi ile mirasbırakan arasında, şimdiden "temel ilişki" niteliğini taşıyan bir vekalet ilişkisi (BK. m. 386 vd.) meydana gelmiş ve bu ilişki sebebiyle ölümden sonrası için yetkilendirilen temsilci yetkilendirildiği andan başlayarak sadakat ve öğrendiği sırları kimseye açıklamamak borçları altına girmiştir. Vasiyeti yerine getirme görevlisi bakımından durum böyle değildir. Onun görevine başlaması ve ilgililere karşı bir vekil gibi sorumlu olması için (MK. m. 556) mirasbırakanın ölümünden sonra, kendisine sulh hakimi tarafından bu görevin bildirilmesi ve onun bu görevi kabul ettiğini açıkça veya verilen on beş günlük süreyi susarak geçirmek suretiyle kabul etmiş olması gerekir (MK. m. 550/III)¹⁹³.

Bu grupta yer alan yazarların bir bölümü²⁰ yukarıdaki açıklamalara bir istisna getiriyor. Buna göre, sırf ölümden sonrasına yönelik olarak bahsedilen bir temsil yetkisi gerçekte Miras Hukukuna ilişkin bir işlemin, yani ölüme bağlı bir tasarrufun (temsil kılıfı içinde) gerçekleşmesini sağlıyorsa, yetkilendirme yine ölüme bağlı tasamıf şekillerine bağlı olmalıdır. Bunun en güzel örneği, mirasbırakanın, ölümünden sonra geçerli olmak üzere, bir kimseyi bankadaki hesabından çekilecek belirli bir miktar parayı üçüncü bir kişiye (herhangi bir karşılık söz konusu olmaksızın) vermek üzere yetkilendirmesidir. Bir başka anlatımla, mirasbırakan A'nın sırf ölümünden sonrasına yönelik olarak yetkilendir-

17) Bu konuda ileri sürülmüş görüşlerin toplu olarak özetlenmesi için ayrıca bkz. **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 178, not 605.

18) Birinci gruptaki görüşlerle ilgili olarak metinde yer alan tüm açıklamalar için özellikle bkz. **Hofstetter**, s. 75-76; **Fellmann**, Art. 405, N. 73 vd.; **Guhl/Koller**, § 19, N. 10; **Weber**, Basler Komm., Art. 405, N. 12; **Serozan**, not 14'de age, s. 168 vd.; **Gürsoy**, Vekalet Akdinin Ölüm Nedeniyle Sona Ermesi ve Sonuçları, Temsil ve Vekaletle İlişkin Sorunlar Sempozyumu, İstanbul 1977, s. 31; **Esener**, Salahiyete Müstenit Temsil, Ankara 1961, s. 178 vd. -Ayrıca krş. Yarg. 3. HD., 6.12.2004, E. 2004/12296, K. 2004/13423 (YKD., 2005/2, s. 182; HGK, 29.11.2006, E. 2006/3-754, K. 757 (İKİD 2007/558, s. 4951 vd.).

19) Bkz. yukarıda not 10 ve ona ait metin. Şu noktayı ekleyelim ki, mirasbırakan tarafından yetkilendirilmiş temsilcinin yetkisi, (olayda mevcutsa ve görev alanına giriyorsa) vasiyeti tenfiz memuru (vasiyeti yerine getirme görevlisi) tarafından da geri alınabilir (**Zich**, Art. 35, N. 72).

19a) **Hofstetter**, s. 76; **Fellmann**, Art. 405, N. 76.

20) Bkz. not 18'de anılan **Fellmann**, **Weber**. Ayrıca bkz. **Tuor**, Bemer Komm., Band III: Das Erbrecht, 1. Abt., 2.A., Bern 1952, Einleitung vor Art. 467, N. 3a, s. 92.

di❖i icrni.ilci T. A'ya ait banka hcubundan pard çekip Ü'ye *bir* ödemede bulunacaknr. Açıkktır ki, böyle bir yetkilendirme il,lcmi ile, sözü geçen miktarda paranın üçüncü **ki**liye vru.iy<.1 edilme!ji arasında. başvuru hukuki kalıplann dcği ik olması dışında pralik sonucll l'n bakımından esasta bir fırk bulurun.imaki.odır. Getirilnu:k istenen istisna İflC bu noktada knrPJıtınıza çLkıyor ve bu gibi ..k.ırşılıksı7." (İVU7..61Z) luizandırmalan yapmak Ozcre, ı,ırf ölümünden JUJntası için hilküm ifa<lc edecek ı.an..da ı;en;cklcştirilen yetkilendirme ❖lem❖ !erine, kıyı yolu ile, ifası bağışlayanın ölümunc bağı busı,;lamalarla ilgili BK. m. 240/11 hükmünOn uygulanması ve bu yoldan ımıl.ı.nmadde uynnnca, ölüme bağı ta..cınmıf **şldi**-ne uyulmtllı gerektiği kabul ediliyor(. Şekil bir ywıa hınıkıhp, işin esasına bakıldığı :,a- mının ı,ıc, ÖBfdide bu tip bir yetkilendirmenin bir vasiyeti yerine getirme görevlisi (vasiyeti tenfiz memuru} ıt.ıma.ııı olarak değerlendirilmesi gerektiği ileri niirülüyor¹.

- İkinci grupta yer nlın göiııı,ler ı,u noktada birle❖mektedir. Sırf ölilmOnden wnra geçerli olmak üz.ere verdiği tem<il yt'lki,ıı ile miral.bımkıan rnulvarlığı değıl terekəsi Ozc- rinde ıw.nrnıf t'tmek umacını gltmetkt'dir. Şu halde, böyle bir temsil yet.ki. inin vcırlmc- ı.i ancak ölüme bağı tasarruf şekillerine bağı kalarak gerçeklci,cbilir ve bazı ya7,arların açıkça belintiği gibi içeriği açısından bir vasiyeti yerine getirme görevli i (va iycti ten- fiz memuru) uunma ı anlamını taşıır2¹. _1A Miruçılınn ilitOn tutulması gereken çıkarla- rının en iyi kunıyım görüşün bu olduğı kuşkusu7.dur.

- 21) BK. 240/11'de "vasiyet" (!!{viçre BK. 24.5111'de "ölüme ba lı tasarruflar") hilkilml❖rinc yapılan yollumuyı, ilke olarak. nırn.s❖Hı.l❖mo,i hükümlc:rinc yapılmış bir yollama olarak anlamak gerekir (l<ocayu,ıufpnşaoııJu, MirdJIHukuku, 3. bruiı, İstanbul 1987. . 126). Gerçi, bir temsilcinin yetkilendirilmesi (miral.ı.özl❖m inden farklı olarak) bir tnranı bir i❖lem ile gerçeklci❖ir. Ne var ki, mimsbirukanın va.sıyctnwne ısc;killcrinden herhangi birine uyar.ık yaptığı bir Lırunı yetkilendimic işleminin çevirme (konven;iyon) yolu ile ayakta tu- tulrruu.ıruı hiçbir engel yoktur {Plotel, Tmite de Oroit Privt Sui&ıc, iV, Droit Succe soral, Pribourg 1975, 11. IXO: Vogt, Basler Komm., Art. 245, OR❖N. 7}. Diğer tarafuın, BK. m. 240/11 hükmünün yaptığı yollamanın sadece ölüme bağı tu..ııa.rruf şekillerine yapılmış bir yollamadan ibaret olrruıdığı, esasa uit hOkOmıcrin de bu yollamanın kapsamına dahil oldu- ğu bugün genellikle kabul edilmektedir. Şu var ki, Miras Hukukunun ölüme bağı UıSarruf- lara ilişkin hükümlcrinin tOmOnlln mil, yoksa sadece ba1.Jıannın mı uygulama alanı bula- cnğJ tartlı!jmalıdır. Fedc-ml Mahkemenin (BOE 89.11.91) kesin bir ,onuca varmaktan kuçm❖ dığı bu konuda hMdm görüş, hiçbir aynın yapmadan, tilm ölüme ba❖ı tasarruf hükümleri- nin uygulanması gerektiğini kabul etmektedir ld. bu anlayışın sonucu olarak ortada BK. m. 240/11 anlamında bu❖msız bir kavram olunık ölüme bağı bağ.ıslama diye bir kavram kal- mamaktadır (Ô7.ellikle bk7- Plotet, s. 178-179: Vogt, Bıslcr Komm., Art. 245, OR. N. 8; Cavln, Traite de Droit Prive Sui❖c, tome Vfl, 1, La venle, l'echange, la donation, Fribo. urg Suisse 1978. s. 183-184; **Tandotan**, I/1, s. 368-369; **Artl**, Borçlar Hukuku. Özel Borç ilişkileri, 7. baskı. Ankara 2007, s. 199; **Wefmar**, noı IO'da age, EinJcitung vor Arı. 467, N. 118, 123, s. 133-134, 135-136. Türk Hukukunda farkh gö❖1C olan **Sffozan'a** göre ise, (not 14'dc age, s. 59 vd., 70)..Ölüme bağı bağışlama taahhOdilne kıyas yoluyla uygulan- cnk ölüme bağı tasumıf hükümleri önsel (a priori) bir yargı ile belirlcnmc--❖ ancak mOn• forit bir kazandınnayı kuşatıp kucaklayan öül hal ve şartlar da dikkate alınarak mcnfaaılcı durumuna uygun bir dcğcrılcındinneye ve tOmc varım yöntemiyle seçilip derlenebilir".
- 22) Fellmann, Art. 405, N. 15; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 178, not 605.
- 23) Plotet, not 2J'de age, s. 180; Zlch, Art. 35, N. 70; <>ıuzınan, M.inis Hukuku, 6. bası, 1 tonbul 1995, s. 96; Chappuı, CR, Art. 35, N. J3; **Watter**, Basler Komrn., Art. 35, N. 8; \Velmar, not IO'da age, Einlcitung vor Alt. 467, N. 104, s. 128; **Eren**, 9. bası, s. 407-408. -Bu konuda ayrıca bkz. v. **Tubr/Peter**, § 42, Vl❖ S, s. 369-370 ve not 78, 80; Tandotan, II. s. 655 vd.; **BreibchmJd**, not IO'da age, Vorbcm. zu Art. 467-536. N. 43, 44; BGE 1os.n.253 ve not 22'dc anılan **Fellm•n**.
- 24) HukulcJ durumdaki karışıklık ıebebiyle, İsviçre Bankacılar Birliği üyelerine gönderdiği

bb) Temsilcinin Ölümü.

Kural olarak temsilcinin ölümü ile son bulan temsil yetkisinin, mirasbırakanın yetkilendirme işleminin geçerli olduğu iradesi veya işin niteliği gereği onun ölümünden sonra da devam etmesi söz konusu olabilir. Şu kadar ki, bu istisnaların temsilcinin ölümü hallerinde uygulama alanı bulması ihtimalisonderece zayıftır. Zira, temsilcinin ölümüyle temsilcinin mirasçılarının ölümünden sonra temsilci yerine yetkili olacaklarını öngörmesi için, bu mirasçıların kimler olacağını önceden belirlenmesi ve onlara güven duyması gerekir. Temsilcinin ölümünde kimin ona mirasçı olacağını yüzde yüz bir kesinlikle bilinmesi mümkün değildir. Ayrıca, birden fazla mirasçı varsa, onların miras ortaklığı çerçevesinde karar alınması ve uygulama mekanizmalarını işletmekte karşılaşılabilecek zorluklar da hesaba katılmalıdır. Öğretide verilen örnekler arasında en çok kabul edilebilir olanlar, vekalet (BK. m. 397/II) ve adi şirket (BK. m. 537/c. 2, 3) sözleşmelerinde, vekilin veya şirket ortağının ölümü üzerine, onların mirasçılarının geçici bir süre için işlere devam etmesi öngören kanun hükümleridir²⁶.

cc) Gaiplik Kararı

BK. m. 35/1 uyarınca gerek temsili olarak gerekse temsilci için "gaiplik hükmünün ilanından" ifibaren temsil yetkisi son bulur²⁷. Hukukumuzda mahkemece verilen gaiplik kararının ilan edilmesi söz konusu değildir. Nitekim, Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, 78. maddesinde "Gaiplik kararları mahkemelerce on gün içinde o yerin nüfus müdürlüğüne bildirilir ve nüfus memurlarınca aile kütüklerine tescil edilir" demekle yetinmektedir^{28a}. MK. m. 35 (eski MK. m. 34) uyarınca gaiplik kararının verilmesi üzerine ölüme bağlı haklar, aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılır²⁸. Şu halde temsil yetkisi *gaiplik kararı* ile son bulacak ve herhalde (hukuk güvenliğini ağır biçimde sarsacak çözümlerden

22.10.1973 tarihli bir yazı ile, banka müşterilerinin ölümü ile hüküm doğuracak temsil yetkilerini kabul etmemelerini tavsiye etmiştir. (Guggenheim, Die Verträge der schweizerischen Bankpraxis, Zürich 1986, s. 207). İsviçre bankacılık uygulamasında, bankaların çoğu "mandatın post mortem" niteliğindeki bu gibi yetkileri kabul etmekten kaçınmaktadır (Aubert/Beguine/Bernasconi/Graziano-von Burg/Schwobfreuillaud, Le secret bancaire suisse, Beme 1995, s. 364).

25) Bkz. Zich, Art. 35, N. 60, 61.

26) Bu konuda bkz. v. Tuhr/Peter, § 42, VI, 5, s. 371; Zich, Art. 35, N. 78.

27) İsviçre BK. m. 35/1'de, yerinde olarak gaiplik kararının "ilanından" değil "verilmesinden" söz açılmaktadır. "Gaiplik hükmünün ilanı" deyimini yanlış bir çeviri sonucu Borçlar Kanunumuza girmiştir.

27a) RG 23.11.2006, sayı 2635S.

28) Bu açıdan, temsil yetkisinin sona ermesi için gaiplik kararının ilanını esas alan Oğuzman/Öz (4. bası, s. 184), Esener (not 18'de age, s. 195) ve Tandoğan (il, s. 664) gibi yazarların açıklamaları düzeltilmeye muhtaçtır.

kaçınmak için), gaiplik kararının geriye yürüyerek ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak hüküm doğurmasını öngören MK. m. 35/11 hükmü burada uygulanamayacaktır²⁹.

b. Tüzel Kişiliğin Son Bulması (BK. m. 35/11)

aa. Temsil Olunan Açısından

- 14 Temsil olunan bir tüzel kişi ise, şel ki şiliğin son bulmasına xol açan bir sebebin gerçekleşmesi halindetemsil yetkisi soı) bu}ur. Gerçi, yeni Me-eni7Canünumuza eklenen 32mn de yerinde olarak ifade ettiği gibi, tüzel kişiliğin son bulmasına yol açan sebebin gerçekleşmesi, tüzel kişinin tasfiye aşamasına girmesi anlamını taşır ve bu aşamada da, tasfiye amacı ile sınırlı olmak üzere, tasfiye sona erinceye kadar tüzel kişi varlığını sürdürür. Ne var ki, kanun, ilke olarak sona erme sebebinin gerçekleştiği anı esas almış ve o andan başlayarak tüzel kişinin yetkilendirmiş bulunduğu temsilcilerin temsil yetkilerinin son bulmasını öngörmüştür³⁰. Bununla birlikte, yetkilendirme işleminde, temsilcinin yetkilerinin tasfiye aşamasında da tasfiye amacının sınırları içinde kalmak kaydı ile devam etmesi öngörülmüş olabilir³¹. Ne var ki, bu durumdaki temsilcinin yetkisi, tasfiye me-murunca geri alınabilir. Diğer taraftan, "işin niteliği" gereği, tasfiye aşamasına girmiş bir tüzel kişinin daha önce vermiş bulunduğu temsil yetkisi, tasfiyenin gerçekleşmesi için gerekli işlemleri kapsamına aldığı ölçüde, sona erme sebebinin gerçekleşmiş olmasına rağmen varlığını sürdürebilir³².

- 15 İsviçre öğretisinde, kanunun sadece "tüzel kişiliğin son bulmasından" söz açması eleştirilmiş ve bunun yanında tüzel kişinin ticaret sicilinden "terkin edilmesinin (silinmesinin)" de (sona erme sebebinin gerçekleşmesine rağmen varlığını sürdüren yetkiler açısından) temsil yetkisinin ortadan kalkmasına yol açan ayrı bir sebep olarak gösterilmesi gerektiği ileri sürülmüştür³³.

bb. Temsilci Açısından

- 16 Temsilci durumundaki bir tüzel kişi açısından, şel kişiliği-sona erdi-ren bir sebep gerçekleşmesi temsil yetkisi s n bulması s onqçunu doğurur {BK. m. 35/1}. • -- -?-?-

29) **Zich**, Art 35, N_ 6; **Oser/Schönenberger**, Art 35, N. 5; **Watter**, Basler Komm., Art 35, N.2.

30) **Oser/Schönenberger**, Art. 35, N. 7; **Ziich**, Art. 35, N. 9. **Oser/Schönenberger'e** göre, BK. m_ 40, şirket temsilcilerine ilişkin kanun hükümlerini saklı tutmak suretiyle (bizde Türk Ticaret Kanununda düzenlenmiş) ticari şirketlere ilişkin hükümlere yollama yapıldığından, (hiç değilse ticaret şirketleri açısından) BK. m. 35n hükmünün gereksiz olduğu ileri sürülebilir.

31) **Zich**, Art. 35, N. 10.

32) **Watter**, Basler Komm., Art. 35, N. 3; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s_ 183, not 627.

33) **Zich**, Art. 35, N. 4, 9, 100. Ayrıca bkz. **Watter**, Basler Komm., Art. 35, N. 3_

c. Fiil Ehliyetinin Kaybı

aa. Temsil Olunan Açısından

Fiil ehliyetinin kaybı iki biçimde karşımıza çıkabilir. Bunlardan birincisi, temsil olunan hal&incfa !İa?n ece kısıtlan:1a- karan verilmesidir. İkinci ihtimalde ise, bir kısıtlama karan mevcut g_?ğillç_?n !ems j l--9Junapın ayırt etme gücünden (temyiz kudretinden) yoksun kalmasıdır. Aşağıda bu iki ihtimali ayrı ayrı ele alıyoruz:

- Temsil olunan hakkında *kısıtlama kararı* verildiği vakit, bunun temsil yetkisini sona erdireceği hakkında görüş birliği vardır. Azınlıkta kalan bir görüşe göre, BK. m. 35/I'de "medeni hakların kullanılması salahiyetinin izaası" biçiminde ifade edilen "fiil ehliyetinin kaybından", sadece "kısıtlama kararı" anlaşılmalı, dolayısı ile temsil olunanca ayırt etme gücünün kaybı temsil yetkisinin sona ermesine yol açmamalıdır³⁴. İsabetli saymadığımız bu görüş ile ilgili düşüncelerimizi aşağıda açıklıyoruz.

- Temsil olunanın ayır? etme gücünden yoksun duruma düşmesi halinde bir ayırımıyapınak gerekir: 19

= Uyuşturucu etkisi altında kendinden geçme, sarhoşluk ve benzeri sebeplerle *geçici* olarak ayırt etme gücünün kaybedilmesi temsil yetkisinin son bulmasına yol açmaz³⁵.

= Buna karşı, örneğin, bunadığı, bir akıl hastalığına yakalandığı veya bir daha çıkamayacağı biçimde komaya girdiği için *sürekli* olarak ayırt etme gücünü kaybeden kişi (henüz bir kısıtlama kararı bulunmamasına rağmen) fiil ehliyetinden yoksun kalmış olacağından, onun vermiş bulunduğu temsil yetkisi anılan fiili durumların gerçekleştiği andan başlamak üzere³⁶ son bulur. Şu halde, "kısıtlama karan" yanında, "ayırt etme gücünden sürekli biçimde yoksun kalma" da temsil yetkisinin (BK. m. 35/I) ve vekalet sözleşmesinin (BK. m. 397/1) sona ermesine yol açar³⁷. Gerek BK. m. 35/1, gerekse BK. m. 397/I'de, kısıtlama kararından değil, ayırt etme gücünün sürekli olarak kaybı ihtimalini de içine alan "fiil ehliyetinin kay-

34) Bu düşüncede olan **Bucher'in** (AT, s. 608; Art. 19 ZGB, N. 334) fikrinde, temsilcinin temsil olunan adına işlem yaptığı sırada, temsil olunanın ayırt etme gücüne (temyiz kudretine) sahip olması gerekmez. Türk Hukukunda aynı eğilimde: **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 183, not 626. Anılan yerde, BK. m. 35/I'de "fiil ehliyetinin kaybı" ile sadece "kısıtlama" halinin kastedildiğini ileri süren bu yazarların, daha sonra (s. 188) temsil olunanın sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesini de temsil yetkisini sona erdiren bir sebep olarak gösterdikleri görülüyor.

35) **Zach**, Art. 35, N. 14; **Fellmann**, Art. 405, N. 34; **Watter**, Basler Komm., Art. 32, N. 21.

36) Bkz. **Zach**, Art. 35, N. 16, 19.

37) v. **Tuhr/Peter**, § 42, VI, s. 368; **Ziicb**, Art. 35, N. 13, 16; **Fellmano**, Art. 405, N. 34; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 188.

hından" söz edilmesi bu görüşü destekler. Kaldı ki, sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun kalan temsil olunan, bundan böyle, temsilciye talimat veremeyeceği ve ona olan güveni sarsılmışsa temsil yetkisini geri alamayacağı için, temsil olunanlara tanınan en önemli iki haktan (hiç değilse bir vasi tayin edilinceye kadar) tamamen yoksun kalmış durumdadır³⁸. Buna rağmen, onun daha önce yetkilendirdiği (her türlü denetim dışı kalmış) temsilcisi tarafından kayıtsız şartsız temsil edilebilmesi kabul edilemez. Burada, olsa olsa, temsil olunanın çıkarlarının zarar görmesini önlemek amacı ile sınırlı kalmak üzere (BK. m. 397/II), temsil yetkisinin geçici bir süre için varlığını sürdürmesi söz konusu olabilir.

20

Temsil olunan, henüz kısıtlanmadan veya ayırt etme gücünü sürekli olarak kaybetmeden önce, ihtiyaten, fiil ehliyetini kaybetmesi halinde temsilcisinin temsil yetkisinin son bulmayacağı yolunda bir kaydı (İsviçre'de avukatlarla yapılan vekalet sözleşmelerinde veya banka işlemleri ile ilgili vekaletnamelerde sık sık rastlandığı gibi) vekaletnameye eklemişse, bu kayıt geçerli sayılabilir mi? Bu konu tartışmalıdır. Her ne kadar temsil yetkisi açısından BK. m. 35/1, vekalet sözleşmesi açısından (burada sadece konusu hukuki işlem yapılması olan vekalet sözleşmeleri yönünden ele aldığımız) BK. m. 397/1, bu maddelerde yazılan son bulma sebepleri için iki istisna öngörmüş olsalar da, bu istisnaları mekanik bir biçimde uygulamaktan kaçınmak ve her defasında bu hükümlerin temelinde yatan değerlendirme ve amaçların söz konusu istisnaların uygulanmasına ne dereceye kadar izin verdiğini kontrol etmek gerekir. Anılan maddelerden, ilk bakışta, yetki belgesinde yer alan ters yönde bir kayıtlı, fiil ehliyetinin kaybı halinde temsil yetkisinin son bulmasının önlenebileceği izlenimi doğuyorsa da, bir görüşe göre kısıtlama karan verilmesi ihtimali³⁹, üstün tuttuğumuz diğer bir görüşe göre ise, hem kısıtlama karan verilmesi hem de temsil olunanın ayırt etme gücünü sürekli biçimde kaybetmesi ihtimalleri için öngörülen bu gibi kayıtlar (ayırt etme gücünün kaybı halinde yukarıda N. 19 altında belirtilen düşünceler dikkate alınarak) geçersizdir^{40,43}. Hiç kuşkusuz, BK. m. 397/II hükmü saklıdır.

38) Bu konuda bkz. **Gautschi**, Art. 405, N. 10a; **Fellmann**, Art. 405, N. 29; **Engel**, s. 399.

39) **Guhl/Koller**, § 19, N. 12; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1371; **Eren**, 9. bası, s. 408.

40) **Zach**, Art. 35, N. 16, 83; **Gautschi**, Art. 405, N. 10a; **Engel**, s. 399. -Bu gibi kayıtların (sonradan mahkemece tayin edilecek yasal temsilci tarafından temsil yetkisi geri alınınca ya kadar) geçerli olacağı görüşünde: **Bucher**, AT, s. 608; **Fellmann**, Art. 405, N. 88-91. Buna karşı, bütün ihtimallerde, bir yasal temsilcinin (vasinin) mahkeme tarafından görevlendirildiği andan başlamak üzere, yasal ve (kısıtlanan kişinin yetkilendirmesine dayalı) iradi temsilcilikler aynı zamanda ve yan yana bulunamayacağından, (hakkında kısıtlama karan verilmiş) temsil olunca yetkilendirilmiş temsilcinin temsil yetkisinin otomatik olarak son bulacağı düşüncesinde: **Zich**, Art. 35, N. 19; **Guhl/Koller**, § 19, N. 12.

40a) Bir yandan BK. m. 35/1'in sözüne (lafzına) aşın biçimde bağlı kalan, diğer yandan da pratik hayatın (bunu İsviçre açısından "bankacılık uygulamasının" diye anlamak yerinde olur) ihtiyaçlarını karşılamak kaygısı altında hareket ettiği anlaşılan Federal Mahkeme 23.5.2005 tarihli (bizim katılmadığımız) kararında (BGE 132.III.222; JdT 2006.1.252), ayırt etme (temyiz) gücünün kaybedilmesi hali için aksi görüşü benimseyerek, vekaletnamede (yetki belgesinde) yer alan ve temsi olunan ayırt etme (temyiz) gücünü sürekli olarak kaybetse bile temsil yetkisinin varlığını sürdürmesine izin veren kayıtları geçerli saymıştır (Aynı doğrultuda: **Chappius**, CR, Art. 35, N. 11; **Watter**, Basler Komrn., Art. 35, N. 4).

Temsil olunana bir *yasal danışmanlık* (kanunf müşavir) tayin edilmesi halinde, BK. m. 35/1 uyarınca temsil yetkisi son bulur mu? Bu sorunun cevabını verebilmek için yasal danışmanlığın, sadece ilk ikisi kanunda belirtmiş (MK. m. 429) üç çeşidini ayrı ayrı ele almak gerekir:

- Oy (iştirak)3ai 2is manlığwda... v.asaLdanışman kanuni (yasal temsilci 22
sıfatına sahip değildir.11. O, sadece, MK. m. 429/I'de dokuz bent halinde ve
sınırlayıcı biçimde sayılmış işlemler için görülmüştür. Kendisi O. 2 ya 2 al
anışman atanan kişi, bu işlemlerde yasal danışmanın olumlu oyunu (rıza-
srm) almak zorundadır. (Irr: -ARsı fialoe-iş lein ""(tıpKi smirfi-ehliyetsizlerin yasal
temsilcinin iznini almadan yaptıkları işlemlerde olduğu gibi) geçersiz (as-
kıda hükümsüzdür. İncelme konusu yaptığımız BK. m. 35/1-hükmü ya-
sal danışmanlığın bu tipinin özellikleri dikkate alınarak kaleme alınmış bir
hüküm değildir. Bu sebeple, kendisine mahkemece bir oy danışmanı atanan
kişinin, daha önce bir başkasına venniş bulunduğu temsil yetkisinin sona
erip ermeyeceğini iki aşamada ele almak gerekir:

= İlk aşamada sorulacak soru şudur: MK. m. 429/1 uyarınca, bu madde de dokuz bent halinde sayılan işlemlere ilişkin olarak bir yasal danışman atanması ile etkileliyeti bu çerçevede sınırlanan kişinin, sözu geçen işlemleri bu *atamadan sonra* yetkilendireceği bir- temsilci aracılığı ile gerçekleştirmesine kesin bir engel oluşturur mu? Bizce, bu sorunun cevabı olumsuzdur. Gerçi, bir temsilciyi yetkilendirmek suretiyle hukuki işlem yapmak, fiil ehliyetinin içeriğine giren bir kudreti ifade eder. Fiil ehliyeti kalkmışsa, temsilciye yetki vermek mümkün değildir. Fiil ehliyeti tamamen ortadan kalkmayıp, belirli bir ölçüde sınırlanmışsa, bir temsilcinin yetkilendirilmesi de aynı ölçüler içinde sınırlandırılmış olur⁴². Yasal danışman atanması, ilgili kişinin fiil ehliyetini ortadan kaldırmayıp, kısaca onu ehliyetsiz hale getirmeyip, sadece bu ehliyeti kanunda öngörülen biçim ve derecede sınırlar⁴³. Yukarıda belirtildiği gibi, yasal danışman, MK. m. 429/1'de sayılan işlemler açısından (bunların arasında bir iradi temsilciye yetki verilmesi yer almamaktadır) bir kanuni (yasal) temsilci değildir. Yasal danışmanın, MK 429/1'de yer alan bir işleme "evet" demesi üzerine, bunun mutlaka sınırlı

41) **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, s. 507; **Akıntürk**, Türk Medeni Hukuku ,cilt II, Aile Hukuku, 9. bası, İstanbul 2004, s. 490.

42) **Schnyder/Murer**, Bemer Kommentar, Das Familienrecht., Band II, 3. Abteilung, 1. Teilband, Bem 1984, Systematischer Teil, N. 32; **Bucher**, Art. 12 ZGB, N. 54.

43) Bkz. Schnyder/Murer, not 42'de age, Art. 395, N. 12, 63; **Bucher**, Art. 14 ZGB, N. 96; Grossen, Das Recht der Einzelpersonen, in: Schweizerisches Privatrecht, II, Basel 1967, s. 321; Oğuzman/Dural, Aile Hukuku, 2. bası, İstanbul 1998, s. 523; Oğuzman/Sclici/Oktay, İkişiler Hukuku, 7. bası, İstanbul 2002, s. 55; DuraVÖğüz/Gümü, Türk Özel Hukuku, cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2005, s. 730. -Başka türlü: DuraVÖğüz, Türk Özel Hukuku, cilt il, Kişiler Hukuku, İstanbul 2004, s. 60.

ehliyetli kişinin bizzat kendisi tarafından yapılabileceği, kamını temsilciliğin söz konusu olmadığı bu alanda iradi temsile de yer bulunmadığı, bir başka anlatımla her türlü temsil imkanının kapalı olduğu ileri sürülemez. *Oy danışmanı tarafından uygun bulunan bir işlemin, bizzat ilgili kişi değil de, onun (yasal danışmanın göreve başlamasından sonra) yetkilendirdiği temsilcisi tarafından yapılmasında yasal danışmanlığı öngören MK. m. 429'un koruyucu amacına ters düşen bir taraf yoktur*⁴⁴.

= Bu açıklamaların ışığında, asıl konumuza dönersek, *bir oy danışmanın atandığı sırada esasen mevcut bulunan bir temsil yetkisi BK. m. 35/1 uyarınca son bulmayacak, sadece, temsil olunanın ehliyeti kanun gereği hangi ölçüde sınırlanmışsa, bu yetki de aynı ölçüde sınırlanmış sayılacak ve bundan böyle, daha önce yetkilendirilmiş temsilci de, (bizzat ehliyeti sınırlanan kişinin veya onun adına temsilcisinin yapacakları başvuru üzerine) oy danışmanının olumlu oyu elde edilmeksizin MK. m. 429/J'de sayılan işlemleri sınırlı ehliyetli kişi adına geçerli olarak yapamayacaktır*⁴⁵. Görülüyor ki, MK. m. 429/1' in kapsanımına giren işlemlerin yasal danışman tarafından uygun bulunmaları halinde, sınırlı ehliyetsiz kişinin daha önce tam ehliyetli olduğu sırada yetkilendirmiş bulunduğu temsilcisi tarafından onun adına geçerli biçimde yapılabilmesine bir engel bulunmamaktadır. Şu halde, bir kimseye bir oy danışmanı atanması, MK. m. 429/1'de öngörülmeyen işlemler açısından daha önce yetkilendirilmiş temsilcinin yetkisi üzerinde herhangi bir şekilde etkili olmaz; bu hükmün kapsamına giren işlemlerde ise, temsil yetkisini ortadan kaldırmayıp, sadece bu yetkinin *kullanılmasına* sınırlama getirir.

- 23 - Yönetim..(idai:..e) danı !!!E,n-lunda (MK. !ll.: 329/11), ◆endis◆ne yasal danışman atanan kişi, malvarlığının *gelirleri* üzerinde kimseye danışmadan **VEYA** izin almadan serbestçe-tasarrufacebiiecegi halde, *sermaye* bölümüne ilişkin olarak, aynı tamandayasal• kanun" JemsilcLsıfatını taşıyql1 yasal danışmanın neredeyse vesayeti altına girmiş gibidir, yani bu açıdan bu durÜmdaKibir kişi ile kısıtlaiü}J'◆esa:yet)rttffiaqfnmsJcisiüin◆hukuktduriinlar arasında pek büyük bir fark kalrnamıştır⁴⁶. Bu sebeple, kendisine yönetim danışmanı atanan temsil olunanın, *mal-varlığının sermaye bölümü ile ilgili olarak* yetkilendirdiği temsilcilerin temsil yetkileri, *sırf bu kapsama giren*

44) Yasal danışman, işlemin yapılmasını uygun bulduğunu, ilgili kişiye karşı bildirebileceği gibi, onun yetkilendirdiği temsilciye de bildirebilir.

45) Başka türlü: (Vekalet sözleşmesine ilişkin BK. m. 397 hükmü ile ilgili olarak) **Fellmann**, Art. 405, N. 38. Krş. **Tandoğan**, il, s. 667. -Aynca bkz. ve krş. **Ziich**, Art. 35, N. 13.

46) Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 506, 508; Schnyder/Murer, not 42'de age, Art. 395, N. 14, 118; **Descbenaux/Steinauer**, *Personnes physiques et tutelle*, 4. ed., Beme 2001, N. 173, 180, 196; **Oğuzman/Dural**, not 43'de age, s. 525.

işlemlere ilişkin olarak, atama işlemi ile birlikte, BK. m. 35/1 uyarınca son bulur⁴⁷.

= *Karma (tam) danışmanlık* halinde, MK. m. 429'un birinci ve fıkraları bir arada uygulanır. Buna göre, temsil olunan, malvarlığının sermaye bölümünde kanuni temsilcisi olan ve vasiye benzer bir konum elde eden yasal danışmana tabidir. Malvarlığının gelirlerinde ise, MK. m. 429/I'de sayılan haller dışında serbestçe tasarruf edebilir. Bunun sonucu olarak, mahkemece yasal danışman atandığı vakit, önceden yetkilendirilmiş temsilci, malvarlığının sermaye bölümüne ilişkin işlemler açısından, BK. m. 35/I gereği, yetkisini kaybeder. Malvarlığının gelirleri ile ilgili işlemler bakımından ise, yetkisi sınırlanmak suretiyle, MK. m. 429/I'de dokuz bent halinde gösterilen işlemleri temsil olunan adına geçerli olarak yapabilmek için yasal danışmanın olumlu oyuna muhtaç olur. 24

MK. m. 431/II'nin (İsv. MK. 397ill) "Kayyım veya yasal danışman atanmasına ilişkin karar, ancak vesayet makamının gerekli görmesi halinde ilan olunur" şeklindeki ifadesine rağmen, hakim görüş yerinde olarak, bir ehliyet sınırlamasının söz konusu olmasından hareket etmekte ve yasal danışman tayininin (mç değilse ilke olarak) her zaman ilan edilmesini gerekli saymaktadır⁴⁷. Bu durumda, kararın ilanından önce, üçüncü kişilerin iyiniyeti korunur ve yasal danışman tayinini bilmediği gibi, bilmesi de kendisinden beklenemeyecek olan üçüncü kişilere karşı sınırlı ehliyetli kişinin bizzat yaptığı işlemler geçerli sayılır. İşlemin sınırlı ehliyetli konumundaki kişinin temsilcisi tarafından yapılmış olması halinde, nasıl temsil olunanın ehliyetinin sınırlandırıldığı iyiniyetli üçüncü kişilere karşı öne sürülemiyorsa, bu ehliyet sınırlamasına bağlı olarak temsilcinin temsil yetkisini kaybettiği de iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilecek bir iddia ol.maktan çıkar. Buna karşı, ilandan sonra, üçüncü kişilerin iyiniyet iddiası dinlenmez ve gerek sınırlı ehliyetlinin bizzat yaptığı, gerekse yetkisi sınırlanmış veya son bulmuş temsilcisi aracılığıyla gerçekleşmiş (MK. m. 429 hükmüne ters düşen) işlemler, (işlemin temsilci tarafından yapılmış olması halinde BK. m. 38 uyarınca) yasal danışman icazet vermedikçe geçerli olmaz. 24a

Kayyım atamaları (MK. m. 426) ehliyet sınırlaması getirmez ve BK. m. 35/I'in uygulanmasına yol açmaz⁴⁸. 25

bb. Temsilci Açısından

Burada da, ayırt etme gücünün (temyiz kudretip.ii)Jrnybı iJe k!st_!lama ihtimallerini axn3-yn?lealmax?qgp.ı olur. 26

- Ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden temsilci, bu süre içinde te qı. s ıl ol!} ?t;!a? ?a g?ei: 1- ı? _er).'ap?,iz?atonwı-temsil yetkisi m bulmuş değildir . // I 1

47) Schnyder/Murer, not 42'de age, Art. 395, N. 118, 63; Fellmann, Art. 405, N. 39.

47a) Schnyder/Murer, not 42'de age, Art. 397, N. 77-79; Descbenaux/Steinauer, not 46'da age, N. 1147; Oğuzmao/Dural, not 43'de age, s. 526.

48) Zich, Art. 35, N. 13; Watter, Basler Komm., Art. 35, N. 4. FeUmann, Art. 405, N. 37.

49) Zach, Art. 35, N. 14.

Ayırt etme gücünün temsilci tarafından *sürekli* olarak kaybedilmesi, henüz bir kısıtlama karan verilmiş olmasa bile, temsil yetkisini sona erdiren⁵⁰.

- Ayırt etme gücünü sürekli olarak kaybetmiş bir kimse hakkında *kısıtlama* karan verilmesi onun ehliyet durumunda bir değişiklik yaratmaz⁵¹. Bu gibi ihtimallerde, temsilcinin temsil yetkisi kısıtlama kararından önce, ayırt etme gücünün sürekli olarak kaybedildiği anda son bulmuştur. Buna karşı, ayırt etme gücüne sahip bir temsilci hakkında kısıtlama karan verildiği vakit, bu kararın onun temsilcilik sıfatına son verip vermeyeceği tartışmalıdır:

= Bir görüşe göre, ayırt etme gücüne sahip fakat kısıtlandığı için "sınırlı ehliyetsizler" statüsüne dahil olmuş bir kişiye temsil yetkisi vermek mümkün bulunduğu göre⁵², bu durumdaki bir temsilci hakkında sonradan kısıtlama karan verilmiş olması daha önce verilmiş temsil yetkisinin son bulması sonucunu doğunnaz⁵³.

= Üstün tutulması gereken görüşe nazaran, yetkilendirildiği sırada tam ehliyetli olan temsilci somadan kısıtlanırsa, bu durum, temsil olunanın ona karşı duymuş olduğu güveni sarsacağı için, BK. m. 35/1 uyarınca temsil yetkisi son bulur⁵⁴. Gerçekten, bir kimseye sınırlı ehliyetsiz statüsünde olduğunu bile bile, her türlü riski göze alıp temsil yetkisi vermekle; başlangıçta tam ehliyetli olan kişinin, temsilci sıfatını elde ettikten sonra (örneğin MK. m. 406 gereği savurganlığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı veya malvarlığını kötü yönetmesi sebebiyle) kısıtlanıp vesayet altına konulması halinde bile temsil yetkisinin devamında bir sakınca görülmemesi aynı şey değildir. Hayat tecrübelerine göre, bu gibi durumlarda sonradan kısıtlanan temsilciye karşı bir güven bunalımının doğması asıldır. Hiç kuşkusuz, temsil olunan dilerse aynı temsilciyi yeniden yetkilendirebilir. Daha baştan yetkilendirme işleminde, ayırt etme gücünü ortadan kaldırmayan herhangi bir sebeple sonradan kısıtlanacak tem-

50) **Zach**, Art. 35, N. 18; **Fellmann**, Art. 405, N. 29, 34.

51) Pratik açıdan, sürekli biçimde ayırt etme gücünü kaybetmiş bir kimse hakkında kısıtlama karan verilmesinin en önemli sonuçları, bir yandan kısıtlama kararının ilanı üzerine artık üçüncü kişilerin iyiniyet iddialarının dinlenmemesinde (MK. m. 410/il), diğer yandan da, kısıtlanan ergin (reşit) kişiye bir vasi (yasal temsilci) tayin edilmesinde kendini gösterecektir.

52) Bkz. yukarıda § 46, N. 34.

53) **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 195; **Eren**, 9. bası, s. 408.

54) **Zach**, Art. 35, N. 18; **Fellmann**, Art. 405, N. 32; **Tandoğan**, il, s. 668. Ayrıca bkz. **Bucher**, Art. 19 ZGB, N. 335. Çelişkili açıklamalarına rağmen, **Esener'in** de (not 18'de age, s. 196) sonuç itibarı ile bu görüşe katıldığı söylenebilir.

silcinin temsil yetkisinin varlığını sürdüreceğini öngönneye de bir engel yoktur (BK. m. 35/1)⁵⁵.

Yukarıdaki açıklamalar temsilciye (hangi çeşit olursa olsun) bir yasal 27 danışman (kanuni müşavir) atanması için de geçerlidir.

d. İflas

aa. Temsil Olunma İjliisi

Temsil olunan iflas edince, iflasın açıldığı andan başlamak üzere⁵⁶, yetkilendirme işleminae-bunl;ln-aksint-öngpnnek 1ajkanı-oult!_nmaksTzın:-iflas 28 masasına dahil mal ve değerlere-işikkin olarak, onun tarafından verilmiş -Ten1sil yetkileri son bulur⁵⁷.

İflasın sonradan kaldırılması&ic. İf. K. m. 182) halinde, sona ermiş bulunan temsil yetkileri yeniden hayata dönmez⁵.

İflas masası *dışında* kalan konulara ilişkin temsil yetkileri, iflasın açılmasına rağmen varlığını sürdürür⁵⁹.

bb. Temsilcinin İfldsı

Temsilcinin iflası halinde, temsil olunanın ona karşı duyduğu güven 29 sarsılmış olacağından, BK 35/1'de yer alan kanne uyarınca, temsil yetkisi ilke olarak son bulur. Yetkilendirme işleminde bunun tersinin öngörülmesi olmasına hukuki bir engel yoktur⁶⁰.

55) Özellikle bkz. not 54'de anılan Zach.

56) Oğuzman/Öz'ün (4. bası, s. 184), temsil yetkisinin sona ereceği anı "iflas kararının kesinleşmesi" anı olarak göstermelerine kahlairuyoruz. İflas, Asliye Ticaret Mahkemesinin (gün, saat ve dakikayı da belirtmek suretiyle) iflas hükmünde gösterdiği anda açılır ve o andan başlayarak hukulô sonuçlarını doğurur (İc. İf. K. m. 165/1; Kuru, İcra ve İflas Hukuku, cilt 3, 3. baskı, Ankara 1993, s. 2710 vd.; Üstündağ, İflas Hukuku, 6. bası, İstanbul 2002, s. 36-37). Anılan yazarlardan Kuru'nun yerinde olarak belirttiği gibi, "İflas karan, hukulô sonuçlarını iflas kararının taraflara tebliğinden veya kesinleşmesinden itibaren değil, iflas kararında belirtilen iflasın açılma anından (iflas kararının tefhiminden) itibaren meydana getirir."

57) Zach, Art. 35, N. 32, 87; Tandoğan, il, s. 670. Farklı: Watter, Basler Konun., Art. 35, N. 6; Chappuis, CR, Art. 35, N. 11; Eren, 9. bası, s. 408.

58) Esener, not 18'de age, s. 186; Zich, Art. 35, N. 36.

59) Burada, iflasın açılmasına rağmen, masa dışı konulara ilişkin temsil yetkilerinin aynca yetki belgesinde (vekaletnamede) bu yolda bir kayıt bulunmasına gerek bulunmaksızın, kendiliğinden varlıklarını sürdürmesi söz konusudur (Bkz. v. Tuhr/Peter, § 42, VI, 5, s. 370; Zach, Art. 35, N. 33; Engel, s. 400; Oğuzman/Öz, 4. bası, s. 184; Tandoğan, 11, s. 670; Esener, not 18'de age, s. 186. Farklı: Becker, Art. 35, N. 4.

60) Zich, Art. 35, N. 34; Esener, not 18'de age, s. 196.

3. Temsil Yetkisinin G_eri Alma-Dışındaki Sebeplerle Sona Ermesinin onuçları

a. Durumun Özellikle BK. m. 37 Hükmü Açısından İncelenmesi

- 30 Yukarıda incelediğimiz sebeplerden biri ile sona eren bir temsil yetkisi-
ne dayanmak suretiyle temsilcinin yaptığı işlemler, kural olarak, yetkisiz
temsil hükümlerine tabi olur. Uygulanacak yaptırım BK. m. 38 gereği askı-
da hükümsüzlüktür.
- 31 Sözü geçen sqna_enne_sebeplerind_ n birisi gerçekleştiği halde, bundan
haberi olmayan ve temsil yetkisinin varlığını sürdürdüğü esastan hareket
eôen temsilci T, üçüncü kişi Ü ile temsil olunan A adına bir işlem yaptığı
takdirde, bu işlemi yetkisiz temsil hükümlerine tabi tutmaksızın geçerli
saymak mümkün olur mu? Borçlar Kanunu (m. 37), hem *temsilcinin* hem
de onunla işlem yapan *üçüncü kişinin iyiniyetli olmaları* şartı ile (*çifte iyi-
niyet*), işlemin sanki temsil yetkisi devam ediyormuş gibi geçerli olmasını
kabul etmiştir. Bu hüküm ilk planda iyiniyetli temsilciyi korumak üzere
kanuna eklenen, fakat dolaylı olarak üçüncü kişiyi de himaye eden bir hü-
kümdür⁶¹. Gerçekten, BK. m. 37 hükmü olmasaydı, temsil yetkisinin BK.
m. 35'de sayılan sebeplerden birine dayalı olarak son bulunduğunu bilmeyen
temsilci, üçüncü kişinin yetkisiz temsile ilişkin BK. m. 39/I, c. 1 hükmüne
dayanarak kendisine yönelteceği (kusursuz sorumluluk esasına dayalı) taz-
minat talebine muhatap olabilecekti. Üçüncü kişi iyiniyetli olmadığı zaman
iyiniyetli temsilcinin (BK. m. 37/I çerçevesinde) ayrıca korunmasına gerek
görülmemesi (BK. m. 37/II), temsil yetkisinin sona erdiğini bilen veya bil-
mesi gereken (kötüniyetli) üçüncü kişinin temsilciye karşı bir tazminat
davası açmasına BK. m. 39/I, c. 2 hükmünün imkan vermemesine dayan-
maktadır⁶². Görüldüğü gibi, ancak Ü iyiniyetli olduğu zamandır ki, iyiniyet-
li T'nin bir tazminat ödeme rizikosu altına girmesi söz konusu olabilece-
ğinden, T'yi korumak üzere sevk edilen BK 37 hükmünün uygulama alanı
bu amaca uygun biçimde, hem T'nin hem de Ü'nün iyiniyetli olmaları ihti-
mali ile sınırlı tutulmuştur.
- 32 **BK. m. 37/I'de temsilci, BK. m. 37/II'de üçüncü kişi açısından, sadece**
yetkinin sona erdiğini "bilmeme" halinden söz açılmış, bu durumu fiilen
öğrenmiş olmamakla beraber gerekli özeni gösterebilir temsilcinin yetki-

61) Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Bir Yetki Belgesi ile Kanıtlanan Temsil Yetkisinin Geri Alınmasında Üçüncü Kişilerin İyiniyetinin Korunması Açısından BK. 33/II, 34/III ve 37 Karşısında BK. 36/II'nin Uygulama Alanının Belirlenmesi, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'a Armağan, Ankara 1990, s. 212; **Ziich**, Art. 37, N. 3; **Guhl/Koller**, § 21, N. 19.

62) Özellikle bkz. **Schwenzer**, 4.A., N. 42.27.- BK. 39/I, c. 2 hükmünün amacına göre daraltılarak uygulanması için bkz. aşağıda § 49, N. 34 vd.

sinin son bulduğunu bilebilecek dumnıda olınlrın durumuna (MK. rn. 3/11) hiç değinilmemiştir. Bir zanonlar çok tartışılmış olmasına rağmen, günümüzde daha ağır basan göiış, yerinde olarak (temsilcinin veya üçüncü kişinin) temsil yetkisinin son bulduğunu bilmeleri yahut bilebilecek durumda olmaları halinde, BK. m. 37 hükmünün uygulanamayacağını kabul etmektedir⁶³.

Hiç kuşkusuz, BK. m. 37 ile yetkisiz temsile ilişkin BK. m. 39 :rasında uyum sağlanması en iyi bu şekilde gerçekleşebilir⁶⁴. Kaldı ki, MK. rn. 3/11 hi.ikmünü bu gibi durumlarda uygulamaktan kaçınmanın kabul edilebilir bir gerekçesi de yoktur.

Her ne kadar BK. m. 37 "yetkinin son bulduğunun" bilinmesinden söz açıyorsa da, 33 gerçekte bakılacak husus "yetkiyi sona erdiren ve BK. m. 35'de sayılan sebeplerden birinin (örneğin kısıtlamanın veya iflas kararının yahut temsil olunanın ölümünün)" bilinip bilinmediğidir. Yoksa (içinden çıkılmaz ispat problemlerine yol açacak biçimde) bu sebeplerin temsil yetkisini sona erdirici etkisinin de bilinip bilinmediği araştırılacak de-g'ldır⁶⁵.

Bazı ihtimallerde, örneğin temsil olunanın kısıtlanması veya iflas etmesi 34 hallerinde, temsil yetkisine son veren kısıtlama veya iflas kararlarının ayrıca ilan edilmesi öngörülmüştür (MK. m. 410/11, İc. İf. K. 166/İf). Bu ilan üzerine herkesin bunları öğrendiği kabul edilir ve hiç kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz⁶⁶. Bu gibi durumlarda, gerek temsilci gerekse onunla işlem yapan üçüncü kişi iyiniyetli sayılamayacaklarından BK. m. 37 hükmü uygulanamaz⁶⁷.

Borçlar Kanununun vekalet sözleşmesine ilişkin hükümleri arasında yer alan ve vekilin vekaletini sona erdiğini öğrenmeden önce yaptığı işlerden vekalet veren veya mirasçılarının, vekalet devam ediyormuş gibi sorumlu olacaklarını bildiren hüküm, temsil yetkisi ile değil, sadece vekalet sözleşmesinden doğan borçlarla (iç ilişki ile) ilf li bir hükmüdür. Temsil yetkisi bakımından uygulanacak hüküm BK. m. 37 hükmüdür . 35

BK. m. 37 hükmü, BK. m. 35'deki kamına dayalı sona erme halleri dı- 36

63) örnek olarak bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, not 61'de age, s. 212 vd.; **Zich**, Art. 37, N. 8, 11; **Guhl/Koller**, § 21, N. 18; **Schwenzer**, N. 42.27; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 184; **Karabasan**, TBH, OH 1, 2003, s. 396-397. -Aksi görüşte: Esener, not 18'de age, s. 204 vcl.

64) BK. m. 39/1, c. 1 uyarınca, üçüncü kişi temsilcinin gerçekte yetkisiz olduğunu "biliyor" veya "bilmesi gerekiyor" ise, onun yetkisiz temsilciden işlemin geçersizliği sebebiyle tazminat istemesi mümkün değildir. Görülüyor ki, bu hüküm, yetki eksildiğinin üçüncü kişi tarafından bilinmemesine rağmen "bilinebilir" olması halinde dahi, BK. m. 37'ff'i çerçevesinde sözleşmenin geçerli sayılamayacağı ve yetkisiz temsil hükümlerine tabi olduğu düşüncesine dayanmaktadır (Aynca bkz. **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1414, 1415).

65) **Zach**, Art. 37, N. 7.

66) **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, s. 494; **Oğuzman/Dural**, not 43'de age, s. 453, 455-456; **Kuru**, not 56'da age, s. 2876; **Üstündağ**, not 56'da age, s. 41.

67) **Watter**, Basler Konun., Art. 37, N. 3; **Ziich**, Art. 37, N. 8.

68) **Fellmann**, Art. 406, N. 7; Yarg. 13 HD., 11.3.1982, E. 1370, K. 1643 (**Karabasan**, TBH, GH, 1, 2003, s. 399).

şınd❖ temsil yetkisinin geri alma yolu ile son bulduğu durumlarda da (BK. m. 34) uygulanabilir mi? Bu sorunun cevabını aşağıda yetkinin geri alma yolu ile son bulmasını incelerken veriyoruz⁶⁹.

b. Bir Yetki Belgesi (Vekaletname) Düzenlenmiş Olması Halinde (BK. m. 36)

37 Elinde temsil olunan tarafında 11 güzenlenmiş bir yetki belg❖si (vekaletnamefmrtaıraıftemsı.IcCtemaj!_y❖tlçsi BK. m. 35 çerç❖vesin❖e kanun gereği son bulduğu halde, bu belgeyi kullanarak temsil olunan adına işlem yapmaya-devam ederse nasıl hareket edilecektir? Bu mesele BK. ı.ı. 36 tarafınlian şu çözüme bağlanmıştır: Temsil yetkisi son bulduğu vakit temsil olunan veya haleflerinin bu bel_geyi geri alma hususunda vakit geçirmeden harekete geçmeleri gerekir. Şu var ki, BK. m. 36 hükmünün uygulanması açısından önemli olan, yetki belgesinin fiilen geri alınmış olması değil, onu geri almak için gerekli hukukı girişimlerin yapılmış olmasıdır. Temsil olunan veya haleflerinin, belgenin iade edilmesine yönelik talepleri karşısında, yetkisi son bulmuş temsilciye şu iki şıktan birini seçme hakkı tanınmıştır: a) Belgeyi temsil olunan veya haleflerine teslim etmek; b) Bu yola gitmek-sizin yetki belgesini mahkemeye tevdi etmek (BK. m. 36/1)⁷⁰.

38 Temsil olunan veya halefleri bu konuda ihmalci bir tutum içine girerlerse❖! !emsilcının efindekiyetki bdg❖si❖❖gayai:ıaral< üç.üncü kişi ile yaptığı işlem (yetkisiz te-msil hükümleri çerçevesinde).geçerli olın3:.z...fakat temsil o!un❖-nyeya haleflerini bu belgeye güvenen iyiniyetli_üçüncü. kişiye karşı (*culpa in contrahendo* esasına dayalı) bir tazminat ödeme.yiycümlülü❖-❖ alt❖na_s_ok.,ar⁷². Burada sözü edilen tazminat talebi, olumsuz zararların

69) Bkz. aşağıda N. 53.

70) Bu konuda seçim hakkının temsilciye ait bulunduğu hakkında bkz. **Zach**, Art. 36, N. 16. -Alınan Hukukunda, BGB § 176, Ticaret Hukukunda kıymetli evrakın iptaline ilişkin düzenlemeye paralel biçimde, yetki belgesinin mahkeme kararına dayalı bir ilan ile iptal edilebilmesine imkan tanıdığı halde, İsviçre-Türk Hukuk.lannda böyle bir alternatif öngörülmüş değildir. (Ayrıca bkz. aşağıda not 99). Şu var ki, öğretide, tarafların bu konuda anlaşması suretiyle, yetki belgesinin yırtılıp yok edilmesi veya belge üzerine "hükümsüzdür" şeklinde bir şerh konularak bunun temsilci tarafından muhafaza edilmesi gibi yollara başvurulmasına izin verilmektedir (**Zach**, Art. 36, N. 22; **Watter**, Basler Komm., Art. 36, N. 4). Şu noktayı ekleyelim *ki*, temsilcinin yetkisinin son bulması halinde, yetki belgesini geri venne yükümlülüğü sadece BK. m. 36 hükmünden değil, temel ilişkiden (örneğin vekalet sözleşmesinde BK. m. 392/1 hükmünden) çıkabilir (**Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1371a; **v. Tuhr/Peter**, § 42, VII, s. 371).

71) BK. m. 36/11, günümüz Türkçesinde hiç yeri olmayan "tekasül ederlerse" deyimini kullanmıştır. "Tekasül", kayıtsızlık veya ilgisizlik anlamına gelir. Kanunun ifadesinden de anlaşılacağı gibi, burada bir kusur sorumluluğu söz konusudur (**Ziicb**, Art. 36, N. 52; **Schwenzer**, N. 42.28).

72) **Schwenzer**, N. 42.28; **Bucher**, AT, s. 280; v. Tuhr/Peter, § 42, VIII, 3, s. 373; Eren, 9. bası, s. 410. -Krş. **Koller**, I, 2.A., § 21, N. 18.

tazminine yönelik bir taleptir. Ne var ki, öğretide ileri sürülen ve bize de yerinde gözükten bir görüşe göre, kanunda öngörülmemiş olmasına rağmen, hataya ilişkin BK. m. 26/11 ve yetkisiz temsil hükümleri arasında yer alan BK. m. 39/11 kıyas yolu ile uygulanarak, „hakkaniyet gerektirdiği takdirde“, hakim olwusuz zarar miktarını aşan bir olumlu tazminata hükmedebilmesi münikün olınalıdır⁷³.

Öğretide belirtildiği gibi, iyiniyetli üçüncü kişinin güveninin konınması iki yoldan 39 gerçekleştirilebilir⁷⁴. Meseleyi sırf yetkisiz temsilcinin yaptığı işlemler açısından ele alarak diyebiliriz ki, birinci yol, yetki eksikliğine rağmen işlemi geçerli saymak biçiminde karşımıza çıkar. BK. m. 33/II, 34/III ve 37'de öngörülen hallerde kanun bu sistemi benimsemiştir. Buna karşı, BK. m. 36/II'de, Borçlar Kanunu daha sınırlı bir korumayı öngören ikinci yola üstünlük tanımış ve sadece sözleşmenin geçersiz sayılması yüzünden sözleşmenin geçerli olarak kurulduğuna güvenen iyiniyetli üçüncü kişinin uğradığı olumsuz zararın tazmini ile yetinmiştir.

İlk bakışta sanılacak olanın aksine, BK. m. 36 ıji/gnünün uy gulaina ala- 40 111 hayli dardır. Gerçekten, bu hükünp uygulanabilmesi için yetkisiz temsil cinin elindeki yet<.i lg<.sini kullanarak yji pJıgı işlemizi (iyiniyetin korunması yolu ile) geçerlilik kazanamamış olması şarttır. Oysa Borçlar Kanunu, m. 33/II, 34/111 ve 37'de yer alan hükümlerle, temsilci yetkisiz de olsa, hem temsilci hem de onunla işlem yapan üçüncü kişinin iyiniyetli olmaları (BK. m. 37) veya sadece üçüncü kişinin iyiniyetli olması (BK. m. 33/11, 34/III) hallerinde, işlemin geçerli olacağını kabul etmiştir. Geçerli bir işlemde, üçüncü kişinin "işlemin geçerli olduğuna güvenerek zarara uğradığı" iddiası ile tazminat davası açabilmesi düşünülemez ve bu sebeple de BK. m. 36 hükmünün uygulanmasına yer kalmaz. Bundan çıkan pratik sonuç şudur: BK. m. 36, sadece BK. m. 33/11, 34/111 ve 37'de yer alan ve iyiniyetin korunması suretiyle yetkisiz temsilcinin yaptığı işlemlerin geçerli sayılmasını sağlayan hükümlerin uygulama alanı bulamadığı durumlarda devreye girebilen ikincil (tali) bir hükümdür⁷⁵.

Temsil olunan adına yetkisiz temsilci tarafından yapılan işlemin BK. m. 38 hükmü çerçevesinde geçersiz sayıldığı durumlarda, bu işleme güvenen 41

73) Örnek olarak bkz. **Becker**, Art. 36, N. 8; **Koller**, Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, Freiburg Schweiz 1985, N. 344; **Koller**, I, 2.A., § 21, N. 14; **Zach**, Art. 36, N. 59.

74) Bkz. **Canaris**, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971, s. 5.

75) Bkz. **Koller**, not 73'de age, N. 337; **Bucher**, AT, s. 611; **Kocayusufpaşaoğlu**, not 61'de age, s. 217; Chappuis, CR, Art. 36, N. 13. Aynı yönde açıklamalar: **Karabasan**, TBH, GH, I. (2003), s. 405. Ayrıca bkz. **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1401, 1416. -Şu noktayı ekleyelim ki, BK. m. 36'nın uygulama alanını genel olarak doğru biçimde tespit eden Koller, BK. m. 34/II ile BK. m. 36'nın şartlarının aynı zamanda gerçekleştiği olaylarda, hakim görüşten ayrılarak ve BK. m. 34/III'ün üçüncü kişiyi en geniş biçimde koruyucu amacına tamamen ters düşerek, çok yanlış biçimde, BK. 34ml karşısında özel hüküm (*lex specialis*) saydığı BK. m. 36'ya üstünlük tanıyor (**Koller**, I, 2.A., § 21, N. 16-17).

üçüncü kişinin (ilke olarak olumsuz) zararını tazrrun ettirebileceği iki kişi vardtr. Bunlardan birincisi, temsil yetkisi son bulduğu halde, temsilcinin elindeki yetki belgesini geri almak için gerekeni yapmayı ihmal etmiş *temsil olunan veya onun hale.fl.eridir*. Bu sorumluluk BK. m. 36/II hükmüne dayanmaktadır. Üçüncü kişinin zararını tazmin yükümlülüğü altında bulunan diğer kişi ise bizzat *yetkisiz temsilcidir*. Onun sorumluluğu yetkisiz temsile ilişkin BK. m. 39 tarafından düzenlenmiştir. Hiç kuşkusuz, üçüncü kişi, kendisine karşı eksik teselsül ilkesine göre (BK. m. 51) sorumlu olan bu kişilere zararını bir defa tazmin ettirebilecek, yoksa uğradığı zararın karşılığını hem temsil olunan veya haleflerinden, hem de temsilciden iki defa alması söz konusu olmayacaktır⁷⁶.

III. Temsil Yetkisinin Geri Alınması (BK. m. 34)

1. Genel Olarak

42 Bir l:mn sey e temsil yetkisi verilmesi, temsil olunanın ona karşı duyduğu güvenin açık bir göstergesidir. Herhangi bir sebepten ötürü bu güven sarsılmışsa; bir taraflı bir irade beyanı ile verilmiş olan yetkinin, yine bir taraflı bir irade beyanı ile her zaman ve bir sebep göstermek zorunluluğu bulunmaksızın geri alınabilmesi gerekir. BK. m. 34/I, c. 1, "*Temsil olunan kimse, hukuki bir tasarruftan tevelliüt eden temsil salahiyyetini her zaman tahdit veya ref edebilir*" diyerek, temsil olunana bu imkanı tanımıştır. Hiç kuşkusuz, geri almanın temsilcinin temsil olunan adına üçüncü kişi ile yapacağı işlemden *önce* gerçekleşmesi gerekir. Temsilci ile üçüncü kişi arasındaki işlem tarafların irade beyanları ile tamamlandıktan *sonra* yetkinin geri alınması, o işlem açısından hukuki bir sonuç doğurmaz. Böyle bir beyan ancak ilerde (geri alma beyanının temsilciye ulaşmasından sonra) temsil yolu ile yapılacak işlemlerin geçerli sayılmasını önler. BK. m. 34/III hükmü saklıdır⁷⁶³.

43 lan hükmün belirttiği gibi, geri alma "ta" olabileceği gibi "kısmi" de olabilir. Tam geri almada, temsil olunan, bir taraflı ve varması gerekli irade beyanı ile temsilcinin öü sıfı?tıJ?-a son verir⁷⁷. Yetkinin kısmen geri c!l!pması ise, onun kapsamının daraltılması veya sınırlandırılması anlamını ⁷⁸!aşır. Tam geri almayı s?ğl<!yan b? ta!af!ı beyap, *bozucu* bir yenilik doğur?n işlemdir. Buna karşı, yetki.11 İn kısmen geri alınmasına ilişkin beyan

76) Bkz. Zach, Art. 36, N. 71; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 198, not 49.

76a) Bkz. aşağıda N. 50 vd.

77) Uygulamada bu konuda çok defa, BK. m. 396 ve 456'da yer alan "azil" sözcüğü kullanılır ve temsilcinin temsil olunan tarafından "azledilmesinden" söz açılır (Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 191).

78) Gauch/Schluep/Schmid, N. 1365; Eren, 9. bası, s. 406.

değiştirici yenilik doğuran işlemler kategorisine girer. Her iki halde de, geri ama beyanının temsilciye ulaştığı anda, ileriye doğru (*ex mmc*) hüküm ogunnak üzere, yetki son bulur veya sinu-larumş olur⁷⁹. O andan başlamak 11z;re, temsilcinin temsil olunan adına yapacağı tüm işlemler yetkisiz temsile ilişkin BK. m. 38 çerçevesinde askıda hükümsüzdür. Kısmi geri almada, bu sonuç sadece geri alına beyanının çizdiği yeni sınırların dışında kalan işlemler için gerçekleşir⁸⁰.

Geri alma beyanının mutlaka *açık* olması gerekmez. Temsil yetkisinin *öriifRi-biçimde* (zımni olarak) geri alınması da mümkündür. Örneğin, temsil olunan daha önce vermiş bulunduğu yetki belgesinin (vekaletnamenin) geri ven mesmı-istecffği-veya belrrli tek bir iş m}çin verilmiş bir yetki halinde, o iş temsilciye bırakmayıp bizzat kendisi aptığı vakit durum böyledir⁸¹.

Y tkilendirme işlemi bir geçerlilik şekline bağlı bile olsa, yetkinin geri alınması geçerliliği açısından herhangi bir şekle bağlı değildir⁸².

Borçlar Kanunu, verilen yetkinin serbestçe geri alınabilmesine o derece önem vermiştir ki, ayn bir hüküm sevk ederek "*Temsil olunan kimsenin bu hakkından evvelce feragat etmesi hükümsüzdür*" demek gereğini duymuştur (BK. m. 34/II). Maddedeki "evvelce (önceden)" deyimini öğretide haklı olarak eleştirilmiştir. Sadece "önceden" değil, "sonradan" geri alına hakkından vazgeçilmesi de geçersizdir. Geri alma hakkından hangi anda vazgeçilirse geçilsin geçersizlik söz konusu olacağına göre, maddede "evvelce=önceden" şeklinde bir kaydın yer alması gereksizdir⁸³.

Acaba, temsil olunan, temsil yetkisini geri alma hakkının *özünden* feragat edecek yerde, bu hakkını *kullanmamayı* geçerli olarak taahhüt edebilir mi? 13u soruya olumlu cevap verilirse, taahhüdünü yerine getirmeyerek verdiği yetkiyi geri alan temsil olunandan (geri alma beyanı geçerli kalm kla beraber) *tazminat* talep olunabilecek, hatta geri alma halinde ödenmek üzere bir *ceza şart* (BK. m. 158) öngörülebilecektir. Öğretide bir azınlık görüşünün⁸⁴ bu gibi kayıtları geçerli saymasına rağmen, çoğunluk⁸⁵ ve

79) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1364; **Zach**, Art. 34, N. 9.

80) Kural olarak durum böyle olmakla birlikte, geri alma beyanının karşı tarafa vannasından sonra temsilci tarafından öğrenilmesine kadar geçen süre içinde, onun iyiniyetle temsil olunan adına yapmaya devam ettiği işlemlerin (üçüncü kişi de iyiniyetli ise) **BK.** m. 37 hükmü çerçevesinde geçerli sayılması imkanı açıktır (**Zach**, Art. 34, N. 8, 9). Ayrıca bkz. aşağıda N. 53.

81) **Zach**, Art. 34, N. 3.

82) **Watter**, Basler Komm., Art. 34, N. 6; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 182; **Eren**, 9. bası, s. 406; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 192. -Hiç kuşkusuz, ispat açısından HUMK. m. 288 vd. hükümleri saklıdır.

83) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1366; **Zach**, Art. 34, N. 25.

84) Örnek olarak bkz. **v. Tuhr/Peter**, § 42, VI, 4, s. 368; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 183.

Federal Mahkeme⁸⁶, haklı olarak, aksi görüşe üstünlük tanıyorlar. Gerçekten, azınlık görüşü kabul edildiği takdirde, bir tazminat veya ceza şart olarak öngörülen tutarı ödeme endişesi yüzünden baskı altına giren temsil olunanın, kanun tarafından kayıtsız şartsız tanınmış geri alma hakkını kullanması, kanun koyucunun amacına aykırı biçimde dolaylı olarak sınırlandırılmış olacaktır.

Yetkilendirme işleminde veya temel ilişki çerçevesinde, geri alma hakkının kullanılmayacağı, aksi halde tazminat veya ceza şart olarak belirli bir tutar ödeneceği taahhüt edilmişse, bunun sonucu olarak yetkilendirme işlemi veya temel ilişki tümü ile geçersiz olmaz. Bu durumda, k.Jsmı hükümsüzlük ilkesi (BK. m. 20/11) uygulanarak, sadece bu taahhüt geçersiz sayılır⁸⁷.

48 Taraflar anlaşarak geri alma beyanının mutlaka belirli bir şekle bağlı olarak (örneğin taahhütlü mektupla) yapılmasını öngörmüşlerse, böyle bir anlaşma dahi, geri alma hakkının kullanılmasını sınırladığı gerekçesi ile BK. m. 34/II hükmüne aykırı ve geçersiz sayılabilir mi? Bu konu tartışmalıdır. Biz, burada bir geçersizlik sebebi görmeyen görüşe katılıyoruz⁸⁸.

49 Temsil yetkisinin temsil olunan tarafından geri alınması, temsilcinin *temel ilişkiye* dayanarak ileri sürebileceği hakları engellemez (BK. m. 34/1, c. 2). Örneğin, bir vekalet sözleşmesine dayalı olarak verilmiş temsil yetkisi, aynı zamanda vekalet sözleşmesi de sona erdirilerek (vekil azledilerek) geri alınmışsa, azlin uygun olmayan zamanda yapıldığı gerekçesi ile ve (temsil yetkisinin geri alınmasına değil) temel ilişkiyi düzenleyen BK. m. 396/II hükmüne dayanılarak tazminat istenmesi mümkündür⁸⁹.

2. Üçüncü Kişinin İyiniyetinin Korunması

a. Genel Kural

SO Temsil olunan b'r kims ij l l sjlcj olarak yetkilendirdiğini "açıkça" veya "fiilen (davranı lan Jçt)" üç.üncü kişilere bildirmişse (dış temsil), bu yetlayıgen al l ğmı da sözj.i g.9e Ç;Ü;J!i !cLşilere bildirmelidir. Bunu yap-macfigıttakdirde, iyiniyetli (temsil yetkisinin geri alındığını bilmeyen ve bilebilecek durumda olmayan) üçüncü kişilerin, (geri alma beyanı sonucu

85) Örnek olarak bkz. **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1367; **Zach**, Art. 34, N. 26; **Watter**, Basler Komm., Art. 34, N. 8; **Oser/Schönenberger**, Art. 34, N. 7; **Eren**, 9. bası, s. 406.

86) BGE 98.fl.309.

87) **Zach**, Art. 34, N. 29.

88) Bu görüşte: **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1367. Aksi görüşte: **Ziich**, Art. 34, N. 27.

89) Bkz. **Zach**, Art. 34, N. 23.

b. BK. m. 37 Hükümü Temsil Yetkisinin Geri Alma Suretiyle Son Bulması Halinde Uygulanabilir mi?

- 53 Hatırlanacağı gibi, BK. m. 37 hükmüne göre hem *temsilci* hem de *üçüncü kişi* iyiniyetli iseler, yani her ikisi de temsil yetkisinin son bulduğunu bilmiyor ise veya (kamında açıkça yazılı olmamakla beraber) bilmeleri de gerekmiyorsa, yetkisiz temsilcinin Ü ile yaptığı işlem geçerli sayılır. Eskiden hayli taraftar toplayan bir görüş, BK. m. 37'nin sadece ölüm vs. gibi sebeplerle *kanun gereği* (BK. m. 35) temsil yetkisinin son bulduğu hallerde uygulanabileceğini, *geri alma* yolu ile (BK. m. 34) temsil yetkisine son verildiği zaman BK. m. 37'nin uygulanamayacağını savunuyordu⁹³. Bu görüş bugün geniş ölçüde terk edilmiştir⁹⁴. Geri alma beyanı temsilcinin iktidar alanına ulaştığı, yani varma gerçekleştiği halde, temsilci (kendisi açısından bir ihmali, bir başka deyimle özen eksikliği bulunmaksızın) geri alma beyanını öğrenmemişse, (üçüncü kişi de iyiniyetli olmak kaydı ile) BK. m. 37 hükmünü uygulamamak için sebep yoktur. Örneğin, cuma akşamı iki günlük bir seyahate çıkan temsilci T'nin evinden ayrılmasından yanın saat sonra, A'nın yetkiyi geri alma beyanı T'nin posta kutusuna bırakılıyor. Pazartesi sabahı uçaktan inip doğrudan doğruya işyerine giden T öğle saatlerinde iyiniyetli Ü ile A'nın temsilcisi sıfatı ile bir sözleşme imzalarsa bu sözleşme BK. m. 37 uyarınca geçerli olur. Şu var ki, ispat yükü bakımından durum şöyle olacaktır: Temsil olunan A, gönderdiği geri alma beyanının temsilci T'ye ulaştığını ispat etmekle yetinecektir. Buna rağmen herhangi bir ihmali bulunmaksızın öğrenmenin gerçekleşemediği konusunda ispat yükü temsilci T'ye aittir⁹⁵.

c. BK. m. 34/III er evesinde Kendisine Bildirim Yapılan Üçüncü Kişi Hangi Andan İtibaren Kötünüyetli Sayılır?

- 54 Temsil olunan tarafından üçüncü kişiye gönderilen ve "Daha önce yetkilendirdiğimi size bildirmiş olduğum temsilcimin temsil yetkisini geri almış bulunuyorum" şeklinde kaleme alınan bildirimin üçüncü kişiye ulaş-

Ona göre, geri alma beyanını üçüncü kişilerin bilgisine ulaştıracak bildirim, onların iyiniyet iddiasında bulunmalarını engelleyecek nitelikte olmak kaydı ile, herhangi bir yoldan yapılabilir (**Ziich**, Art. 34, N. 57-58).

93) Örnek olarak bkz. **Oser/Schönenberger**, Art. 37, N. 2; **Esener**, not 18'de age, s. 205-206.

94) BK. m. 37'nin, temsil yetkisinin BK. m. 34 çerçevesinde geri alındığı hallerde de uygulanabileceğini kabul eden hakim görüş için bkz. **v. Tuhr/Peter**, § 42, VI, 4, s. 366-367 ve not 65; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1416; **Watter**, Basler Komm., Art. 37, N. 2; **Zich**, Art. 37, N. 5; **Gubl/Koller**, § 21, N. 20; **Karabasan**, TBH, GH, cilt 1, 2003, s. 397; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 184. Krş. **Fellmann**, Art. 406, N. 45-46.

95) Bkz. **Koller**, not 73'de age, N. 369.

nuş olması, o bmm öğrenmemiş dahi olsa, kendisinin kötünietli sayılması ve BK. m. 34/III hükmünden yararlanmasına izin verilmemesi için yeterli sayılabilir mi? Bu soruya olumlu cevap veren yazarlar vardır⁹⁶. Yeni eğilimlere göre, sözü geçen bildirimin hüküm doğunması ve BK. m. 34/111 çerçevesinde üçüncü kişinin iyiniyetini bertaraf edebilmesi için, bu bildirimin karşı tarafa vamlası yeterli olmayıp, öğrenme şartının da gerçekleşmiş olması gerekir⁹⁷. Bu son çözüm, ancak ispat yükünü, tıpkı yukarıda BK. m. 37 için öngördüğümüz biçimde düzenlemek kaydı ile kabul edilebilir. Buna göre, temsil olunan, sadece gönderdiği bildirimin üçüncü kişiye ulaştığını ispat edecek ve bu yoldan bunun üçüncü kişi tarafından öğrenildiği yolunda bir karinenin oluşmasını sağlayacaktır. Buna karşı, üçüncü kişi, kendisine ulaşan bildirinli kusuru bulunmaksızın öğrenemediğini, bir başka anlatımla, olayın tüm özellikleri dikkate alınarak bunu öğrenmesinin kendisinden beklenemeyeceğini ispat edebilirse, o, yine BK. m. 34/III anlamında iyiniyetli sayılacağından, yetkisi geri alınmış temsilcinin onunla yapmış bulunduğu işlem BK. m. 34/III gereği geçerli tutulabilecektir.

d. Temsil Yetkisi Verildiğine İlişkin Bildirimin Temsil Olunanca Düzenlenmiş Bir Yetki Belgesinin (Vekaletnamenin) Üçüncü Kişiye İbrahim Edilmesi Suretiyle Gerçekleşmiş Bulunması Halinin Özellikleri

Temsil olunan bir kimseyi temsilcisi olarak yetkilendirdiğini üçüncü kişilere iki farklı yoldan birisi ile bildirmiş olabilir: 55

- Birinci grupta, *doğrudan doğruya* temsil olunan tarafından (örneğin telefonla, bizzat söyleyerek veya bir yazı göndererek) yapılan bildirimler yer alır. Bu gibi durumlarda, kimlere bu bildirimin yapıldığı temsil olunanca açık ve kesin olarak bilinir veya bilinmesi gerekir.

- İkinci grupta, temsil olunan tarafından üçüncü kişilere doğrudan doğruya yapılmış bir bildirim yoktur. Temsil olunan sadece temsilcinin eline verdiği bir *yetki belgesi* (vekaletname) düzenlemekle yetinmiştir. Üçüncü kişilere yapılan bildirim, temsil olunanın habercisi (muhabiri, ulaşı) olarak hareket eden temsilcinin sözü geçen belgeyi onlara göstermesi suretiyle, yani *vasıtalı* olarak gerçekleşecektir. Oysa, bu gibi hallerde, temsil olunan, çok defa yetki belgesinin kimlere gösterilmiş olduğunu tam ve kesin olarak bilebilecek durumda değildir.

96) Örnek olarak bkz. **Koller**, not 73'de age, N. 305, 306. Yazarın bu düşüncesini, BK. m. 37 dolayısı ile söyledikleri ile (bkz. yukarıda not 95) bağdaştırmak çok güçtür.

97) **Zacb**, Art. 34, N. 42 vd.; **Watter**, Basler Komm., Art. 34, N. 12.

56 Bildirim birinci yoldan gerçekleşmişse, yetkinin temsilciye karşı yapılan bir beyan ile geri alınması halinde, yapılacak şey bu bildirimin yapıldığı kişilere eşdeğer bir yoldan geri almayı haber vermektir. Buna karşı, ikinci yol tercih edilmiş ve temsilcinin eline bir yetki belgesi verilmişse, temsil olunanın elinde iki imkan vardır:

- *Birinci imkan*, üçüncü kişilere değil, yetki belgesini (vekaletnameyi) elinde bulunduran *temsilciye karşı* harekete geçerek, ondan bu belgeyi geri vermesini veya mahkemeye tevdi etmesini istemek biçiminde karşımıza çıkar (BK. m. 36). Bu girişim olumlu biçimde sonuçlanır ve yetki belgesinin derhal (üçüncü kişilere ibraz edilme fırsatı doğmaksızın) temsil olunana geri verilmesi sağlanırsa, mesele kökünden çözüme bağlanmış demektir.

57 - *İkinci imkan* çerçevesinde ise, bu defa temsilciye değil, *üçüncü kişilere karşı* harekete geçilir ve onlara yetkinin geri alındığı bildirilir (BK. m. 34/III). Ne var ki, temsil olunan bu imkandan, ancak yetki belgesinin gösterildiği *üçüncü kişileri bildiği ölçüde* yararlanabilir⁹⁸. Yetki belgesinin kimlere gösterildiğini bilmeyen temsil olunanın yetkinin geri alındığını onlara haber vermesi mümkün değildir⁹⁹. Bununla beraber, sadece "bilinen" üçün-

98) Bu görüş için bkz. **Bucher**, AT, s. 612 ve not 49; **Bar**, s. 21-22; **Kocayusufpaşaoğlu**, not 61'de age, s. 221 vd. -Türk öğretisinde aynı doğrultuda açıklamalar: **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 192 ve not 670; **Karabasan**, TBH, GH, cilt 1 (2003), s. 403, not 350.

99) Gazetelere verilecek bir ilan ile yetkinin geri alındığının bildirilmesi, eşdeğer bir yola başvurulmamış olduğundan, ilke olarak, yeterli sayılamaz. Gerçekten kendisine ibraz edilen yetki belgesine (vekaletnameye) dayanarak bir kimsenin temsilci sıfatını öğrenen üçüncü kişinin, daha sonra (okumadığı gazeteler dahil) tüm gazetelerin herhangi bir sayfasında bir köşeye sıkıştırılmış bir kaç satırlık yetkinin geri alınmasına ilişkin ilanları takip edip öğrenmesi ondan istenemez ve beklenemez. Ancak, bazı özel durumlardadır ki, üçüncü kişinin ilanı gördüğü veya mutlaka görmüş olması gerektiği sonucuna varılabilir. Örneğin, ilan üçüncü kişinin her gün aldığı bir gazetede büyük puntolarla ve göze çarpacak biçimde yayınlanırsa durum böyledir. *De lege ferenda*, modern teknolojiye dayanarak, temsil yetkisinin geri alınmasına ilişkin beyanlar için İnternet üzerinden bir çözüm aranması akla gelebilir. Bugünkü hukuki durum açısından temsil olunanların, temsilcinin eline verdikleri yetki belgesine, bu belgenin sadece belgede adı geçen üçüncü kişilere ibraz edilmek üzere verildiğine dair bir kayıt eklemeleri, geri alına beyanının kimlere karşı yapılacağı problemini kesin çözüme bağlar. Belgede adı geçmeyen üçüncü kişiler, bu belge kendilerine gösterilmiş bile olsa, BK. m. 34ffil hükmünden yararlanamazlar. -Şu noktayı önemle ekleyelim ki, İsviçre-Türk Hukuklarında, halen, BGB m. § 176 veya Türk Ticaret Kanununun kıymetli evrakın iptaline ilişkin sistemine paralel bir kanun hükmü yer almadığından, mahkemelerden yetki belgesinin iptaline dair bir karar almak mümkün değildir. (Bkz. **Zach**, Art. 36, N. 22; **Watter**, Basler Komm., Art. 36, N. 4). Bu bakımdan bazı yazarların (**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak**, s. 198; **Eren**, 9. bası, s. 410) yetki belgesi kaybolduğu yahut yok olduğu ve bu sebeple onu BK. m. 36 çerçevesinde geri vermek yahut mahkemeye tevdi etmek imkanı kalmadığı zaman, mahkemenin yetki belgesinin hükümsüz sayılmasına karar verebileceği şeklindeki görüşlerine katılmıyoruz.

cü kişilerle yetinmemek ve temsil olunanın (ayrıca bir araştırmaya yapmaya gerek kalmaksızın) mutlaka ve *apaçık bilebileceği* üçüncü kişileri de bu çerçeveye dahil etmek gerekir. Örneğin, değerli bir orijinal tabloyu temsilcisi aracılığı ile satışa çıkaran temsil olunandan, yetki belgesinin Türkiye' de bu konu ile ilgilenen ünlü bir kaç koleksiyoncuya gösterilmiş olabileceğini hesaba katması beklenir. İşte, *temsil olunamn bildiği veya apaçık bilebilecek durumda olduğu üçüncü kişilere yetkinin geri alındığı bildirilmediği vakittir ki, bu yoldan yaratılan hukuki görünüş temsil olunana isnat edilebilir (bağlanabilir) ve BK. m. 34/III uygulanmak suretiyle yetkisi geri almış temsilcinin iyiniyetli üçüncü kişi ile yaptığı işlem geçerli tutulur*. Buna karşı, temsilci yetki belgesini daha önce temsil olunan tarafından bilinmeyen ve *apaçık bilinemeyecek* kişilere göstermişse, geri alma beyanından sonra bu kişiler nezdinde temsil yetkisinin devam ettiği biçiminde yaratılan hukuki görünüşün, temsil olunanca doğrudan doğruya onlara bildirimde bulunmak suretiyle ortadan kaldırılması, dolayısı ile temsil olunana isnat edilmesi (bağlanması) mümkün değildir. Bu gibi ihtimallerde, geri alına beyanı üzerine yetkisiz duruma girmiş temsilci, geri alma beyanından önce yetki belgesini göstermiş olduğu üçüncü kişi ile temsil olunan adına bir işlem yaparsa, bu işlem BK. m. 34/III uygulanarak geçerli tutulamaz. Olsa olsa, ikincil (tali) bir nitelik taşıyan BK. m. 36 devreye girebilir ve yetki belgesinin temsilcinin elinde kalmasına son vermek için gerekli girişimlerin ihmal sonucu yapılmamış olması sebebiyle temsil olunan bir tazminat ödeme yaptırımı ile karşı karşıya kalabilir¹⁰⁰.

e. Bir Yetki Belgesinin Düzenlenip Temsilciye Verildiği Hallerde, BK. m. 33/ir"ıleBK. iii. 34/IIrArasındaki İlişki

BK. m. 34/III'de öngörülen olguda, temBil Olı.ıuanın.lıa bercj şi olara¼: ha- 58
reket eden temsilci, elindeki yetki belgesini (vekaletnameyi) üçüncü kişiye
gösterdileT:l:ı-sonra, bu❖yetki teiiisiro unınıca geril❖nmı-ştır. Şu halde, *bel-*
geyi üçüncü kişiye ibraz ettiği tarihte, ie❖sÜ❖i gerçekten yetkilidir. Budu-
rumda, verdiği yetkiyi (temsalcısınıiyetlölJ❖lge❖ini ibr.❖z_etmesi uretiyle)
bildirmiş olan temsil ol_unaii,❖pu❖-ge_ri l!l.9ıg!❖❖ !!_çünceji lg_Şiye ❖❖ldirmeyi
ihmal ederse, (hiç değilse bildiği veya apaçık bilebileceği iyiniyetli üçüncü
kişilere karşı yetskisi-zhale ge Im}:❖❖_❖❖!..!_❖❖-❖ap❖❖❖❖isl❖❖le!!e t
tutulmaktadır.

BK. m. 33/II'nin kapsamına giren olgularda ise, temsil olunan önce bir kimseyi temsilci olarak yetkilendirmiş, daha sonra, temsilci henüz üçüncü kişiye yetki belgesini (vekaletnameyi) göstermeden *önce*, bu yetkiyi geri

100) Buradaki gibi: **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 192 ve not 670.

almış bulunmaktadır. Böylece, *yetkisi ortadan kalkmış temsilci, sanki temsilci sıfat, devam ediyor gibi, gerçekte hükmü kalmamış yetki belgesini ibraz etmek suretiyle işlem yapmaktadır.*

- 59 Görüldüğü gibi, BK. m. 34/III'ün kapsamına giren ihtimallerde, temsilci, yetki belgesini üçüncü kişilere ibraz ettiği sırada temsil yetkisine sahiptir. O, sonradan, geri alma beyanı ile yetkisiz hale getirilmektedir. Oysa, BK. m. 33/II'nin uygulanacağı durumlarda, temsilci yetki belgesini üçüncü kişilere gösterdiği anda, daha önce kendisine ulaşan geri alma beyanı dolayısıyla yetkisini kaybetmiş bulunmaktadır. Bu maddelerin düzenledikleri olgular arasındaki fark bundan ibarettir. Şu var ki, BK. m. 34/III'e paralel bir hüküm BK. m. 33/II'de yer almamaktadır. Buna rağmen, aşağıdaki sebeplerden ötürü, aynı çözüm BK. m. 33/II için de geçerli olmak gerekir.

Federal Mahkemenin de¹⁰¹ çok yerinde olarak kabul ettiği gibi, temsil yetkisine ilişkin bir bildirimin mevcut olup olmadığı, mevcut ise bunun içeriği, temsil olunanın iradesine bakılmaksızın, güven ilkesi çerçevesinde bu bildirimle muhatap olan kişinin bunu nasıl anlamış olması gerektiği esas alınarak belirlenir. Açıktır ki, kendisine temsilci tarafından temsil olunanca verilmiş bir yetki belgesi (vekaletname) ibraz edilmiş üçüncü kişi, olayda şüphelenmesini gerektirecek özellikler bulunmadıkça, ibraz edilen belgenin içeriğinin doğru olduğuna ve bu belgeyi ibraz eden kişinin gerçekten temsilci sıfatını taşıdığına güvenir ve bu şekilde güven duymakta da haklıdır¹⁰². Ondandır, ibraz edilen yetki belgesine rağmen, ayrıca inceleme ve araştırmalar yapması beklenemez. Şu halde, BK. m. 33/II'nin kapsamına giren olaylarda, yetkisi daha önce geri alınmış temsilci, elinde kalan yetki belgesini iyiniyetli üçüncü kişiye ibraz ettiği zaman, güven ilkesi uygulanarak, temsil olunanın ona bir yetki bildiriminde bulunduğu kabul edilir.

Temsilcisine verdiği yetkiyi geri alan temsil olunan, temsilcinin elindeki yetki belgesini üçüncü kişilere ibraz etmek suretiyle temsil yetkisinin devam ettiği hususunda bir hukuki görünüş yaratabileceğini çok iyi bilebilecek ve takdir edebileceği durumdır. Buna ek olarak, o, üçüncü kişilere yetkinin geri alındığı bildirerek onu hukuki görünüşü ortadan kaldıracığının da bilincindedir. Şu halde, yetkinin geçersizliği konusunda yaratılan üçüncü kişilerin güveni ve hukuki görünüş, pasif kalmayıp tercih eden temsil olunana isnat edilebilir (bağlanabilir, yüklenebilir)

101) BGE 120.II.197. Aynı doğrultuda; **Giger**, recht 1995/1, s. 31; **Kramer/Probst**, Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich/Basel/Genf 2003, s. 31; **Koller**, I, 2.A., § 19, N. 7; **Gauch/Schluemp/Schmid**, N. 1394; **Watter**, Basler Komm., Art. 33, N. 31.

102) **Larenz/Wolf**, § 48, N. 9.

bir nitelik taşımaktadır. Bütün bu söylenenlerden çıkan sonuç şudur: *Temsil yetkisini geri aldığı mı (tıpkı BK. m. 34/II' de olduğu gibi) bu belgenin gösterileceği üçüncü kişilere haber vermeyen temsil olunan, BK. m. 33/II uyarınca mevcut olmayan bir temsil yetkisini üçüncü kişilere bildirmiş bir kişi konumundadır ve bu sebeple (yine aynen BK. m. 34/II' de olduğu gibi) yetkisiz temsilcinin yetki belgesine dayanarak yaptığı işlemle bağlıdır*¹⁰. Şurasını önemle ekleyelim ki, burada sözü edilen üçüncü kişiler, temsil olunanca bilinen veya apaçık bilinebilir olan iyiniyetli üçüncü kişilerdir. Temsilci, yetki belgesini, temsil olunanca bilinmeyen ve apaçık bilinebilir olmayan iyiniyetli üçüncü kişilere gösterip işlem yapmışsa, BK. m. 33/II uygulanamaz ve yapılan işlem (bilmediği ve bilemeyeceği üçüncü kişilere geri almayı haber verme imkanından yoksun bulunan) temsil olunanı bağlamaz. Bu gibi durumlarda, temsil olunan, sadece BK. m. 36 uyarınca, yetki belgesini geri isteme konusundaki ihmali sebebiyle bir tazminat yaptırımına muhatap olabilir.

Aynı olayda, aynı temsilci A.Ş.'nden hem BIS: f/h 4/J.!!!.e BK. m. 60 33ff'nin uygulanması söz konusu olabilir. Örneğin, A, bazı taşınırın satımı için T'ye temsil yetkisi vermiş **veou yetki** b-irbe(g)e bağlanmıştır. T bu mallardan birisini satmak için **Ü'ife-!erriaJrurm1::11 veYi!fgesini** ibraz ederek temsilci sıfatını **kanıtlamıştır**. Ertesi gün, A, T'nin temsil yetkisini geri almış, **fakat-ou geri alma** eyam 1 e ilgifi Ölarakldmseye bilgi verme gereğini duymamıştır. Bir kaç gün sonra, T elinqeJfalaI) yetki belgesi ile bir başka taşının satmak üzere Ü'ye başvurmuş ve aynı gün hem Ü₁ hem de Ü₂ e **safişsozTeşinelerlrCgerçel.ge_ştiriniş.tiLffu-dununda**. zyjniyetli Ü₁ ile yapılan satış sözleşmesi **acısından** B.K. m. J4IIU, iyiniyetli Ü₂ ile yapılan satış sözleşmesi açısından da BK. m. 33/II !!Y.fillJan_acak_ve' A'nın yetki belgesinin hem Ü₁ hem de Ü₂ ye ibraz-**edileceğini** bildiği yahut apaçık bilebilir olduğu ihtimallerde her iki sözleşme de geçerli sayılacaktır. Bu örnek, Ü₁ ve Ü₂ ile yapılan şahs sözleşmeleri ile ilgili olarak, karşılıklı menfaatler durumu aynı olduğu halde, sırf yetki belgesinin ibraz edildiği tarihlerin farklı olmasından hareket etmek suretiyle, değişik çözümler kabul etmenin ne kadar haksız ve isabetsiz olacağını da göstermektedir.

Yukarıda benimsediğimiz çözüm Türk öğretisinde hayli taraftar topladığı halde, İs- 61 viçre öğretisinde herkes tarafından kabul edilen bir çözüm değildir. Orada, (tartışmalı olmakla birlikte) yaygın biçimde ve aşağıda belirtilen farklı gerekçeler ile, geri alma

103) Aynı doğrultuda: **Zikos**, not 92'de age, s. 34; **Kutlu Sungurbey**, Yetkisiz Temsil, İstanbul 1988, s. 39; Gauch/Schluep/Tercier, La partie generale du droit des obligations, 2 ed.!. Zürich 1982, N. 1029; **Kocayusufpaşaoğlu**, not 61'de age, s. 226-227; Oğuzman/üz, 4. bası, s. 192, not 670; **Karabasan**, TBH, GH, cilt 1 (2003), s. 403. Ayrıca bkz. Gauch/Schluep/Schmid, N. 1411. -BK. m. 33/II ile ilgili olarak bkz. yukarıda § 46, N. 10 vd.

beyanından sonra ibraz edilen bir yetki belgesine dayanmak suretiyle iyiniyetli üçüncü kişi ile yapılan işlemin BK. m. 33/11 uyarınca geçerli olacağı kabul edilmemekte ve üçüncü kişinin yalnız BK. m. 36'ya dayanarak (ilke olarak "olumsuz") bir tazminat talep edebileceği ileri sürülmektedir:

- Bir görüşe göre, temsil yetkisi son bulduktan sonra, yetki belgesinin üçüncü kişiye ibrazı, arttk temsil olunanın iradesine dayanmadığı için yetkinin üçüncü kişiye bildirilmesi anlamını taşımaz¹⁰⁴. Açıktır ki, yetki bildiriminin varlığı için sadece bildirimde bulunan temsil olunanın iradesini esas alan ve üçüncü kişiyi koruyan güven ilkesini bir yana bırakan bu görüş kabul edilemez.

- İkinci bir görüş¹⁰⁵ bir aynm yapmaktadır:

= Yetki "tam olarak" geri alınmışsa, yalnız "temsil yetkisine" değil, temsilcinin "haberci" sıfatına da son verilmiş olur. Oysa, burada, önemli olan ve sonucu belli edecek olan husus, temsil olunanın yetkiyi üçüncü kişilere bildirme iradesi değil, eline yetki belgesi verilmiş temsilcinin haberci sıfatıdır. Temsil yetkisini tam olarak geri alan temsil olunan, bundan böyle yetkisi son bulmuş temsilcinin haberci sıfatını taşımasını istemediğine göre, bu durumdaki bir kişinin elinde kalan yetki belgesini üçüncü kişiye ibraz etmesi bir yetki bildirimi olarak kabul edilemez.

= Buna karşı yetkinin "kısmen" geri alındığı hallerde, haberci sıfatı devam eden temsilcinin elindeki (o andaki gerçek duruma göre daha geniş yetkiler içeren) yetki belgesini iyiniyetli üçüncü kişiye ibraz etmesi halinde, BK. m. 33/11 uygulanır ve sözleşme geçerli sayılır.

Bu görüş de isabetsizdir. Bir defa, yetkinin "tam" olarak ve "kısmen" geri alınması ihtimalleri arasında fark gözetilmesi ve güven ilkesinin sadece kısmı geri alma ihtimalinde uygulanmak istenmesi yerinde değildir. İyiniyetle kendisine ibraz edilen yetki belgesine güvenen üçüncü kişi, yetki ister tamamen ister kısmen geri alınmış olsun, aynı derecede korunmayı hak eder. Diğer taraftan, BK. m. 33ff, bu görüş sahiplerinin ileri sürdüğünün tersine, üçüncü kişilerin yetki belgesini ibraz eden kişinin "haberci" sıfatına değil, onun tarafından gösterilen yetki belgesi uyanca "temsilci" sıfatına duyulan güveni korumaktadır. Anılan hüküm, ibraz edilen belgede başka türlü kayıtlar yoksa ve olayın özellikleri şüphelenmeyi gerektirmiyorsa, böyle bir belgeyi inceleyen iyiniyetli üçüncü kişinin, bu belgenin temsilcinin eline bunu üçüncü kişilere ibraz ederek *temsil yetkisini* kanıtlaması için verilmiş bulunduğu ilişkij haklı güvenini esas almıştır¹⁰⁶.

I04) v. **Tuhr/Peter**, § 42, s. 358, not 23. Her ne kadar, bu eserde, sözü edilen durumda BK. m. 34/III anlamında bir yetkj bildiriminden söz açılmayacağı ileri sürülüyorsa da, bu anlayıştan, kaçınılmaz biçimde BK. m. 33/II'nin de (ortada bir yetkj bildirimi bulunmadığından) bu gibi durumlarda uygulanamayacağı sonucu çıkar.

I05) **Chappuis/Datwyler**, Titre de procuration: La protection de la bonne foi selon les articles 33, 34 et 36 CO, Sem. Jud., 1987/16, s. 248 vd.

I06) Öğretide, örneğin yetkj belgesinin temsilciye üçüncü kişilere gösterilmek üzere değil de, sırf temsilci ile temsil olunan arasındaki ilişkide temsilci sıfatını ispat edebilmesi için verilmiş olması (bkz. **Bucher**, AT, s. 612) veya (vekaletnamede buna dair bir kayıt bulunmamasına rağmen) sırf belirli bir kişiye gösterilmek üzere düzenlenmiş olması gibi hallerde, bu belgenin bile bile üçüncü kişilere veya temsil olunanca istenmeyen kişilere gösterilmesinin BK. m. 33/II'nin uygulanmasına yol açacak bir yetki bildirimi sayılamayacağı yolunda görüşlere rastlanıyorsa da (özellikle bkz. **Koller**, not 73'de age, N. 254 ve not 321), bu görüşlerin güven ilkesini esas alan ve günümüzde hakim olan anlayışla bağdaşmadığı pek açıktır. Bu tip sınırlamalarla yetki belgesi düzenleyen

- Bu konuda r.ıstlanan üçüncü bir görüş, meseleye yine temsilcinin haberci sıfatını ön plana çıkararak bakmakta ve (tartışmalı olmasına rağmen) hfikim düşünce tarafından benimsenmiş bulunan "haberci, bilerek ve isteyerek kendisine verilen mesajı başka şekilde naklederse, haberci aracılığı ile beyanda bulunan kişi, bu şekilde kusten değıştirilmiş mesaj ile bağı tutulamaz" esasından hareket etmektedir¹⁰⁷. şu halde, yetkisi geri alınmış ve o andan itibaren elindeki yetki belgesini üçüncü kişilere gösterme imkanını hukuken kaybetmiş temsilci, bu belgeyi kullanmaya devam ederse; o, bilerek ve isteyerek yanlış mesaj nakleden bir kişi konwnuna girdiğinden, yukarıda sözünü ettiğimiz esas kıyas yolu ile uygulanmak suretiyle, temsil olunanı bağlayıcı fücçerli bir bildirimi gerçekleştirmiş sayılamaz ve BK. ın. 33/II uygulama alanı bulamaz^{1 8}.

Bu görüş de, aşağıda açıklanan sebeplerden ötürü, yerinde değildir:

= Bir defa, temsil yetkisi geri alındığı halde, elindeki yetki belgesini üçüncü kişiye ibraz eden kişi, bu belgenin virgülüne dahi dokunmadığı için, mesajda en ufak bir değışiklik dahi yapmamış, onu olduğu gibi nakletmiştir¹⁰⁹. O, sadece, bu mesajın arkasında yatan "temsil yetkisinin geri alınırış bulunduğu olgusunu" gizlemekle yetinmiştir. Bu yüzdendir ki, bu engel, "kıyas" yoluna başvurmak suretiyle aşılma istenmektedir. Oysa, aşağıdaki açıklamalarımızdan anlaşılacağı gibi, kendisine yetki belgesi verilmiş temsilcinin durumu ile, alelade bir habercinin durumları kıyasa imkan vermeyecek ölçüde farklıdır.

= Yetkisi geri alındığı halde yetki belgesini muhafaza eden temsilci, "başkası tarafından haberci olarak görevlendirilmediğı halde kendiliğinden onun habercisi kılığına girip uydurma bir beyanı karşı tarafa nakleden kişiye" de benzetilebilir¹⁰. İlk bakışta aradaki fark, temsilcinin başta, elindeki yetki belgesi açısından gerçekte haberci sıfatını taşıması ve ancak geri alma beyanından sonra bir çeşit "sahte haberci" konumuna girmesidir. Oysa, gerçek anlamı ile "sahte haberci" daha baştan itibaren hiçbir zaman bu sıfatı kazanmamıştır ve aşağıda göreceğimiz gibi, durum yakından incelendiğı vakit, bu açıdan da bir kıyasa yer olmadığı ortaya çıkmaktadır.

= İster kasten elindeki mesajı değıştiren haberciye, ister kendi kendisine haberci kılığına giren kişiye karşı, beyan sahibi tamamen çaresiz ve savunmasızdır. Bir mesajın haberci tarafından kasten değıştirilmesi, bir beyanın nakledilmesine ilişkin olarak, beyan sahibi tarafından üstlenilmesi gereken tipik bir risk değildir. Hiçbir beyan sahibinden, bayatta pek nadir olarak karşımıza çıkabilecek bu riski de hesaba katması beklenemez ve haberci tarafından kasten değıştirilmiş bir beyan ona isnat edilemez (bağla-

temsil olunan, bu sınırlamaların üçüncü kişilere karşı da etkili olabilmesi için yetki belgesine "sırf ispat amacı ile düzenlenmiş olup üçüncü kişilere ibraz edilemez" veya "sadece bay Ü'ye ibraz edilmek üzere düzenlenmiştir" şeklinde kayıtlar eklemelidir. Bu tip kayıtlar yetki belgesinde yer almıyorsa, kendisine ibraz edilen belgenin hiçbir sınırlamaya yer vermeyen içeriğine güvenen üçüncü kişinin iyiniyeti BK. m. 33/II çerçevesinde korunur. Bu ihtimal çerçevesinde, daha baştan her türlü riski göze alıp bile üçüncü kişileri yanıltmaya elverişli bir yetki belgesi düzenleyen temsil olunan yarattığı hukuki görünüşün sonuçlarına katlanmak zorundadır. Onun, "Ben bu belgenin kimlere gösterildiğini bilmiyorum, bilmem de mümkün değildi" şeklinde yapacağı bir savunma dürüstlük kuralıyla (MK. m. 2/I) bağdaşmadığı için dikkate alınmaz.

107) Bkz. yukanda § 36, N. 48-49.

108) Örnek olarak bkz. **Koller**, not 73'de age, N. 254; **Watter**, Basler Konun., Art. 33, N. 33; **Zach**, Art. 33, N. 145.

109) Bu konuda ayrıca bkz. **Schmidlin**, Art. 27, N. 14; **Oser/Schöonenberger**, Art. 27, N. 2.

110) Bu konuda bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, not 6 l'de age, s. 225-226.

namaz)¹¹¹. Aynı sonuç evleviyetle (a fortiori), beyan sahibinin haberi dahi olmadan, bir kimsenin onun habercisi kılığına gınnesi halinde de geçerlidir. Bütün bu gibi durumlarda, olaylar tamamen kendi bilgisi dışında cereyan ettiği için beyan sahibinin yapabileceği bir şey yok'tır. Oysa yetkisi geri alındığı halde yetki belgesi elinde kalan temsilci açısından, temsil olunanın durumu bundan çok farklıdır. O, herşeyden önce, temsilcisinin temsilci sıfatının da, (elindeki yetki belgesi açısından) haberci sıfatının da ortadan kalk"tığını çok iyi bilmektedir, zira, bunu temsil yetkisini geri almak suretiyle bizzat kendisi sağlamıştır. Harekete geçip, bildiği veya apaçık bilebileceği üçüncü kişileri haberdar etmezse, bu belgenin yetkisiz duruma düşen temsilcisi tarafından kullanılabileceğini de rahatça dikkate alabilecek durumdadır. Buna rağmen, sesini çıkannaz ve ilgili üçüncü kişileri "Dikkat edin, elindeki yetki belgesi ile size gelecek kişinin temsil yetkisini ben geri aldım" diye ikaz etmezse, onun durumunu, kendisinin hiç haberi olmadığı halde mesajı kasten değiştirilmiş veya sahte bir haberci tarafından sözde bir mesaj göndermiş konumuna sokulmuş kişilerle mukayese etmek mümkün değildir. Bu yüzden ki, geri aldığı yetkiye rağmen, bildiği veya bilebileceği üçüncü kişileri uyarmayan temsil olunan (BK. m. 34ffil'den de kıyas yolu ile yararlanılarak) temsilcisinin elindeki yetki belgesini ibraz etmesi ile, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı, BK. m. 33/II anlamında kendisine objektif ve normatif olarak bağlanabilecek bir yetki bildiriminde bulunmuş sayılır ve (gerçekte yetkisi son bulmuş) temsilcinin yaptığı işlemle bağlı tutulur.

3. Temsil Yetkisinin Geri Alınması Halinde Üçüncü Kişilerin İyiniyetini Koruyan Hükümler Hangi Sıra İçinde Ele Alınıp İncelenmelidir?

62 Burada, Borçlar Kanunu'nun 33/II, 34/III, 36 ve 37. maddelerine ilişkin bir incelemede izlenmesi gereken sıra söz konusudur. Bu konuda aşağıdaki üç aşama çerçevesinde bir inceleme yapmak gerekir:

- *Birinci aşama:* İlk önce bakılacak nokta şudur: İyiniyetli üçüncü kişi ile işlem yapan *temsilci de iyiniyetli midir?* Eğer, temsilci de yetkisinin son bulduğunu bilmiyorsa ve bilebilecek durumda değilse, BK. m. 37 uyarınca işlem geçerli olur¹¹². Hem üçüncü kişinin hem de temsilcinin iyiniyetli olduğu bu gibi durumlarda artık ikinci ve üçüncü aşamalara geçmeye gerek kalmaz. Buna karşı, *temsilci kötüniyetli* ise, BK. m. 37 uygulanamayacağından, ikinci ve üçüncü aşamalar çerçevesinde inceleme yapma zorunluluğu doğar.

- *İkinci aşama:* Burada bir ayırım yapılacaktır:

= Kötüniyetli temsilci, temsil yetkisi geri alındıktan *sonra*, yetki belgesini (vekaletnameyi) iyiniyetli üçüncü kişiye ibraz etmişse, uygulanacak hüküm BK. m. 33/II hükmüdür. Şu var ki, bu hüküm ancak *temsil olunanca*

111) Schmidlin, Art. 27, N. 16, 18; Oser/Schönenberger, Art. 27, N. 6; Becker, Art. 27, N. 6; Flume, § 23, 3, s. 456; Larenz/Wolf, § 46, N. 44. -Aksi görüşte olanlara örnek olarak bkz. Medicus, AT, N. 748; Schwenger, Basler Komm., Art. 27, N. 5. -Aynca bkz. yukarıda § 36, N. 48.

112) Hatırlatalım ki, BK. m. 37, sadece geri almada değil, temsil yetkisinin BK. m. 35 uyarınca ölüm vs. gibi sebeplerle son bulduğu hallerde de uygulama alanı bulur.

bilinen veya apaçık bilinebilen üçüncü kişilere karşı uygulama alanı bulabilir.

= Kötüniyetli temsilci, temsil yetkisi geri alınmadan *önce*, yetki belgesini (vekaletnameyi) iyiniyetli üçüncü kişiye ibraz etmişse, uygulanacak hüküm BK. m. 34/III hükmüdür. Bu ihtimalde de, BK. m. 34/III'ün, sadece *temsil olunanca bilinen veya apaçık bilinebilir olan üçüncü kişiler* açısından uygulanması söz konusu olabilir.

- *Üçüncü aşama:*

BK. m. 33/11 nin veya BK. m. 34/III'ün kapsamına girmesi gereken bir olayda, bu maddeler, yetki belgesinin temsilci tarafından *temsil olunanca bilinmeyen ve apaçık bilinebilir olmayan iyiniyetli üçüncü kişilere* gösterilmiş olması dolayısı ile uygulanamıyorsa, bu defa BK. m. 36 devreye girer ve sözleşme geçerli tutulmayıp iyiniyetli üçüncü kişi lehine bir tazminat yaptırımı ile yetinilir¹¹³.

Bu açıklamalar gösteriyor ki, aynı olayda, bazı kimselere karşı BK. m. 33/II veya 34/III uygulanacağı halde, diğerlerine karşı BK. m. 36 uygulama alanı bulabilir. Örneğin, temsilci T, yetkisi devam ederken yetki belgesini Ü₁'e ibraz etmiş, yetkisi geri alındıktan sonra ise hem Ü₂, hem de Ü/e göstermiştir. Yetkinin geri alınmasına ilişkin beyanından sözü geçen üçüncü kişilerden hiçbirini haberdar etmeyen temsil olunan A, yetki belgesinin Ü₁ ve Ü₁'ye gösterildiğini bildiği veya apaçık bilebileceği halde, bunun Ü/e de gösterildiği hakkında bilgi sahibi olmadığı gibi olabilecek durumda da değildir. Yetkisinin son bulduğunu bilen kötüniyetli T, geri alma beyanından sonra, hepsi iyiniyetli olan Ü₁, Ü₂ ve Ü₃ ile A adına sözleşmeler yaparsa, Ü₁ açısından BK. m. 34/III, Ü₂ açısından BK. m. 33/II, Ü₃ açısından ise BK. m. 36 uygulanacaktır.

63

§ 49. Yetkisiz Temsil

I. Kavram ve Uygulama Alanı

Başkasına adına işlem yapan temsilcinin, üçüncü kişi ile yapılan sözleşme menf'ı ku! uJ.d.Jib:f. anda¹ gS f ! ır temsi e • sine sahi ? ? ? ilke olarak zorunludur². O, böyle bir yetkiye sahip o aksızın üçüncü kişi ile

I

113) Yine hatırlatalım ki, BK. m. 36 hükmü, yetkinin BK. m. 35'de öngörülen ölüm vs. gibi sebeplerden biri ile son bulması halinde dahi uygulanabilen bir hükümdür.

1) Zacb, Art. 38, N. 4; **Violand**, Die Stellvertretung ohne Ermächtigung, Bern/Stuttgart, 1988, s. 52.

2) Bu konuda krş. yukarıda§ 47, N. 13.

j_şkııı..}raPilğLlakdirde,-BK.--m. 38-39 hükümleri tarafından düzenlenen yetki siz temsil kavramı karşımıza çıkar. Yetkisi olmadan işlem yapan temsilciye "yetkisiz temsilci" *ff"alsius"pi₃ocuu-atoı*) denir. Yetkisiz temsil, özellikle ş_u_gill_id u ru nılar da söz konusu olur :

1. Temsilciye hiç bir zaman bir temsil yetkisi verilmemiştir-veya bir yetki verilmiş olsa bile yetkilendinne işlemi herhangi bir sebepten ötürü **esin** hükümsüzdür. Yetkilendinne işleminin sonradan (örneğin hata, hile, ikrah hükümleri çerçevesinde) iptal edilmesi halinde de, işlem baştan itibaren kesin hükümsüz hale geleceğinden, ortada yine bir yetkisiz temsil durumu vardır.

2. Temsilci }s:endisine verilen yetkinin sınırlarını aşarak üçüncü **kişi** ile bir **i** **yapmıştır**. Bu açıdan yetkinin başlangıçta sınırlı olarak verilmesiyle, sonradan (işlem yapılmadan önce) kısmen geri alınmış olupası halleri arasında fark yoktur. Bütün bu ihtimallerde, yetkisinin sınırlarını aşarak işlem yapan temsilci yetkisiz temsilci durumundadır.

3. Temsilciye başlangıçta yetki verilmiş olmakla birlikte, sonradan bu yetki geri-alınmış veya BK. m.'35'de öngörülen sebeplerden birinin gerçekleşmesi üzerine son bulmuştur.

İlk planda akla gelen bu ihtimallere, temsil olunanın hep birlikte hareket etmeleri kaydı ile yetkilendirdiği birden fazla temsilciden sadece birinin tek başına işlem yapması⁴ veya (istisna durumlarından biri söz konusu olmaksızın) temsilcinin kendi kendisiyle yahut her iki tarafı temsilen hareket etmesi⁵ yahut kendisine verilen talimata uymaması⁶ veya temsil yetkisini kötüye kullanması⁷ gibi haller örnek olarak eklenebilir.

- 2 Sadece Borçlar Kanununun temsile ilişkin hükümlerini (BK. m. 32-40) göz önünde tutarak şunu eklememiz gerekir ki, kanunun yerine göre bazen üçüncü kişinin iyiniyetini koruyarak (BK. m. 33/II, 34/III), bazen ise hem temsilcinin hem de üçüncü kişinin iyiniyetini arayarak (BK. m. 37) yetkisiz temsilcinin işlemini geçerli saydığı durumlarda, yetkisiz temsile ilişkin BK. m. 38-39 hükümleri uygulanmaz. Buna karşı, temsil yetkisi son bulduğu

3) Bu konuda özellikle bkz. **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 1373 vd.; **Zach**, Art. 38, N. 5 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 199.

4) Bkz. yukarıdaş 46, N. 50.

5) Bkz. yukarıdaş 46, N. 62 vd.

6) Bkz. aşağıda § 50, N. 11 vd.. Bizim anılan yerde benimsediğimiz görüş açısından, bu hal gerçekte (talimatın veriliş anına göre) yetkinin baştan itibaren sınırlı olarak verilmesi veya sonradan talimat yolu ile sınırlandırılması anlamını taşır ve metinde belirtilen ihtimallerden ikincisinin .kapsamına girer.

7) Bkz. aşağıda § 50, N. 1 vd.

ha.ide, elinde kalan yetki belgesi ile temsilci adına işlem yapmaya devam eden temsilcinin durumu yerine göre farklı olabilir. Şöyle ki, bu olguya, gerçekte ikincil (=talı) bir nitelik taşıyan BK. m. 36'nın uygulandığı durumlarda. işlem yine yetkisiz temsil hükümleri çerçevesinde geçersiz olur ve sadece yetki belgesini geri almakta ihmali olan temsil olunan (yetkisiz temsilci ile birlikte) iyiniyetli üçüncü kişiye karşı bir tazminat ödeme yükümlülüğü altına girer.

il. Temsil Olunan ile Üçüncü Kişi Arasındaki İlişki Açısından, Yetkisiz Temsilcinin Üçüncü Kişi ile Temsil Olunan Adına Yaptığı Sözleşmenin Durumu

1. Sözleşmenin Askıda Hükümsüz Olması

Yetkisiz temsilcinin üçüncü kişi ile yaptığı işlemde, bu işlemin geçerli olması için bulunması zorunlu "yetki" unsuru eksiktir. Busebeple, sözleşme kurulmuş olmasına rağmen aslada-hu!rumsüzdur-fşlemin geçerli olması için kanun tarafından aranan "başkası adına hareket eden kişinin temsil yetkisine sahip olması" şartı gerçekleşmediğinden, gerek temsil olunan gerekse üçüncü kişi bu söz eşine ile hiçbir şelalde alaca.ı; borçlu sıfatlanmı kazanmamışlardır. Sozleşme-lier-ila-sâ cısıiîdaı-da geçersizdir. Ancak bu geçersizlik kesin değildir, onaaa oir aski durumu vardır. Bu durum devam ettiği sürece üçüncü kişi sözleşme ile bağlı olduğu halde, temsil olunan şu anlamda bağlı değildir ki, kendi adına yapılan işleme (yetki eksikliğini telafi etmek üzere) *icazei* verip vermemek tamamen onun takdirine bırakılmıştır. (BK. m. 38)8.

3

2. Temsil Olunanın İcazeti ile Sözleşmenin Geçerlilik Kazanması

yetkisiz temsilcinin kendi adına yaptığı işlemi öğrenen temsil olunan, dilerse derhal icazet verip vermediğini üçüncü kişiye bildirebilir. Onun, bu konudaki seçim hakkını kullanması için, üçüncü kişi tarafından kendisine bir mehil verilmesini beklemek mecburiyeti yoktur. Durumdan haberdar olmayan veya olup da hareketsiz kalan temsil olunana karşı ise, üçüncü kişi *uygun* (olayın özelliklerine göre diğer tarafın durumu tam olarak değerlendiril-

4

8) **Zach** (Art. 38, N. 33), icazetten önce işlemin ne geçerli ne de geçersiz olduğunu ve geçici olarak bir taraflı bağlamazlık yaptırımına tabi olduğunu söylemektedir. (Benzer görüşte: **Esener**, Yetkisiz Temsil, il. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara 1962, s. 122). Bu düşünce isabetsizdir. Çok defa hata, hile, ikrah hallerindeki (BK. 23 vd.) iptal edilebilirlik için kullanılan bir taraflı bağlamazlık (einseitige Unverbindlichkeit) yaptırımından söz açılması da yanıltıcıdır. Bu doğrultuda, diğer bazı yazarlarca da paylaşılan yanlış görüşlerin eleştirilmesi için bkz. **Kutlu Sungurbey**, Yetkisiz Temsil, İstanbul 1988, s. 44 vd. Ayrıca bkz. **Eren**, 9. bası, s. 411.

dirip bir sonuca vannasına elverişli) bir süre tayin edip kararını bildirmesini ister⁹. Bu süre zarfında üçüncü kişi sözleşmeye icazet verdiğini bildirdiği takdirde, sözleşme yapıldığı andan itibaren geçerlilik kazanır. Sözleşmeye icazet verilmesi üçüncü kişi tarafından reddedilmişse, askıda hükümsüzlük kesin hük--ümsüzlüğe dönüşür. Süre susarak geçirilmişse, bu, ilke olarak icazet verilmediği anlanuna gelir.

- 5 Kendisine kararnı bildirnesi için bir süre tanınmayan temsil olunanın işleme icazet verme hakkının sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren bir yıllık hak düşürücü bir süreye tabi olduğu yolında ileri sürülen göüü¹⁰, kanunda böyle bir hüküm yer almadığından. huk'Uki dayanaktan yoksundur.
- 6 Süre tayini üzerine susma ilke olarak red sayılmakla birlikte, olayın özellikleri gereği, üçüncü kişi sözleşmeye icazet vermek istemeyen temsil olunanın bu hususu açıkça bildirmesini beklemekte dürüstlük kuralı gereği haklı görülebiliyorsa, verilen sürenin susarak geçirilmesi (istisna olarak) icazet verilmesi şeklinde değerlendirilebilir. Bunun en güzel örneklerinden biri şudur: Yetkili temsilci yetkisini çok ufak miktarda aşarak bir işlem yapmış ve bu durum kendisine bildirilen ve icazet vermesi istenen temsil olunan susmakla yetinmişse, üçüncü kişi açık bir red cevabını beklemekte haklı olduğundan, susma icazet verme olarak yorumlanabilir¹¹.
- 7 İcazet verilmesin iliş eyan 19Jrucu yenilik doğuran bir i_şle!_İlniteli-jini taşır. Bu hey.anınJrnrşsı tarafa varıp sonuçlarını doğurmasından sonra, temsil-9.lunaI 11n_punu geri alması mümkün değildir. Gerek icazet vermeye gerekse icazetin reddine ilişkin beyanlar, hakim görüşe göre, temsilciye k:arşı-yapılabileceği gibi, üçüncü kişiye karşı da yapılabilir. Şu var ki, üçüncü J..."işinin temsil olunana kararını bildirmesi için bir mehil tayin etmesinden sonra yapılacak beyanların (BGB § 177/II hükmünün açık biçimde ifade ettiği gibi) mutlaka üçüncü kişiye karşı yapılması gerekir. Gerçekten, bu ihtimalde, mehli tayin eden üçüncü kişinin, bir cevap gelip gelmediğini öğrenmek için yetkisiz temsilcinin peşinde koşması ondan istenemez ve beklenemez. Bu gibi durumlarda, temsilciye karşı yapılmış bir icazet beyanı, temsil olunanın habercisi olarak hareket eden temsilci tarafından süresi içinde üçüncü kişiye ulaştırılırsa bu da yeterli olur¹².

9) Alman Hukukunda durum farklıdır. Gerçekten, BGB § 177/II uyarınca, temsil olunanın, üçüncü kişinin beyanının kendisine ulaştığı tarihten itibaren iki hafta (on dört gün) içinde icazet verip vermeyeceğini bildirmesi gerekir. Bu süre içinde icazet verilmemişse, temsil olunan icazet vermeyi reddetmiş sayılır (**Laren/Wolf**, § 49, N. 12).

10) Bu düşüncede **Zicb**, Art. 38, N. 36, 42, 61.

11) **Zicb**, Art. 38, N. 55.

12) **Watter**, Basler Komin., Art. 38, N. 5; **Ziicb**, Art. 38, N. 59; **Oser/Scbönenberger**, Art. 38, N. 5. Farklı görüşte: **Violand**, not l'de age, s. 134. Bu yazar, yetkisiz temsilcinin haberci sıfatı ile temsil olunanın beyanını üçüncü kişiye nakletmesine izin vermemektedir. Zira, olup bitenlerden sonra yetkisiz temsilciye güveni kalmayan üçüncü kişinin

icazete ilişkin beyannın temsil olunanın temsilcinin hem temsilciye hem de Üçüncü kişiye yapılabilmesi bazı karışık ve tınlışmnlı problemlere yol nçmnktndır. Gerçekten, henüz üçüncü kişi tarafından bir mehil tayin olunmudnn, temsil olunan yetkisiz temsilciye karşı icazetin verildiğine veya reddine ilişkin bir beyanda bulunduğu hâlde, temsilci bunu üçüncü kişiye ulaştırmamış olabilir. Bu gibi durumlarda, üçüncü **kişi** BK. m. 38/1 uyarınca temsil olunana uygun bir süre verip icazet verip vermeyeceğini bildinnesini istediği zaman, temsil olunan, daha önce temsilciye yaptığı beyan ile bağlı tutulacak mıdır, yoksa icazet verip vermemek hususunda yeni bir seçim hakkı elde etmiş sayılabilecek midir? Örneğin, temsilciye karşı işleme icazet verdiğini bildiren temsil olunan, bundan haberi olmayan üçüncü kişinin kendisine kararını bildinnesi için süre tanımasından sonra, bu defa icazet vermeyi reddedebilecek midir? Bu gibi çatışan beyanlardan hangisine üstünlük tanınacaktır? Bu konuda ileri sürülen belli başlı görüşler şunlardır:

a - Birinci görüş, Alman Hukukunda, BGB § 177/11 tarafından kabul edilen görüştür. Bwia göre, üçüncü kişi temsil olunana bir süre tayin etme yoluna gittiği zaman, daha önce temsil olunanın temsilciye karşı yaptığı ister "icazet veriyorum" ister "icazet venneyi reddediyorum" şeklindeki tüm beyanlar hükümsüz kalır ve sonradan verilen mehil içinde temsil olunan icazet verip vermemekte tamamen serbest olur¹³. Örneğin, temsil olunan yapılan işlemi öğrendikten üç gün sonra "yetkisiz temsilciyi" arayarak ona işleme icazet vermeyeceğini bildirince, askıda hükümsüz işlem kesin hükümsüz bir işleme dönüşür. On beş gün sonra, üçüncü kişi "temsil olunana" süre tanıyıp kararını bildirmesini isterse, icazetin reddine ilişkin olarak temsilciye karşı yapılmış önceki bildirim geçersiz kalır ve kesin hükümsüz işlem tekrar askıda hükümsüz işlem durumuna geçer. Bu durumda, kesin sonucu temsil olunanın kendisi için belirlenen süre içinde takınacağı tavır belirleyecektir. Bu görüşün en büyük avantajı, icazet verilip verilmediği, dolayısı ile işlemin geçerli mi, kesin hükümsüz mü olduğu hususunda üçüncü kişinin çok net ve kesin bilgi sahibi olmasını sağlamasıdır.

b - Pratik sonuçları açısından geniş ölçüde birinci görüş ile birleşen ikinci görüş açısından durum şöyledir: Temsil olunanın işleme icazet verdiği üçüncü kişiye bildirilmemiş ise (bir başka anlatımla, temsil olunan icazet verdiğini sadece yetkisiz temsilciye bildirmiş, fakat bu bildirim üçüncü kişinin bilgisine ulaştırılmamış bulunuyorsa), üçüncü kişinin BK. m. 38 uyarınca temsil olunana süre tayin ederek kararını bildirmesini istemeye ilişkin hakkı devam etmektedir. Bu durumda, temsil olunan bu defa üçüncü kişiye karşı ikinci bir bildirimde bulunmak zorunda kalacak ve her şey sadece bu ikinci bildirim çerçevesinde bir esasa bağlanacaktır¹⁴. Görülüyor ki, bu görüşte de, temsil olunanca yetkisiz temsilciye yapılan bildirim, üçüncü kişinin bilgisine ulaştırılmadığı sürece onun açısından bir bağlayıcılık taşımamakta ve üçüncü kişi tarafından BK. m. 38/I uyarınca temsil olunana kesin kararını bildirmesi için mehil verilmesine engel olmamaktadır. Sonucu belirleyen husus ise, temsilciye karşı yapılmış önceki bildirim olmayıp, temsil olunanca süresi içinde ve BK. m. 38/I çerçevesinde üçüncü kişiye karşı yapılan bildirimdir. Bu sonuç Alman Hukukunda BGB § 178/II çerçevesinde varılacak sonuçtan pek farklı değildir. Şu var ki, temsil olunana icazet verip vermeyeceğini bildirmesi için süre tayin etme hakkı, (Alman Hukukunda böyle bir sınırlama olmadığı halde) burada yalnız "temsilciye yapılmış önceki bildirimden haberdar edilmeyen" üçüncü kişilere tanınmıştır.

c - Üçüncü görüş, problemi daha radikal bir çözüme kavuşturmakta ve Borçlar Ka-

onun beyanı ile yetinmesini beklemek boşunadır. Buna karşı, yine aynı yazara göre yetkisiz temsilci dışında kalan kişilerin temsil olunanın habercisi sıfatıyla ulaştırdıkları beyanlar geçerlidir.

13) İsviçre Hukukunda bu görüşte: **v. Tuhr/Peter**, § 45, not 23.

14) Bu düşüncede: **Zösch**, Art. 38, N. 60.

nunumuzda icazet verilmesine veya icazetin reddine ilişkin bildirimin kime karşı yapılması gerektiği hususunda açık bir hüküm bulunmamasından yararlanarak, bu gibi bildirimlerin, temsilciye değil sadece üçüncü kişiye karşı yapılabilmesini kabul etmek-
tedir¹⁵.

d - Dördüncü görüşe göre ise, yetkisiz temsilciye karşı yapılan icazet beyanı da (tıpkı doğrudan doğruya üçüncü kişiye karşı yapılan beyan gibi) geçerli olup (üçüncü kişi bu icazeti öğrenmemiş bile olsa) askıda hükümsüz sözleşmeyi geçmişe etkili olarak geçerli bir sözleşmeye dönüştürür. Bu gibi durumlarda, üçüncü kişi de, (bize göre hiç),a.ışkusuz ancak bundan haberi olmuş ise) temsil olunana ayrıca bir süre vermeksizin, temsilciye yapılan icazet beyanı ile sözleşmenin geçerlilik kazanmış olmasına dayana-
bilir¹⁶. Her ne kadar açıkça ifade edilmemiş bulunuyorsa da, aynı sonucun, temsil olu-
nanca temsilciye icazet verilmesine değil "verilmemesine" ilişkin bir bildirim yapıldığı
zaman da kabul edilmesi gerektiği kuşkusuzdur. Ne var ki, kendisini sorumluluk altına
sokacak böyle bir bildirimin yetkisiz temsilci tarafından üçüncü kişiye ulaştırılmasını
beklemek herhalde gerçekçi bir bakış açısı oluşturmaz. Görüldüğü gibi, bu görüş ortada
bir icazetin bulunup bulunmadığı hususunda hukuk güvenliğinin zorunlu kıldığı kesin-
liği sağlama gücünden yoksundur.

9 Bizce, bütün bu görüşler arasında, "de)ege ferenda" üstün tutulması gereken görüş
BGB § 177/II tarafından benimsenen ve icazete ilişkin olarak temsilciye karşı yapılan
beyanları tamamen bir köşeye bırakmayan birinci görüştür. Hukuki durumun ne oldu-
ğunu açık ve kesin biçimde bilmekte büyük çıkarı olan üçüncü kişi, temsil olunana bir
mehil vermek gereğini duyduğu zaman, daha önce temsil olununca yetkisiz temsilciye
yapılmış (mehil tayin etme yoluna gidilmeseydi geçerliliğini koruyabilecek) tüm beyan-
ların hükümden düşmesi ve sonucun bu mehil üzerine temsil olunanca icazet verilip ve-
rilmemesine göre belirlenmesi bu kesinliği sağlar. Ne var ki, yürürlükteki hukukumuz-
da, mehil tayininden önce yapılmış tüm beyanların geçersiz sayılmasını öngören bir hü-
kfun bulunmadığından bu görüşün (bir kanun değişikliği olmadıkça) kabul edilmesi çok
güçtür. O halde, Alman Hukukundaki çözüme en çok yaklaşan ikinci görüşü esas almak
daha yerinde olacaktır.

10 İcazetin kayıtsız şartsız olması ve yetkisiz temsilciyle yapılmış sözleş-
menin o uğu gibi kabul edilme❖i"i-ıe- yop.elik bulunması ge:ekir¹❖. Bazı de-
ğişiklikler yayılmaması isteğini içeren bir icazet, yeni bir sözleşme yapılması-
na ilişkin bir icap olarak değerlendirilebilir¹⁸.

11 İlke olarak icazetin işlemin *tümüne* yönelik olarak verilmesi gerekir. Şu

15) **Violand**, not 1'de age, s. 133.

16) **Kutlu Sungurbey**, not 8'de age, s. 72, 73.

17) Temsil olunan ile yetkisiz temsilci arasındaki temel (iç) ilişki bir çok hallerde bir ve-
kaletsiz iş görme niteliğini taşıyacaktır. BK. m. 415 hükmüne göre, "İş sahibi yapılan
işe icazet verirse, vekalet hükümleri cari olur". Burada sözü edilen ve sırf "iç (temel)
ilişkiyle" ilgili olan icazeti, "dış ilişkide" yer alan temsil yetkisine yönelik icazet ile ka-
rıştırmamak gerekir. Belirli bir olayda, icazetin sadece iç ilişkiye yönelik olarak veril-
mesi (BK. m. 415) mümkündür. Bu durumda, yetkisiz temsilci tarafından yapılan işlemi
geçerli hale getiren BK. m. 38 anlamında bir icazetten söz edilemeyecektir. Şu var ki,
öğretide, tereddüt halinde BK. m. 415 anlamındaki "iç icazetin", BK. m. 38 anlamında-
ki "dış icazeti" de kapsadığı kabul edilmektedir. (**Schmid**, Zürcher Komm., V. Band,
Obligationenrecht, Zürich 1993, Art. 424, N. 12, 27; Zach, Art. 38, N. 32, 63, 68).

18) **Watter**, Basler Komm., Art. 38, N. 6; BGE 93.11.307

halde işlemin nede *kısmen* kabul edilmesine ilişkin bir icazet geçersizdir. Şu var ki. *temsilcilik yetkisi sınırlarının aşılması* biçiminde gerçekleşen yetkisiz temsil durumu"nın. sözleşmenin bölünebilir olması kuydu ile, bu ilkeye bazı istisnalar tanınmaktadır¹⁹. Bu istisnaları iki grupta toplayabiliriz:

- BK. m. 20/II'deki kıyas yolu ile uygulanmasında dayalı istisnalar:

Örneğin temsilciye bir maldan 20 ton satın alınması için yetki verildiği halde, o yetkisini aslında 30 ton satın almıştır. Bu durumda, temsil olunan satış sözleşmesine sadece 20 tonluk bölümü için icazet verdiği takdirde, üçüncü kişinin sadece 20 ton üzerinden sözleşme yapılabileceğini bilseydi, onun Yine aynı sözleşmeyi yapacağı sonucuna varılabiliyorsa, icazet geçerli olur ve sözleşme 20 tonun satışına ilişkin bölüm açısından yapıldığı andan başlayarak hüküm doğurur²⁰.

- BK. m. 25/II'nin kıyas yolu ile uygulanmasında dayalı istisnalar:

Temsilciye bir malı 1000 üzerinden satın alması için yetki verildiği halde, o bunu 1100 üzerinden satın aldığı vakit sözleşme askıda hükümsüz hale gelir. Bu durumda, karşı taraf (üçüncü kişi) malı 1000 üzerinden satmaya hazır olduğunu beyan ederse, temsil olunanın icazet vermekten kaçınması dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Burada kıyas yolu ile uygulanacak hüküm hataya ilişkin BK. m. 25/II hükmüdür. Bu sebeple, üçüncü kişi temsil olunanın sözleşmeye icazet vermediğine ilişkin beyanı kendisine ulaşınca, derhal 1000 üzerinden satışı kabul ettiğini bildirirse yine sözleşmenin kurtulduğunu kabul etmek gerekir²¹.

Temsil olunanın icazetin verilmesine veya reddine ilişkin beyanı bizzat yapması şart değildir. Bu beyan, onun yetkili temsilcisi tarafından da yapılabilir. Burada karşımıza bir problem çıkar: *Temsil olunan, yetkisiz temsil-*

12

19) Bu konuda istisna tanınmaksızın kısmi icazetin her zaman geçersiz olduğu görüşünde: **Violand**, not 1'de age, s. 135-136. Bu yazara göre, temsil olunanın sözleşmeye kısmen icazet vermesi yeni bir sözleşmenin kurulması için yapılmış bir icap niteliğini taşır.

20) Bkz. **v. Tuhr/Peter**, § 45, I, 2, s. 400 ve not 3; **Enneccerus/Nipperdey**, s. 1124; **Kutlu Sungurbey**, not 8'de age, s. 83; **Ziich**, Art. 38, N. 13; **Bucher**, AT, s. 642, not 152. İçerik değiştirici kısmi hükümsüzlük görüşü açısından, bu durumda 30 tona ilişkin geçersiz kaydın yerini, tarafların farazi (varsayımsal) iradelerine dayalı 20 tona ilişkin bir kaydın aldığı söylenebilir.

21) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1442-Öğretide **v. Tuhr/Peter** (§ 45, II, 2, s. 400 ve not 4) burada BK. m. 25ff'den değil, duruma tam olarak uymayan BK. m. 389/II'den kıyas yolu ile yararlanıyor (keza: **Watter**, Basler Kamın., Art. 38, N. 2) ve üçüncü kişinin beyanının temsil olunanın icazetin reddine ilişkin beyanından önce yapılması gerektiğini ileri sürüyorlar. Bizce, BK. m. 25ff'i'yi esas almak daha doğrudur ve tıpkı orada olduğu gibi, icazetin reddi beyanı kendisine ulaşan üçüncü kişiye, derhal cevap vermek kaydı ile, yine sözleşmeyi kurtarma imkanı tanınmalıdır (Bkz. yukarıda § 36, N. 82).

cinin yaptığı işlem henüz askıda iken, ona sonradan temsil yetkisi verirse, bu defa bizzat yetkisiz temsilci sonradan elde ettiği yetkiye dayanarak temsil olunan adına kendisinin daha önce yapmış bulunduğu askıda hükümsüz işleme icazet verebilir mi? Alman Hukukunda bu imkan tanındığı halde²², İsviçre Hukukunda konu tartışmalıdır²³. Bizce, bu sorunun cevabını verirken bir ayırım yapılmalıdır:

- Temsilcinin gın,radan.}'etkilendir-i-lmesine- ilişkin yetki- belgesinde (vekaletnamede) onun "her türlü işlem için" yetkili olduğu veya genel olarak "yetkisiz temsilcilerin temsil olunan adına yaptıkları işlemlere" icazet verebileceği belirtilmişse, bu yeterli değildir. Açıktır ki, daha önce yetkisiz temsilci sıfatı ile bizzat kendisinin yaptığı işleme icazet verme durumunda olan temsilci ile temsil olunanın çıkarları arasında uyumsuzluk vardır. Temsil olunanın çıkarları, icazet verme veya icazeti reddetme şıklarından hangisi onun açısından daha elverişli ise, bu şıkkın üstün tutulmasını gerektirir. Buna karşı, kendisinin yaptığı askıda hükümsüz işleme temsilci sıfatı ile icazet verme durumunda olan kişi, BK. m. 39 gereği üçüncü kişiye karşı sorumlu tutulmamak için, her şeyi göze alıp icazet vererek bu sorumluluktan kurtulmayı düşünür. Açık çıkar çatışması dolayısı ile, yukarıda belirttiğimiz biçimde "genel olarak" verilmiş bir yetkinin, temsilcinin kendi askıda hükümsüz işlemlerine icazet verebilmesini de kapsamına aldığı kabul edilemez²⁴. Sözü geçen biçimde tanınmış bir yetki, sadece başkalarının temsil olunan adına yetkisiz temsilci sıfatı ile yaptıkları işlemlere icazet verilmesi imkanını yaratır.

- Buna karşı, yetki belgesinde temsilcinin bizzat kendisinin yetkisiz temsilci olarak E!J2JJğL işlemler. ed- icazet vermesine yetkili olacağı öngörülmüşse <ll!l_tlm_ğ_eğışir. Bu halde, temsilci olarak yetkilendirilen kişi, a)ogçe Yetkisiz temsilci!?: ak-yığı-j şlem r u tşmsff2.İffian ab icazet vermek hususunda)'etkili sayılır. Bu görüşün gerekçesi şudur: Daha

- önce gördüğümüz gibi²⁵, temsilcinin "kendi kendisiyle" veya "her iki tarafı temsilen" temsil olunan adına işlem yapması, çıkar çatışması sebebiyle mümkün görülüyor, ancak öngörülen iki istisnadan biri olarak, temsil olunan buna nza göstermişse bu tip işlemlere bir engel kalmıyordu. Olayımızda da, sadece genel bir ifadeyle yapılan yetkilendirmenin yeterli sayılmamasının sebebi temsilci ile temsil olunan arasındaki çıkar çatışmasıdır. O halde, temsilci açıkça "kendisinin yetkisiz temsilci sıfatı ile yaptığı iş-

22) Palandt/Heinrichs, 64.A., § 178, N. 6.

23) Sonradan yetkilendirilen yetkisiz temsilcinin, kendi yaptığı işleme temsil olunan adına icazet verebileceği görüşünde: Watter, Basler Konun., Art. 38, N. 5. Aksi görüşte: Violand, not l'de age, s. 119 vd.; Züich, Art. 38, N. 47.

24) Aynı yönde açıklamalar: Violand, not l'de age, s. 121.

25) Bkz. yukanda § 46, N. 62 vd.

temlere icazet verip vennemek" hususunda da yetkilendirilmiştir, "kendi kendisiyle işlem yapma" veya "iki tarafı temsilen işlem yapma" durumları için öngörülen çözümlere kıyasen, bu yetkilendirmeye ona kendi yaptığı işlemlere de icazet verme imkanını sağlar.

Temsil olunanın, işleme ilişkin askı durumu devam ederken, yetkisiz temsilciye yetki vermesi "tek başına" icazet olarak değerlendirilebilir mi? Bu ihtimal yukarıda N. 12 altında incelediğimiz ihtimalden şu bakımdan farklıdır ki, oradaki problem sonradan yetkilendirilen temsilcinin, yetkisiz temsilci olarak daha önce yaptığı askıda hükümsüz işleme temsil olunan adına bizzat *icazet vermeye* de yetkili sayılabiliş sayılamayacağı problemidir. Şimdi incelediğimiz konuda ise, şu sorunun cevabı aranmaktadır: Yetkisiz temsilci T'nin A adına yaptığı işlemde askıda hükümsüzlük durumu devam ederken, *A'nın sonradan T'ye temsil yetkisi vermesi, T'nin ayrıca bir icazet beyanında bulunması dahi gerek kalmaksızın, tek başına askıda hükümsüz işlemi geçerli hale sokabilir mi?* Bu soruya olumlu cevap verilebilirse, yukarıda N. 12 altında yaptığımız açıklama-ların her türlü pratik değerden yoksun kalacağı kuşkusuzdur. Bizce, ilke olarak, yetkisiz temsilcinin temsil olunan adına yaptığı işlemde sonradan temsil olunca yetkilendirilmesi tek başına daha önce yapılmış askıda hükümsüz sözleşmeyi geçerli hale getirecek bir güce sahip değildir. Bir defa, yetkisiz temsilci tarafından kendi adına yapılmış işlemde haberi dahi olmayan temsil olunanın, bu defa onu yetkili kılacak bir vekaletname düzenlemesi hiçbir şekilde icazet olarak değerlendirilemez. Durumu öğrenen temsil olunanın sonradan verdiği yetki ise, yetki belgesinden veya olayın özelliklerinden aksi anlaşılmadıkça ancak "ileriye doğru" hüküm doğurur, yani yetkilendirme işleminden sonra yapılacak işlemlere ilişkindir.

Konuya ilişkin olarak verilmiş bulunan Yargıtay kararlarından aşağıda incelediğimiz iki tanesi bu düşüncelerimizi doğrulamaktadır. Bu kararlardan birincisinde, davalı İdare'nin yetkisiz temsilciye yaptığı ödemelerin tahsili istenmiştir. Yüksek Mahkeme, 6.10.1983 tarihli vekaletnamede davacının adına "tahakkuk etmiş ve edecek bakiye-leri ilgili dairelerden alması" yetki verildiğini dikkate alarak "Böylece davacı, vekalet verdiği Vehbi H.'nin önceki tahsilatına da icazet verdiği ortadadır" sonucuna varmıştır²⁶. Görüldüğü gibi, bu olayda icazetin kabul edilmesi, sadece yetkisiz temsilci adına sonradan bir yetki belgesi düzenlenmesine değil, bu belgede sonraki tahsilat gibi, (vekaletnamenin verildiği tarihte tahakkuk etmiş bulunan bakiyelere ilişkin olarak) "önceki" tahsilat için de geçmişe dönük bir yetkilendirmenin yer almasına dayanmaktadır. Önceki tahsilat için verilen yetkinin bir icazet anlamı taşıdığı açıktır.

Diğer kararda, Almanyada bulunan davalı oğul adına, bu konuda kendisine temsil yetkisi verilmemiş babası bir protokol imzalamıştır. Protokol metnine göre, Almanyadaki oğuldan bir vekaletname geldikten sonra, noterde esas inşaat sözleşmesi yapılacaktır. Yüksek mahkemeye göre "Davalı, protokolde öngörülen vekaletnameyi verdiğine göre, M.M. (baba) tarafından imzalanan protokola da icazet vermiş demektir. Şu halde davalı sonradan işleme rızasını ifade etmiştir"²⁷. Bu karar da yerindedir. Dikkat edileceği gibi, burada da icazeti sağlayan tek başına sonradan yetkisiz temsilciye bir vekaletname gönderilmesi olmayıp, bu vekaletnamenin yetkisiz temsilcinin imzaladığı protokolda yer alan bir hükmün gereği yerine getirilerek gönderilmiş olmasıdır. Bile bile protokol hükmünü yerine getiren Almanyadaki oğul, zımnen &örtülü biçimde) yetkisiz temsilcinin yaptığı bu protokola icazet vermiş sayılmaktadır. Vekaletname önceki

13

26) Yarg. 15. HD., 7.3.1989, E. 1800, K. 1685 (Karabasan, SH. Sözleşmeler, s. 763-764).

27) Yarg. 15. HD., 10.5.1979, E. 703, K. 1083 (Karabasan, SH. Sözleşmeler, s. 769).

28) Kaldı ki, olayda, protokolün temsil olunan oğulun babasına vekaletname (yetki belgesi)

protokol ve içeriği bilinmeden gönderilmiş olsaydı varılacak sonuç hiç kuşkusuz farklı olurdu.

Bu konuda bir örnek de biz vennek istiyoruz: Yetkisiz temsilci ile yapılan askıda hü-
1. ..iimsüz işlemde sonra üçüncü kişi temsil olunana bir süre tanıyıp icazet verip vermeye-ceğini bildinnesini istemiştir. Bu süre içinde bir yetki belgesi (vekaletname) düzenleyip temsilciyi yetkili temsilci statüsüne sokan temsil olunan, bununla yetinmeyip, kendisine tanınan süre içinde üçüncü kişiye "Ben verdiğiniz süre içinde yetkisiz temsilci lehine bir yetki belgesi düzenlemiş bulunuyorum" şeklinde bir cevap verirse, sonradan yapılan yet-kilendinne ek olarak cevap süresi içinde bu hususun üçüncü kişiye ayrıca bildirilmesi de, güven ilkesinin ışığında bir icazet beyanı olarak değerlendirilmeye elverişlidir.

Görülüyor ki, yetkisiz temsilcinin sonradan yetkili hale getirilmesini tek başına ve otomatik olarak icazet şeklinde anlamak mümkün değildir.

- 14 **Bir defa icazet verildikten sonra (kıyas yolu il¹⁹ uygulanan BK. m. 9 hükmü saklı kalmak üzere) bunun geri alınması mümkün değildir. Aynı ilke, icazetin reddine ilişkin beyan için de geçerlidir.**

- 15 **Hakim olan görüşe göre, icazet konusu olacak işlemin (örneğin bir taşınmaz satış vaadinin) geçerliliği bir şekle bağlanmış bile olsa, icazet hiç bir şekle bağlı olmadan, hatta yerine göre iradeyi gösteren hareketlerle verilebilir²⁹. Federal Mahkeme, kanun bir konuda yetkilendirme işleminin geçerli olmasını bir şekle bağlamışsa, icazetin de aynı şekilde verilmesi gerektiği kanısındadır³⁰. İsviçre ve Alman Hukuklarında daha önce sözünü ettiğimiz güçlü bir akım, bir sözleşme için kanunda öngörülen şeklin amaçları arasında tarafları acele kararlardan koruma endişesi de yer alıyorsa, bu sözleşmeye ilişkin olarak yapılacak yetkilendirme işlemlerinin geçerliliğini de aynı şekle bağlamaktadır. Bu görüşü savunanlara göre, bu tip bir sözleşmeyi geçerli kılmak üzere verilecek icazetin de (tıpkı başta verilen temsil yetkisi gibi) sözleşme ile aynı şekilde yapılmış olması aranmalıdır³¹.**

3. Üçüncü Kişi Temsil Olunanın İcazet Vermesini Beklemeden Bir Taraflı irade Beyanı ile Sözleşmeden Dönebilir veya sözleşmeyi Temel Hatası, Hile Gibi İrade Bozukluklarına Dayanarak İptal Edebilir mi?

- 16 **Alman-Hukukunda, BGB § 178 son derece ilginç bir hüküm içermektedir. Buna göre, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte temsilcinin yetkisiz olduğunu**

göndermesi geciktirici şartına bağlı olarak yapıldığı ve vekaletname gelince şart gerçekleşmiş olacağından, onun, BK. m. 149fll hükmü gereği tarafların aksini istedikleri anlaşılmadıkça, ileriye doğru (ex nunc) hüküm doğurmaya başladığı da düşünülebilir. Ne var ki, bu anlayış çerçevesinde de, vekaletnamenin gönderilmesi bir icazet olarak değerlendirilemedikçe, Almanyadaki oğul bu protokol ile bağlı tutulamayacaktır.

29) Örnek olarak bkz. v. **Tuhr/Peter**, § 45, II, s. 400; **Karabasan**, TBH, GH, cilt 1 (2003), s. 408.

30) BGE 75.II.342, JdT 1950.1.366. Ayrıca bkz. **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1382; **Watter**, Basler Komm., Art. 38, N. 6.

31) **Zich**, Art. 38, N. 56; **Köbler**, 28.A., § 11, N. 66.

bilmeyen üçüncü kişi, !)una dayanarak, icazet Vfl/rilinceye kadar sözleşme-
den cayabilir, ır7faş a anlatımla (dilerse temsil olunana, dilerse sadece yetkisiz temsilciye yöneltebileceği) bir taraflı bir irade beyanı ile bu sözleşme ile bağlı olmaktan kurtulabilir. Sözleşmenin bu şekilde kesin olarak hükümden düşürülmesinden sonra, temsil olunan icazet vererek sözleşmeyi kurtannak imkanını kaybeder. İsviçre-Türk Borçlar Kanunlarında bu yolda bir hüküm mevcut değildir. Hakim görüşün, kanunda dayanağı olmayan bu imkanı reddetmesine rağmen³², azınlıkta kalan bazı yazarlar aksi görüştedir³³. Bizce, (hakim görüşün de en önemli dayanağını oluşturan) BK. m. 38/c. 3 hükmü karşısında azınlığın görüşüne katılmak çok güçtür. Gerçekten, BK. m. 38/c. 2, üçüncü kişiye, icazet verip vermeyeceğini bildirmesi için temsil olunana bir süre tayin etme hakkını tanımış ve BK. m. 38/c. 3 "*Bu müddet zaıfında icazet verilmediği halde, o kimse mü/zem olmaz*" diyerek, üçüncü kişinin bağlı (mülzem) olmaktan kurtulabilmesi için, süre tayininden sonra icazet verilmediğinin anlaşıldığı anı esas almıştır. Şu halde, bundan önceki dönemde, sözleşme ile bağlı bulunan üçüncü kişiye serbestçe kullanabileceği bir dönme hakkı tanımak mümkün gözükmemektedir. Durum yürürlükteki hukukta (*de lege lata*) böyle olsa bile, *de lege ferenda*, kanunumuza BGB § 178'e paralel bir hükmün eklenmesi çok yerin-

-
- 32) **Becker**, Art. 38, N. 3; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1385; **Zach**, Art. 38, N. 35; v. **Tuhr/Peter**, § 45, II, s. 402; **Kutlu Sungurbey**, not 8'de age, s. 92. Anılan yazarlardan v. **Tuhr/Peter**, üçüncü kişinin ancak sözleşmede böyle bir hakkı saklı tutmuş olması halinde, temsil olunanın icazet vermesini beklemeden sözleşmeden dönebileceğine işaret ediyorlar.
- 33) **Bucher**, AT, s. 604-605; **Violand**, not l'de age, s. 112 vd.; özellikle s. 114. -**Bucher'in** bu konuda dayandığı gerekçe şudur: Hukuken kendisini bağlayan bir kimse, bunu (açıkça söylenmesine gerek olmayan) karşı tarafın da aynı işlemle bağlı olması kaydı altında yapar. Temsil olunan yetkisiz temsilcinin onun adına yaptığı işlemle bağlı tutulmadığına göre, işlemin yapılmasından sonra yetki eksikliğini öğrenen karşı tarafın (üçüncü kişinin) dahi bu işlemle bağlı olmaması ve dilerse derhal sözleşmeden dönebilmesi (rücu edebilmesi) gerekir. Bu görüşü Borçlar Kanunumuzun metni ile bağdaştırmanın kolay olmadığına yukarıda yer alan metinde işaret etmiş bulunuyoruz. Burada sadece **Züich** (Art. 38, N. 35) tarafından **Bucher'in** görüşüne yöneltilen şu eleştirinin hiç de yerinde olmadığını belirtmekle yetineceğiz: Bu yazarın fikrinde, eğer üçüncü kişinin sonradan temsilcinin yetkisiz olduğunu öğrenince derhal sözleşmeden dönme hakkı olsaydı, kanun koyucu ona temsil olunana süre tayin ederek icazet verip vermeyeceğini bildirme hakkını (BK. 38/c. 2) tanımazdı. Oysa, derhal sözleşmeden dönme (cayma) veya temsil olunana icazet vermesi için süre tayini haklarının bir arada bulunabileceğinin en güzel kanıtı, bu iki hakkı bir arada tanıyan BGB §§ 177-178 hükümleridir. Kaldı ki, bunun bir anlamı vardır. Bir defa, üçüncü kişi önce temsil olunana icazet verip vermeyeceğini bildirmesi için uygun bir süre verdiği halde, piyasadaki gelişmeler dolayısı ile daha fazla bekleyemeyeceği sonucuna varırsa, icazet verilmeden derhal cayma hakkını kullanıp muhtemel zararlara karşı kendisini koruyabilir. Diğer taraftan, çok önem verdiği bir sözleşmeyi yapan ve temsil olunanın buna icazet verme ihtimalini yüksek gören üçüncü kişinin, temsilcinin yetkisiz olduğunu öğrenmesine rağmen, derhal sözleşmeden dönme hakkını kullanmak yerine temsil olunana bir süre tayin etmekle yetinmesi mümkündür.

de olacaktır³⁴. Böylece, temsilcinin yetkisiz olduğunu bilmeyen üçüncü kişi, dilerse, temsil olunanca icazet verilmesinden önce sözleşmeden bir taraflı irade beyanı ile sıyrılabilir. Aksi halde, bugün olduğu gibi, temsil olunanın icazet verip vermeyeceği belli oluncaya kadar geçecek, yerine göre haftalar, belki de aylar sürecektir bir süre boyunca üçüncü kişinin (örneğin derhal teslim etmek üzere sattığı mallar için ister istemez bir depo tutarak ve yerine göre onları bozulma tehlikesi altına sokarak) eli kolu bağlı beklemesi gibi çok adaletsiz bir çözüme katlanmak gerekecektir. Oysa, karşısındaki temsilcinin gerçekte yetkisiz olduğunu bilmeyen üçüncü kişinin en az temsil olunan kadar korunmayı hak ettiği pek açıktır.

- 17 Yetki eksikliğini bilmeyen üçüncü kişiye) temsil olunan icazet vermeden önce, sözleşme dönme hakkının İsviçre-Türk Borçlar Kanunları tarafından tanımlanmamış olması, öğretiyi, bu sonucu başka yollarla elde etmeyi sağlayabilecek çözümler aramaya sevk etmiştir:
- 18 - *Birinci çare* olarak, üçüncü kişinin temsil olunana icazet vermesi için bir süre belirlerken bunu "çok kısa" tutabileceği öne sürülmüştür³⁵. Buna karşı, temsil olunana kendi adına yapılan sözleşmenin önem ve kapsamına göre, düşünüp taşınıp karar verebilmesi için "uygun" bir süre vermek zorunluluğu bulunduğu, çok kısa tutulacak bir sürenin bu zorunlulukla bağdaşmadığı eleştirisi yapılmıştır³⁶.
- 19 - Öğretide, üçüncü kişinin, bir süre tayinine dahi gerek kalmadan, *temel hatası* (BK. m. 24/I, b. 4) sebebiyle sözleşmeyi iptal etmek suretiyle ondan kurtulabileceği *ikinci bir çare* olarak ortaya atılmıştır³⁷. Ne var ki, yeni İsviçre öğretisi, üçüncü kişiye temel hatasına dayanarak sözleşmeyi iptal etme hakkını tanımamaktadır³⁸. Bu görüşün gerekçesi şöyle açıklanmıştır: Bir kimse, başkası adına hareket ettiği, yani onun temsilcisi olarak ortaya çıktığı vakit, gerçekte yetkili olabileceği gibi yetkisiz de olabilir. Temsile ilişkin hukuk kuralları açısından önemli olan "temsilcinin" değil, "temsil olunanın" beyanlarıdır. Temsil olunan bir kimseyi temsilci olarak yetkilendirdiğini herhangi bir şekilde bildirdiği veya bu şekilde anlaşılmaya elverişli hal ve şartları yarattığı vakit, üçüncü kişinin iyiniyeti zaten korunmuştur (BK. m. 33/II). Buna karşı, sadece T'nin "Ben A'nın temsilcisiyim"

34) Aynı düşüncede: **Violand**, not I'de age, s. 114. -"Delege ferenda" İsviçre Borçlar Kanununa bu yolda bir hüküm eklenmesine karşı: **Zach**, Art. 38, N. 35.

35) **Becker**, Art. 38, N. 3; **Watter**, Basler Konun., Art. 38, N. 8, 10.

36) **Kutlu Sungurbey**, not 8'de age, s. 94.

37) **Oser/Schönenberger**, Art. 38, N. 8; **Becker**, Art. 38, N. 3; **Kutlu Sungurbey**, not 8'de age, s. 94.

38) **Zich**, Art. 38, N. 34; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 1385; **Watter**, Basler Komm., Art. 38, N. 4. Bu görüş v. **Tuhr/Peter** (§ 45, not 21, s. 402) tarafından da benimsenmiş bulunmaktadır. Bu görüşe ilişkin olarak metinde açıklanan gerekçe **Zach**'e aittir.

diye ortaya çıkması, hiçbir şekilde Ü'nün, yalnız bu beyana dayanarak, bundan bir temsil yetkisinin gerçekten bulunduğu yolunda sonuç çıkarmasını ve buna bağlı olarak korunmasını haklı göstermez. Bu açıklamalardan, ister istemez, hileye dayalı (BK. m. 28) iptal imkanının da bulunmadığı sonucu çıkar³⁹.

Bizce, bu görüşe karşı, daha ilk bakışta yapılabilecek eleştiri, bunun yetkisz temsil alanında karşımıza çıkabilecek ihtimallerden sadece bir tanesi ile ilgili olmasıdır. O da: bir kimsenin, kendisine herhangi bir yetki verilmediği halde, kendisini temsilci olarak tanıtip işlem yapmaya kalkışmasıdır. Yetkili bir temsilcinin yetkisini aşarak işlem yapması ihtimali bu görüşte hiç dikkate alınmamıştır. Biz, aşağıda, her iki ihtimali de § 51 N 1 göz önünde tutarak, temel hatası ve hile açısından durumu ayrı ayrı ele alıyoruz:

a - Üçüncü kişinin "temel hatası"na dayanarak sözleşmeyi iptal edebilir edemeyeceği incelenirken bir ayırım yapmak uygun olur: 21

- **Şil** olan **tarafından** kendisine *hiçbir temsil yetkisi verilmemiş* bir kişi, kendisini temsilci olarak takdim edip bir işlem yapmışsa, BK. m. 1'4/I, b. 4 hükmüne dayanıp onun temsil olunana yaptığı sözleşmeyi iptal etmek mümkün değildir. Bu sonucu açıklayan gerekçe şudur: Her ne kadar bir temsilci aracılığı ile yapılan sözleşmelerde, temsil yetkisinin varlığı iş hayatında hakim dürüstlük kuralı uyarınca her zaman sözleşmenin temelini oluşturacak önem ve nitelikte bir olgu sayılabilirse de, temel hatasına dayanabilmek için aranan (burada hepsini anmayacağımız) başka şartlar da vardır⁴⁰. Bunlardan bir tanesi, hataya düşenin (incelediğimiz ihtimalde "üçüncü kişinin") temsil yetkisinin varlığına ilişkin tasavvurunun yanlışlığını bilseydi sözleşmeyi yapmayacak olmasıdır. Bu şarta, bu tip olaylarda, genellikle gerçekleşmiş gözü ile bakılabilir. Diğer bir şart, karşı tarafın (olayımızda "temsil olunanın"), yanılanın bu noktaya ilişkin yanlış tasavvuruna bu derece önem verdiğini, bu tasavvurun onun açısından karar verdirici bir rol oynadığını bilmesi veya bilebilecek durumda olmasıdır. Yetkili bir temsilci sözleşme yaptığı vakit, temsilcinin bu hususu bilmesi veya bilebilecek olması, "bilgide temsil" kavramı çerçevesinde temsil olunana da isnat edilir, yani temsil olunana da bunu biliyor veya bilebilecek durumda sayılır⁴¹. Buna karşı, incelediğimiz ihtimalde olduğu gibi, iç ilişkide herhangi bir şekilde görevlendirilmemiş ve kendisine temsil yetkisi de verilmemiş bir kimse, kendiliğinden "ben temsilciyim" diye ortaya çıktığı vakit,

39) Nitekim **Zach** (bkz. yukarıda not 38), "Bundan dolayı, üçüncü **kişi**, temsilcinin temsil yetkisinin varlığı konusunda kendisini yanılttığını da ileri süremez" diyerek bu noktaya işaret etmektedir. Ona göre, böyle bir davranış olsa olsa (yetkisiz) temsilcinin sorumluluğuna yol açabilir.

40) Bkz. yukarıda § 36, N. 23 vd.

41) Bkz. yukarıda § 45, N. 5.

yetkisiz temsilcinin bilgisini hiç bir şekilde temsil olunana bağlamak (isnat etmek), yani (askıda hükümsüz olarak) kurulmuş sözleşme ilişkisinin tarafı olan temsil olunana, sözleşmenin kurulduğu anda tıpkı yetkisiz temsilci gibi bu noktayı biliyor veya bilebilecek durumda olarak kabul etmek imkanı yoktur. Gözleniyor ki, temel hatasının şartlarından biri gerçekleşmiş değildir. Şu noktayı ekleyelim ki, temel hatası için, her iki tarafa *ortaklaşa* ait bulunan bir tasavvurda yanılmayı arayan azınlık görüşü açısından, bu şartın gerçekleşmediği daha da çarpıcı biçimde orta. (1a çıkmaktadır. Açıktır ki bu sonuç, bizde de BGB § 178 gibi bir hükmün 1a ne kadar gerekli olduğunu bir kere daha gözler önüne sermektedir.

- Yetkili bir temsilci (özellikle elindeki yetki belgesine dayanarak) *yetkisini aşan* bir işlem yaptığı ve bu açıdan yetkisiz temsilci durumuna düştüğü vakit durum farklıdır. Hiç kuşkusuz, bir yetki belgesinin ibraz edilmiş olması halinde, haberci rolündeki temsilcinin kendisine ulaştırdığı temsil olunanın iradesini güven ilkesinin ışığında gereği gibi yorumlayarak, (aslında yetki alanı dışında kalan) konunun da temsilcinin yetkisine dahil olduğu sonucuna haklı olarak ulaşan üçüncü kişinin iyiniyeti BK. m. 33/II uyarınca korunur ve sözleşme geçerli sayılır. Görüldüğü gibi, bu ihtimalde yetkisiz temsil hükümleri uygulanmaz. Buna karşı, üçüncü kişinin, yetkinin aşıldığını anlayabilecek durumda olmasına rağmen, güven ilkesi ile bağdaşmayan yanlış bir yorum sonucu karşısındakini yetkili sandığı durumlarda⁴² BK. m. 33/II uygulama alanı bulamayacağından, sözleşme yetkisiz temsile ilişkin BK. m. 38 hükmüne göre askıda hükümsüz olur. Bu son ihtimalde, üçüncü kişinin temel hatasına dayanarak dilerse sözleşmeyi iptal etmesine bir engel yoktur. Zira, yetki sınırlarının ötesine geçerek sözleşme yapan bir temsilci de, gerçekte temsil olunan tarafından yetkilendirilmiş bir temsilcidir ve onun bu sıfatla yetkisini aşarak sözleşmeyi kurduğu andaki bilgi ve tasavvurlarını, "bilgide temsil" esasına dayanarak, sözü edilen yetkilendirme çerçevesinde temsil olunana isnat etmek (bağlamak) imkanı vardır. Bir başka anlatımla, yetkilendirme işleminde öngörülen sınırlama sadece temsilcinin yapabileceği "hukuki işlemlere" ilişkin bir sınırlama olup, onun "bilgi ve tasavvurlarının" temsil olunana bağlanmasını engelleyen bir sınırlama değildir. O halde, bu gibi durumlarda, yukarıda açıkladığımız ilk ihtimalden farklı olarak, üçüncü kişinin temsil yetkisinin varlığına bağladığı karar verdirici önemin, sözleşme ilişkisinin karşı tarafını oluşturan

41a) Bkz. yukarıda N. 16.

42) Üçüncü kişinin yetkinin aşıldığını "bilmesi" halinde hataya düşmüş sayılması mümkün değildir. Buna karşı, yetki belgesini yanlış yorumlayıp temsilciyi yetkili sanan üçüncü kişi ihmali sonucu hataya düşmüş olacağından, iptal hakkını kullandığı vakit BK. m. 26/I uyarınca karşı tarafın olumsuz zararlarını tazmin etmek yükümlülüğü altına girer. Hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda bu sorumluluk olumlu zarar miktarına kadar çikabilir (BK. m. 26/11).

ran temsil olunanca da bilindiği veya bilinmesinin gerektiği kabul edilebilir ve BK. m. 24/1, b. 4'ün uygulanmasına bir engel kalmaz. Şu var ki, kıyas yolu ile uygulanan BK. m. 25/11 gerçeği⁴³, temsil olunanın derhal icazet vennek suretiyle iptali etkisiz hale getinne hakkı saklıdır.

b. Gerçekte yetkisini aştığını bilen temsilci, yerine göre aktif bazı davranışlar içine girerek veya aydınlatma yükümünün olduğu yerde susarak kendisinin yetkili olduğu izlenimini yaratnuşsa, üçüncü kişinin "hile" sebebiyle sözleşmeyi iptal etmesi de (BK. m. 28) aşağıdaki ilkeler çerçevesinde mümkün olabilir:

- Hiçbir şekilde yetkilendirilmediği halde, (örneğin, sahte bir vekaletnameye dayanarak:) temsilci olduğunu ileri süren yetkisiz temsilcinin hilesi "üçüncü kişinin hilesi" sayılacağından (BK. m. 28/11), bu yoldan kurulan sözleşmenin üçüncü kişi tarafından iptal edilebilmesi, diğer tarafın (temsil olunanın) bu hileyi bildiğinin veya bilebilecek durumda olduğunun ispatına bağlıdır⁴⁴. Bundan, bu gibi ihtimallerde, hile sebebiyle iptal hakkının ilke olarak kullanılamayacağı sonucu çıkar.

- Yetkili temsilci, yetkisini aşarak yaptığı sözleşmelerde üçüncü kişiyi yetkisinin çerçevesi içinde kaldığı hususunda aldatmış ise, bu hile taraf hilesi sayılır (BK. m. 28/I) ve başkaca bir şarta bağlı olmaksızın iptal hakkı doğar⁴⁵.

m. Üçüncü Kişinin Yetkisiz Teflis Tale Edeceği **azminat**

:s on!Yıl...temstı .oJunan tarafındn şğ, zteşmeye icazet verilmiş olup 23
olmamasına göre ayn_ayn ele almak gerekir. Derhal belirtelim ki, BK. m. 39, bu ihtimallerden sadece icazet verilmemiş olması faraziyesini öngörmüş ve onu düze nlemiştir.

43) Bkz. yukarıda § 36, N. 83.

44) Her ne kadar temsilcinin BK. m. 28/II anlamında üçüncü kişi sayılamayacağı kabul ediliyorsa da (Bkz. yukarıda § 37, N. 21), bu çözüm yetkili temsilciler için geçerlidir. Temsil olunanın haberi dahi olmaksızın kendine temsilci süsü veren bir kimsenin yaptığı hileyi BK. m. 28/I anlamında taraf hilesi olarak değerlendirmek imkanı yoktur (Bu konuda bkz. **Kürşat**, Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, İstanbul 2003, s. 41). Ayrıca bkz. aşağıda not 45.

45) Bu ihtimalde, yetkisinin sınırlarını aşan temsilcinin hilesinin de "taraf hilesi" olarak ele alınması, temsil yetkisi bulunmaksızın sadece sözleşme görüşmelerine katılma yetkisine sahip olan kişilerin de, yetkilendiren taraf açısından BK. m. 28 çerçevesinde üçüncü kişi sayılamayacağı yolundaki hakim görüşe dayanır (Bkz. **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 866; **Larenz/Wolf**, § 37, N. 15; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 96; **Schwenzer**, Basler Komm., Art. 28, N. 16; BGE 108.II.421 ve yukarıda § 37, N. 21). Yetkisini aşarak işlem yapan temsilci de, hiç kuşkusuz, sözleşme görüşmelerine katılmak hususunda temsil olunanca görevlendirilen bir kişidir.

**1. Temsil Olunan Tarafından İcazet Verilmemesi Halinde-
Yetkisiz Temsilciden Talep Edilecek Tazminat (BK. m. 39)**

- 24 BK 39'daki açık hükümle düzenlenen böyle bir tazminat talebinin öne sürülebilmesi için, yetkisiz temsilci tarafından yapılmış sözleşmenin *sadece temsilcinin yetkisizliği yüzünden* geçersiz hale gelmiş olması gerekir. Olayda bu sözleşmeyi geçersiz kılacak, örneğin ehliyetsizlik veya sözleşmenin konusunun hukuka veya ahlaka aykırı olması gibi *başka sebepler* de varsa, artık BK. m. 39 hükmüne dayanarak yetkisiz temsilciyi sorumlu tutmak **imkanı yoktur**⁴⁶.
- 25 Temsil olunanın sözleşmeye icazet vermeyi açıkça veya örtülü biçimde reddetmesinden sonra, kesin hükümsüz duruma düşen sözleşmeye güvenmiş bulunan üçüncü kişinin yetkisiz temsilciden talep edebileceği tazminat açısından, kanun bir ayırım yapmıştır:

**a. Kural: „X.ei)4s◆ Temsilcinin Kusuru Aranmı!İksızın Olumsuz
Zararlardan Sorumlu Tutulması (BK. m. 39/1)**

- 26 BK. m. 39/I hükmüne göre, temsil olunanın icazet vermekten kaçınması halinde, sözleşmenin geçersiz kalması dolayısı ile uğranılan zararın tazmini için yetkisiz temsilci aleyhine dava açılabilir. Geçerliliğine güvenilen sözleşmenin geçersiz kalması sebebiyle tazmini istenebilecek zararlar *olumsuz (menfi) zarar* kavramına girer⁴⁷. Diğer taraftan, bu fıkra kusurdan hiç söz edilmediği halde, aynı maddenin aşağıda inceleyeceğimiz ikinci fıkrası, temsilcinin kusuru varsa ve hakkaniyet gerektiriyorsa "daha fazla zarar ve ziyan" istenebileceğinden söz açmaktadır. Bu da gösteriyor ki, şu andaki inceleme konumuz olan birinci fıkra bir *kusursuz sorumluluk* hali öngörülmüştür⁴⁸.
- 27 Buradaki tazminat talebinin hukuki dayanağı, (bir kusursuz sorumluluk hali söz konusu olduğundan kıyas yolu ile uygulanacak) *culpa in contrahendo* (sözleşme görüşmelerinde kusur) ilkesidir. Daha önce işaret ettiği-

46) **Koller**, Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, Freiburg Schweiz 1985, N. 377; **Zach**, Art. 39, N. 25; Flume, § 47, 3, a, s. 802.

47) Olumsuz zarar kavramı ve bunun kapsamına nelerin girebileceği hakkında bkz. yukarıda § 36, N. 84 vd.

48) Alman Hukukunda, BK. m. 39/1 hükmüne paralel olarak yetkisiz temsilcinin kusursuz sorumluluğunu kabul eden BGB § 179/II açısından, öğretide, temsilcinin kendi yetkisizliğinin farkına varması onun görüş ve bilgi edinme utkunun dışında kalıyorsa (örneğin kendisini yetkilendiren temsil olunan, gerçekte, onun hiçbir şekilde anlayıp teşhis edemeyeceği biçimde akıl hastasıdır ve bu yüzden yetkilendirme işlemi geçersizdir), artık kusursuz temsilciyi sorumlu tutmamak gerektiği öne sürülmüştür (**Flume**, § 47, 3, c, s. 807-808). Biz, bu gibi durumlarda, (kanunun yaptığı tercihe uygun biçimde) rizikoyu üçüncü kişiye değil yetkisiz temsilciye yüklemeyi daha yerinde bulan diğer görüşü üstün tutuyoruz (Bkz. **Medicus**, AT, N. 994; **Larenz/Wolf**, § 49, N. 25; **Köhler**, 28.A., § 11, N. 70).

miz gibi, İsviçre öğretisinde *culpa in contrahendo* halinde kıyas yolu ile sözleşmelere ilişkin hükümlerin mi haksız fiil hükümlerinin mi uygulanacağı yolwldaki tartışmaların devam etmesine rağmen⁴⁹ Türk Hukukunda hakim görüş, Alman Hukukunda olduğu gibi, *culpa in contrahendo*'ya dayalı sorumluluğu (kıyas yolu ile) sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerine tabi olan bir sorumluluk çeşidi olarak kabul etmektedir⁵⁰. Şu halde,

- 49) Bkz. yukarıda § 2, N. 9. Federal Mahkemenin, haksız fiil hükümlerinin mi sözleşmeye aykırılık hillidimlerinin mi kıyas yolu ile uygulanacağı konusunda her problemi kendi özellikleri çerçevesinde değerlendiren anlayışı, öğretide bir yandan tepki çekerken diğer yandan bu tutumu isabetli sayan yazarlar da bulunmaktadır (İkinci gruba giren yazarlara örnek olarak bkz. **Zach**, Art. 39, N. 34). Ne var ki, Federal Mahkemenin son zamanlarda "güven sorumluluğu" veya "güvene dayalı sorumluluk" kavramı ile ilgili kararlarında (bkz. BGE 121.III.350 ve aşağıda not 50) "*culpa in contrahendo*"dan doğan sorumluluğu, sözleşme öncesi aşamada, kaynağını dürüstlük kuralına (MK. 2/I) dayalı özel güven ilişkisinde bulan yükümlülüklerin çiğnenmesi sonucu gerçekleşen bir sorumluluk olarak kabul ettiği görülmüyor ki, bu anlayış ister istemez Yüksek Mahkemenin rotayı Alman ve Türk Hukuklarında hakim olan görüşe çevirdiğini gösteriyor (Bkz. **Wiegand**, Basler Komm., Einl. zu Art. 97-109, N. 11; **Thevenoz**, CR, Intro. art. 97-109, N. 20; **Kuzmic**, Haftung aus "Konzernvertrauen", Zürich 1998, s. 145).
- 50) Örnek olarak bkz. **Serozan**, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2006, § 19, N. 1 vd.; **Kutlu Sungurbey**, not 8'de age, s. 117 vd.; **Eren**, 9. bası, s. 1086; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 323 vd. (Hakim görüşten ayrılarak haksız fiil kurallarının uygulanacağı düşüncesinde: **Kılıçoğlu**, 7. bası, s. 59-60). Bu konuda ayrıca bkz. yukarıda § 2, N. 8 vd. -Şu noktayı ekleyelim ki, "*culpa in contrahendo*" sorumluluğunun doğrudan doğruya MK. m. 2/I hükmüne dayandığını söylemek yanlış anlaşılmaya elverişlidir. MK. m. 2/I hükmü dürüstlük kuralını düzenlemekte ve bu kural gereği, bir sözleşme ilişkisi kurmaya yönelik olarak sosyal temas içine giren taraflar için, gerçeğe uygun beyanda bulunmak, karşı tarafın canını ve malını zarardan uzak tutmak vs. gibi yükümlülüklerin doğduğu kabul edilmektedir. Ne var ki, bu yükümlülükler aykırı davranışın sonucu olan "sorumluluk" MK. m. 2/I'de düzenlenmiş değildir. MK. m. 2/I hükmü, sadece taraflar arasında kısaca işaret ettiğimiz yükümlülükleri içeren özel bir güven ilişkisinin doğmasını açıklamaktadır (Bkz. **Kuzmic**, not 49'da age, s. 214 vd.) Söz konusu güven ilişkisine aykırı davranışlar dolayısı ile kıyas yolu ile sözleşme hükümlerine tabi tutulan bir sorumluluğun doğması, kanundaki bir boşluk doldurulmak suretiyle (MK. m. 1) elde edilmekte ve haksız fiile dayalı sorumluluk ile sözleşmeye dayalı sorumluluğun yanında yer alan özel bir kanuni sorumluluk çeşidi olarak karşımıza çıkmaktadır (Bu konuda ayrıca bkz. **Gauch/Schluemp/Schmid**, N. 981, 982). Federal Mahkeme, halen öğretideki bazı yazarlarla birlikte, *culpa in contrahendo*'ya dayalı sorumluluğu, bir üst kavram olan "güven sorumluluğu" (Vertrauenshaftung) veya "güvene dayalı sorumluluk" (responsabilite fondee sur la confiance) kavramının özel bir çeşidi veya görünümü olarak ele almaktadır. (Özellikle bkz. BGE 120.II.33 I; BGE 130.III.345, JdT 2004, I, 207. Ayrıca bkz. **Kramer**, Bemer Konun., Allgemeine Einleitung in das Schweizerische OR, N. 151. -Krş. **Bucher**, Basler Komm., Art. 1, N. 69e). Burada ayrıntılan ile üzerinde durulmayacak olan bu kavramın esası ("güven sorumluluğu" veya "güvene dayalı sorumluluk" kavramı hakkında toplu bilgi için özellikle bkz. **Gauch/Schluemp/Schmid**, N. 982a vd.), "sözleşmeye", "haksız fiile" veya "*culpa in contrahendo*"ya dayalı sorumlulukların şartları gerçekleşmeksizin, bir kimsenin kendisine isnat edilebilir (bağlanabilir) biçimde başkasında yarattığı ve boşa çıkardığı haklı güven dolayısı ile ona karşı sorumlu tutulmasıdır. Böylece, sözleşme, haksız fiil ve *culpa in contrahendo* yanında (gerçekte hayli yaygın bir anlayışa göre bu sonuncuyu da içine alan) yeni ve bağımsız bir sorumluluk kaynağı yaratılmış bulunmaktadır. Federal Mahkemece benimsenen bu görüş,

yetkisiz temsilci BK. m. 96 gereği kusursuz olduğunu ispat etmelidir⁵¹. Bunun gibi, yardımcı kişilerden sorumluluk söz konusu ise, BK. m. 55 değil BK. m. 100 uygulanacak ve tazminat davasının zaman aşımı haksız fiillere ilişkin sürelerle (BK. m. 60) değil, ilke olarak (yetkisiz temsil yolu ile kurulan sözleşme için kanunda daha kısa bir süre öngörülmemişse)² on yıllık zaman aşımı süresine (BK. m. 125) tabi tutulacak; nihayet, yetkisiz temsilcinin sorumluluk ehliyeti açısından haksız fiil sorumluluğunda olduğu gibi ayırt etme gücü (temyiz kudreti) yeterli görülmeyecek (MK. m. 16/IO ve hukuki işlemlere yönelik fiil ehliyeti aranacaktır).

28

"Culpa in contrahendo" sorumluluğunun kapsamına çok değişik olgular girer. Sözleşme görüşmelerine başlanmasından (hatta iş ilişkilerine yönelik sosyal temasın gerçekleşmesinden) sonra, MK. m. 2/I'den doğan davranış yükümlülüklerine aykırı hareket edilmesi sonucu diğer tarafın kişi veya mal bütünlüğü bir zarar görmüşse (örneğin karşı taraf yaralanıyor veya bir malı hasar görüyor), tüm zararın tazmin edilmesi gerekir. Buna karşı, "culpa in contrahendo" sonucu sözleşme geçerli olarak kurulmamışsa, kanun (BK. m. 26/II ve 39/II'de olduğu gibi) açık bir istisna hükmü getirmedikçe veya bu tip hükümlerden kıyas yolu ile yararlanma söz konusu olmadığı zaman, sorumluluk sadece diğer tarafın sözleşmenin geçerliliğine olan güveninin boşa çıkmasına dayanan olumsuz zararı ile sınırlı kalır⁵³. Bu çözümü, açıklamak için "ifaya ilişkin menfaatler (çıkarlar)" (Erfüllungsinteressen) ile "kişi ve mal bütünlüğünün muhafazasına (korunmasına) ilişkin menfaatler (çıkarlar)" (Integritätsinteressen) arasındaki ayrından hareket etmek gerekir. Alacaklının bir sözleşme ile elde ettiği alacak hakkı ona borcun ifasıyla "ek" bir çıkar sağlamaya yöneliktir. Borcun ifa edilmemesi, alacaklıyı, mevcut menfaatlerine "eklenen" artı bir değerden (ifa menfaatlerinden) yoksun bırakmıştır. Buna karşı, bir kimsenin yaralanmasına veya malının basar görmesine yahut yok olmasına yol açtığınız zaman, karşı tarafı ek bir çıkardan yoksun bırakmanız söz konusu olmaz, tam tersine onun mevcut çıkarlarında bir "eksilmeye" yol açarsınız. Bu son halde, karşı tarafın kişi ve mal bütünlüğünü olduğu gibi muhafaza etmeğe yönelik menfaatleri çiğnenmiştir⁵⁴. Şu halde, "culpa in contrahendo" sonucu karşı tarafın beden bütünlüğüne veya malına zarar veren kişi, bu şekilde gerçekleşen "eksilmeyi" ister istemez tam olarak telafi etmek zorundadır. Buna karşı, "culpa in contrahendo" yüzünden geçerli bir sözleşme kurulmamışsa durum çok farklıdır. Bu ihtimalde, alacaklı elde etmek istediği artı değeri ele geçirmek imkanından yoksundur, zira geçersiz sözleşme onun lehine bir alacak hakkı doğurmadığı için borçludan ifayı talep etmesi mümkün değildir. İfayı talep

günümüzde İsviçre öğretisini, bunu benimseyenler ile şiddetle karşı çıkanlar arasında ikiye bölmüştür. Bu yeni sorumluluk tipine yöneltilen eleştiriler için örnek olarak bkz. **Schwenzer**, 4.A., N. 52.01 vd.; **Chappuis/Winiger** yönetiminde "La responsabilité fondée sur la confiance. Vertrauenshaftung" başlığı ile çıkan kolektif eserde (Zürich 2001) yer alan yazılar. -Bu konuda geniş açıklamalar için ayrıca bkz. **P. Loser**, Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht, Bern 2006, s. 651 vd.

51) BK. m. 39/I'de öngörülen sorumluluk kusura dayalı bir sorumluluk olmadığından yetkisiz temsilcinin kusursuzluğunu ispat etmesi onu bu hükme dayalı sorumluluktan kurtarmaz ve olsa olsa BK. m. 39/II'de kusurlu yetkisiz temsilciler için öngörülmüş daha ağır sorumluluk hükmünün uygulanmasını önler.

52) Bkz. yukarıda § 2, not 17 ve Zach, Art. 39, N. 42.

53) Bu konuda bkz. **Larenz**, SR I, s. 112; **Gauch/Schlueter/Schmid**, N. 966; **Kutlu Sungurbey**, not 8'de age, s. 103 vd., 143.

54) Bu açıklamalar için bkz. **Kuzmic**, not 49'da age, s. 221, not 883.

etme hakkı ohnuynn alacaklı, ifanın gerçekleşmemesi sebebiyle uğradığı çıkar kaybının tazmin edilmesini de ilke olurok isteyemez. Aksi halde geçerli bir sözleşme sonucu alacak hakkının elde edilmesiyle, sözleşmenin geçersizliği dolayısı ile ifayı talep hakkının kazanılamaması arasında hiçbir fark kalmazdı. Bu gibi durumlarda, alacaklı {kanunda kendisine daha geniş imkanlar tanıyan özel ve istisnai hükümler bulunmadıkça} ifaya ilişkin menfaatlerini değil, sadece sözleşmenin geçerli olduğuna ilişkin güveninin boşa çıkması dolayısı ile ihlal edilmiş menfaatlerinin, yani olumsuz zarannın tazminine yönelik bir talep hakkına sahip olur⁵⁵.

b. İstisna: Yetkisiz Temsilcinin Kusurlu Olması ve Hakkaniyetin Gerek-tirmesi Halinde Hakimin Daha Yüks-ek Bir Tazminafa Hükmedebilme: Sf<BK. m. 39ff)

....İ. ki şartın g?rçeJ<leşmesi halinde hakimin hükmedeceği tazminat olum- 29
suz zarar mikt?nnı ?ŞabÜi-rBu şartlarçlan"birincisi yetkisiz temsilcinin ku-
surlu olması, diğeri ise hakkaniyetin olayın özellikleri dikkate alınarak bu
çözümü gerektirmesidir. Şu halde:

- Yetkisiz temsilci, BK. m. 39/I'de öngörülen halden farklı olarak, *ku-surlu* olmalıdır. Burada bir kusur sorumluluğu söz konusudur. Kusur'dan anlaşılması gereken ise, yetkisiz temsilcinin, yetkisiz olduğunu bilerek (kast) veya bilmesi gerekirken özen eksikliği sonucu bilmeden (ihmal) temsil olu-nan adına hareket etmiş olmasıdır. Görüldüğü gibi, sırf *yetki eksikliğinin bi-linmesine veya bilinebilir olmasına* yönelik bir kusur dikkate alınmaktadır⁵⁶.

- Yetkisiz temsilcinin kusurlu olması BK. m. 39ff hükmünün uygu-lanması için yeterff değildir. -Aynca *liakka-,ii?etin* 4e q_hı?usuz zararı aşan bir t?minatı h"aklı göstermesi gerekir. N?vakit b? sart!!_g?rçkeleşeceği konu-sud!1_QQ.feden kesm bir_kur?l ko_ypak mümkün değildir. Sonucu olayın özellikleri belirleyecek, ancak (zorunlu olmamakla birlikte) yetkisiz temsil-cinin kusurunun ağır olması çok defa hakkaniyet şartının gerçekleşmiş sa-yılmasında büyük rol oynayabilecektir⁵⁷.

Bu şartlar gerçekleştiği zaman, olumsuz zararı aşan ve üst sınır olumlu 30
zarar (ifa menfaatleri) olan bir tazminatın talep edilmesi mümkün olacaktır. Olumlu zarar miktarı sadece bir üst sınır oluşturduğundan, hakimin olum-suz zarar miktarının üstünde, fakat olumlu zarar miktarının altında bir tuta-

55) Bu konuda özellikle bkz. **Anex**, L'interet negatif, sa nature et son etendue, Lausanne 1977, s. 79 vd. -Son olarak şu noktaya işaret edelim ki, **Koller'in** (1, N. 1752, 1789 vd. - Aynca bkz. **Guhl/Koller**, § 13, N. 7) mutlak hak konusu varlıklara {karşı tarafın kişi veya mal bütünlüğüne) verilen zararları, hakim görüşün tersine, "culpa in contrahendo" sorumluluğu dışına çıkannak istemesi isabetsizdir.

56) **Zach**, Art. 39, N. 28; **Kutlu Sungurbey**, not 8'de age, s. 178; **Violand**, not l'de age, s. 185.

57) Bu konuda bkz. **Violand**, not l'de age, s. 184, not 199. Aynca krş. **Koller**, not 46'da age, N. 413.

ra hükmetmesi de mümkündür⁵⁸. Bu görüşün temelinde, BK. m. 39/II'de sözü edilen "daha fazla zarar ve ziyan" deyiimi ile olumlu zararların tazmininin kastedildiği düşüncesi yatmaktadır.

BK. m. 39/II hükmü, olumlu zararın genelde olumsuz zarardan daha yüksek olduğu esastından hareket edilerek kanuna konulmuş bir hükümdür. Somut olayda, olumsuz zarar olumlu zarardan daha yüksek ise, BK. m. 39/11 uygulanarak daha düşük olumlu zarar değil, (hakirının BK. m. 43 uyarınca indirim yapma yetkisi saklı kalmak üzere) BK. m. 39/1 uyarınca daha yüksek miktardaki olumsuz zarar esas alınacaktır⁵⁹.

31 Öğretide ileri sürülen ve apaçık yanlış olan bir görüşe göre, BK. m. 39 hükmü ile üçüncü kişiye seçimlik bir hak tanınmıştır. O, yenilik doğuran hakkını kullanarak, BK. m. 39/I uyarınca olumsuz zararlarının tazminini mi, yoksa BK. m. 39/II uyarınca olumlu zararının tazminini mi istediğini beyan edecek ve artık bağlayıcı olan bu beyanından dönmeyecektir⁶⁰. Bu görüşün hiç bir şekilde kabul edilemeyecek sonucu ise, örneğin BK. m. 39/II uyarınca olumlu zararın tazminini isteyen, fakat temsilcinin kusursuz olduğu sabit olduğu için bu talebi reddedilen üçüncü kişinin, BK. m. 39/I'e göre olumsuz zararların tazmin ettirmek hakkından yoksun kalmasıdır⁶¹. Bizce bu konudaki durum şöyledir: Tazminat davası açan üçüncü kişi, Usul Hukuku kuralları uyarınca talep ettiği miktarı belirtecek, ancak bu miktarı aşmayan bir tazminatın BK. m. 39/I uyarınca mı (kusursuz sorumluluğa bağlı olumsuz tazminat), yoksa (dosyada davalının kusurlu olduğunu gösteren vakıaların ve "hakkaniyet" şartının mevcut bulunması kaydı ile) BK. m. 39/II uyarınca mı (kusur sorumluluğuna dayalı olumlu tazminat) hesaplanacağı mahkeme tarafından belli edilecektir⁶².

32 Üzerinde durulması gereken diğer bir mesele şudur: Alınan Hukukunda, BGB § 179/I uyarınca, temsil olunan icazet vermeyi reddederse, üçüncü kişiye, yetkisiz temsilciye karşı öne sürülebilecek seçimlik bir hak tarumruştur:

a) Üçüncü kişi, dilerse, yetkisiz temsilciden (yine kendi seçimine bağlı olarak) "aynen ifa" veya "ifanın gerçekleşmemesi sebebiyle uğradığı olumlu zararın tazminini" isteyebilir. Olumlu tazminat talep edildiği takdirde (aynen ifa ile aynı sonucu vereceği için) aynen tazmin yolu kapalıdır. Şu var ki, BGB § 179, burada sözü edilen "aynen ifa" veya "olumlu zararın tazmini" şıkkının tercih edilebilmesi için temsilcinin yetkisizliğini "bilerek" işlem yapmış olmasırı şart koşmuştur. Yetkisiz olduğunu bilmeyen temsilciye karşı bu şıkkın seçilmesi mümkün değildir.

b) Temsilcinin yetkisiz olduğunu "bilmediği" durumlarda ondan (üst sınır olumlu zarar miktarı olmak üzere) sadece olumsuz zararların tazmini talep edilebilir⁶³.

BGB § 179'un öngördüğü biçimde bir "aynen ifa" talebi İsviçre-Türk Borçlar Ka-

58) **Kutlu Sungurbey**, not 8'de age, s. 177; **Eren**, s. 416.

59) Bu konuda bkz. **Koller**, not 46'da age, N. 403 ve yukarıda§ 36, N. 86-87.

60) **Zach**, Art. 39, N. 60.

61) Bu eleştiri için bkz. **Watter**, Basler Konun., Art. 39, N. 9.

62) Bu vesile ile şu noktayı hatırlatalım ki, Anayasa Mahkemesinin 20.7.1999 tarihli ve 1/33 sayılı karar ile HUMK 87'nin son cümlesini iptal etmesinden sonra, davacının dava dilekçesinde gösterdiği talep sonucunu (tazminat miktarını) kısmi ıslah yolu ile artırmasına bir engel kalmamıştır (Bkz. **Kuru/ArslanNilmaz**, Medeni Usul Hukuku, 14. baskı, Ankara 2003, s. 665).

63) **Larenz/Wolf**, § 49, N. 18 vd.; **Leipold**, N. 877 vd.

nunlanndı yer alınamnktadır. Bu nçıdn, böyle bir lnlcp hukukumuzaynbncıdır. Ne var ki, öğreti, hakime tazminatın biçimini belirleme konusunda takdir yetkisi tanıyn ve BK. m. 98/11 aracılığı ile uygulanan BK. m. 43/l'e dayınnmk suretiyle, BK. m. 39/11 uyanucu "nakden" değil "aynen tazmin" yoluna gidilebileceğini kabul etmektedir⁶⁴. Böylece 1881 tarihli eski İsviçre Borçlar Kanununun hazırlık çnlşmnlnrında (*Escher'in* Redaksiyon Komisyonundaki girişimi üzerine) Taslaktan çıkarılan "aynen ifa" ıalcbi-ucM, üstelik Alman Hukukunda olduğu gibi sadece "temsilcinin yetkisizliğini bilmesi" hali ile sınırlı olmaksızın, "aynen tazmin" kisvesi altında kapılar açılmış olmaktadır. Buna rağmen, aşağıdaki açıklamalarımızdan anlaşılacağı gibi, temsil olunanın geçersiz sözleşmede yer alan borcunun temsilci tarafından yerine getirilmesi anlamını taşıyan bu tip bir tazminat talebinin uygulama alanı ister istemez hayli sınırlı kalmak zorundadır. Gerçek.'len, Alınan Hukukunda "aynen ifa" şıkkının seçilebilmesi için temsilcinin şahsen bu ifayı gerçekleştirebilecek durumda olması aranmakta ve bunun özellikle "para borçları" ile "çeşit (nevi) borçlarında" söz konusu olabileceğine işaret edilmektedir⁶⁵. Bu düşünceler, "aynen tazmin" kavramı altında yetkisiz temsilcinin aynen ifaya mahkım edilmesi halinde de değer taşır. Alman Hukukunda "aynen ifa", İsviçre-Türk Hukuklarında "aynen tazmin" konusunda genellikle şu örnek verilmektedir: Alıcı (temsil olunan) A adına hareket eden ve yetkisiz olduğunu bilen temsilci T, satıcı (üçüncü kişi) durumundaki Ü'den bir malın satın alınmasına ilişkin bir sözleşme yapmıştır. A'nın bu sözleşmeye icazet vermemesi üzerine, Ü'nün yetkisiz temsilci T aleyhine açtığı davada, hakim aynen tazmin karar verirse, T, malın kendisine teslim edilmesi karşılığı, satış bedelini (görüldüğü gibi bir miktar "parayı") davacı Ü'ye ödemeye mahkım edilebilecektir⁶⁶. Aynen tazmin, yetkisiz temsilcinin bir miktar para ödemesi şeklinde gerçekleştiği zaman yürüyen bu sistem, ifanın "para" değil, "çeşit (nev'i) borcu"na konu olan misli malların teslimi suretiyle gerçekleşeceği durumlarda çok defa işlemez. Örneğin "avukat" sıfatını taşıyan temsilci T'nin, satıcı A şirketi adına alıcı Ü ile yetkisini aşarak yaptığı satış sözleşmesinin konusunu petrol ürünleri veya belirli kalitedeki buğday oluşturduğu zaman, mesleği gereği petrol veya buğday piyasalarına yabancı T'yi, A'nın zararını aynen tazmin etmeye, yani bedeli karşılığı petrol ürünlerini veya buğdayı piyasadan temin edip Ü'ye teslim etmeye mahkım etmenin hiçbir anlamı yoktur. Bu örneğin de gösterdiği gibi, aynen tazmin karar verilirken, yetkisiz temsilciden bunu yerine getinnesinin (bizim Alman öğretisinden bir adım ileri giderek benimsediğimiz formülle) "beklenebilir veya istenebilir" olup olmadığına bakmak gerekir. Kaldı ki, bu örnekte, aynen tazmine mahkım edilen avukat T mahkeme kararını yerine getirmediği zaman, cebri icra aşamasında onun elinde petrol ürünleri veya buğday bulunmayacak ve tazminat borcu kanun gereği yine para borcuna dönüşecektir (İc. İf. K. m. 24/IV). Yetkisiz temsilci aleyhine verilecek "aynen tazmin" hükmünün konusunu bir para borcu oluştursa bile, bunun yerine göre kabul edilemez sonuçlara götürebileceğini göstermek için ise şu örnek verilebilir: T temsil yetkisi olmadığı halde, A adına hareket etmek suretiyle Ü'ye ait bir apartman dairesine ilişkin üç yıllık bir kira sözleşmesi yapmış, A bu kira sözleşmesine icazet vermemiştir. Ü'nün T aleyhine açtığı tazminat davasında, mahkemenin T'yi aynen tazmine, yani oturacak evi olduğu halde, sözleşme konusu dairede kiracı sıfatı ile oturma karşılığı kira bedellerini Ü'ye ödemeye mahkım etmesi, (hele kendisini yetkili gösteren temsilciye güveni kalmayan kiraya verenin onu karşısında kiracı olarak görmeyi istemeyeceği de dikkate alınırsa) BK. m. 43/l'in haki-

64) **Bucher**, AT, s. 644; **v. Tuhr/Peter**, § 45, III, s. 403; **Kutlu Sungurbey**, not 8'de age, s. 179; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 205; **Eren**, 9. bası, s. 416.

65) **Zach**, Art. 39, N. 85.

66) **Medicus**, AT, N. 986 -Bu konuda, **Laren/Wolf** (§ 49, N. 20) tarafından benimsenen formüle göre, ortada, sadece temsil olunan tarafından yerine getirilebilecek bir borç bulunmamalıdır.

67) **Köhler**, § 18, N. 69; **v. Tuhr/Peter**, § 45, not 30.

me tanıdığı tazminatın biçimini belirleme konusundaki takdir yetkisinin çok yanlış yönde kullanılmasından başka bir anlam taşımaz. Bütün bu açıklamalar gösteriyor ki, bir davada "aynen tazmin" kararı verecek mahkemenin bu karara doğuracağı sonuçları çok iyi tartıp değerlendirmesinde, hatta (olayın özellikleri farklı bir sonuca götürmedikçe) bu tip aynen tazmin kararları vennektan kaçınmasında büyük yarar vardır.

- 33 Son olarak belirtmek istediğimiz nokta şudur: Aynen tazmin yolu ile aynen ifaya karar verilmesi, ancak BK. m. 39m uyarınca "temsilcinin kusuru" ve "hakkaniyet" şartları gerçekleştiği ve olumlu zarara hükmetmek imkanı doğduğu zaman söz konusu olabilir. Bwla karşı, davacının yetkisiz temsilciden BK. m. 39/I'e dayanarak sadece olumsuz zararlarının tazminini isteyebileceği ihtimallerde, ifa menfaatlerinin tazminini isteme hakkından yoksun bulunan davacı ("üçüncü kişi") lehine, aynen ifa şeklinde bir aynen tazmin karar verilemez.

c. Yetki Eksikliğini Bilen Veya Bilmesi Gereken Üçüncü Kişinin Tazminat İsteme Hakkından Yoksun Bırakılması

- 34 BK. m. 39/I, c. 2 hükmüne göre, temsilcinin yetkisiz olduğunu bilen veya bilebilecek durumda olan üçüncü kişi ondan tazminat isteyemez. Görüldüğü gibi, bu hüküm yetkisiz temsilcinin kusurlu olup olmaması arasında bir ayırtın yapmarmıştır. Öğretide, tazminat hakkını mutlak olarak kaldıran BK. m. 39/I, c. 2 hükmünün *kusurlu* (yetkisiz olduğunu bilen veya bilmesi gereken) yetkisiz temsilciler açısından da uygulanabilir bir hüküm olup olmadığı büyük tartışmalara yol açmıştır. Bu konuda iki görüşe rastlanmaktadır:
- 35 - Birinci görüşe göre, kanun, temsilcinin yetkisizliğini bilen veya bilebilecek durumda olan üçüncü kişilerin tazminat hakkını kesin biçimde ortadan kaldırmıştır. Şu halde yetkisiz temsilci ister kusurlu ister kusursuz olsun, ondan BK. m. 39/I, c. 2 hükmü çerçevesinde tazminat talep edilmesi mümkün değildir⁶⁸. Sözü geçen yasağın sadece yetkisiz temsilcinin kusursuz sorumluluğunu düzenleyen BK. m. 39/I'de yer alması, kıyas yolu ile bu yasağın BK. m. 39/II'de düzenlenen kusur sorumluluğu hallerinde (yani yetkisiz temsilcinin kusurlu sayıldığı hallerde de) uygulanmasına engel olmaz. Her iki halde de, temsil yetkisinin eksikliğini bildiği veya bilebilecek durumda olduğu halde temsilci ile sözleşmeyi yapan üçüncü kişi, temsil olunanın icazet vermemesi tehlikesini göze almış, bundan doğacak zararlara razı olmuştur⁶⁹.
- 36 Bu görüşte olan yazarların bir bölümü, bunun doğuracağı hakkaniyete aykırı ağır sonuçları bir dereceye kadar önlemek üzere aşağıda yazılı iki yoldan birine başvurulabileceğine işaret etmişlerdir:
- = Bir görüşe göre⁷⁰ her ne kadar ilke olarak kusurlu yetkisiz temsilci de, yetki eksikliğini bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişinin tazminat taleplerine karşı korunmuş ise de, bunun iki istisnası vardır:

68) Örnek olarak bkz. **Zach**, Art. 39, N. 20; **Bucher**, AT, s. 644; **Eren**, s. 416; **Kutlu Sungurbey**, not 8'de age, s. 181; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö**, s. 205; **Koller**, not 46'da age, N. 381.

69) Bu düşüncede: **Kutlu Sungurbey**, not 8'de age, s. 181.

70) Bu düşüncede: **Kutlu Sungurbey**, not 8'de age, s. 182.

= Birinci istisna Roma-Pandekt Hukukunclun gelen "zurnr verenin kastı karşısıııdıı zarar görenin ihmali kural olarak gözönünde tutulmnz" kurulınn duynnmıktadır. Nasıl zimmetine para geçiren bir veznedar, bu zararın zurnr görenin gereği gibi denetim yapmamasından ileri geldiğini ileri süremezse, kasten hareket eden yani temsil yetkisine sahip olmadığını bilen yetkisiz temsilci, üçüncü kişinin kendi ihmali sonucu yetki eksikliğinin farkına vınadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz veya tazminat miktarında indirim yapılmasını isteyemez.

= İkinci istisna uyarınca yetkisiz temsilci üçüncü kişide özel bir güven yanılmışsa, ona karşı "culpa in contrahendo" ilkesi çerçevesinde sorumlu tutulabilir.

= Diğer bir görüşe göre ise, kusurlu yetkisiz temsilciden BK. m. 39/I, c. 2 hükmüne göre tazminat talep edemeyen üçüncü kişi, onun kasten hareket etmiş olması halinde, ahlaka aykm bir fiil ile zarara uğratıldığını ileri sürebilir (BK. m. 41/II)⁷¹.

- Federal Mahkeme⁷² ve yeni İsviçre öğretisi⁷³ tarafından benimsenen 37 düşünceye göre, tazminat hakkını mutlak olarak ortadan kaldıran BK. m. 39/I, c. 2 hükmü, yetki eksikliğini ihmali sonucu öğrenmemiş üçüncü kişilerin açtığı davalarda, kusurlu temsilciye uygulanamaz. Özellikle, üçüncü kişi "hafif ihmali" sonucu temsilcinin yetkisizliğinin farkına varmadığı, buna karşı temsilcinin kusuru "kast" veya "ağır ihmal" düzeyinde olduğu zaman, üçüncü kişinin BK. m. 44 çerçevesinde indirimli bir tazminat elde edebilmesi mümkündür. Bizim de katıldığımız bu görüşün gerekçesini Federal Mahkeme şöyle açıklamaktadır: Kanunda yer alan bir hüküm herşeyden önce sözüne (lafzına) göre yorumlanır. Hukuku uygulayan merciler, normun gerçek anlamını ifade ettiği sürece, başka bir anlayışa imkan bırakmayan açık kanun hükümleri ile bağlıdır. Oysa, kanun yorumlanırken, sistematik yorum ilkesini de göz önünde tutmak ve ilgili hukuk normunun, imkan nispetinde çelişkileri önleyecek biçimde tüm hukuk sistemi ile bütünleşmesini sağlamak gerekir. Zarar gören üçüncü kişinin kusuru ile yetki eksikliğinin farkına varmaması halinde, yetkisiz temsilcinin tüm sorumluluğunu ortadan kaldıran görüş, kanunun metnine uymakla birlikte, gerek haksız fiile gerekse sözleşmeye dayalı sorumluluklarda zararın tazmini açısından, zarar görenin kusurunu ilke olarak sadece bir indirim sebebi olarak gören (İsviçre BK. m. 44 ve 99/III; Türk BK. m. 44 ve 98/II) ve istisna olarak yalnız uygun illiyet bağının kesilmesini sağlayacak yoğunlukta olduğu vakit karşı tarafın sorumluluğunu ortadan kaldıracak güçte sayan İsviçre Sorumluluk Hukukunun zararın tazminine ilişkin genel kurallarına ters düşmektedir. Bu sebeple gerekli özeni göstermediği için kusurlu sayılan üçüncü kişi, kendisi gibi kusurlu (özellikle yetkisizliğini bilerek kasten

71) **Zach**, Art. 39, N. 20; **Koller**, not 46'da age, N. 381.

72) BGE I16.11.689.

73) **Watter**, Basler Komm., Art. 39, N. 4; **Schwenzer**, 4.A., N. 43.09; **Koller**, I, 2.A., § 20, N. 5; § 14, N. 134; **Engel**, s. 405. -Federal Mahkemenin kararından önceki dönemde bu düşünceyi savunanlara örnek olarak bkz. **Piotet**, Culpa in contrahendo, Beme 1963, s. 101-102.

hareket eden) temsilci ile karşı karşıya olduğu zaman, BK. m. 44 hükmünü kıyas yolu ile uygulamak ve talep edilen tazminat miktarında bir indirim yapılması ile yetinmek gerekir⁷⁴.

38 Bu kararda yer alan düşünceleri de göz önünde tutarak, biz BK. m. 39/1, c. 2 hükmü ile ilgili olarak şu *sonuçlara* varıyoruz:

= BK. m. 39/1, c. 2 hükmü yalnız yetkisiz temsilcinin kusursuz olarak sorumlu tutulduğu haller için kanuna konulmuş bir hüküm değildir. Yetkisiz temsilci kusursuzluğunu ispat edemese bile, mahkeme BK. m. 39/11'de öngörülen "hakkaniyet" şartının olayda gerçekleşmediği sonucuna varırsa, kusurlu yetkisiz temsilci yine BK. m. 39/1 uyarınca (tıpkı kusursuz temsilci gibi) sadece olumsuz zararların tazmini ile yükümlüdür. Görülüyor ki, BK. m. 39'un birinci fıkrasının kapsamına gerçekte kusursuz olan yetkisiz temsilciler gibi, "hakkaniyet" şartının gerçekleşmediği durumlarda kusurlu yetkisiz temsilciler de girebilmektedir.

= *Kusursuz yetkisiz temsilci* ile, *kusurlu* (yetki eksikliğini bilen veya bilebilecek durumda olan) davacı *üçüncü kişi* karşı karşıya oldukları zaman, kanun koyucunun kusursuz (yetki eksikliğini bilmeyen ve bilebilecek durumda olmayan) temsilciyi koruması ve kusurlu üçüncü kişinin ondan tazminat talep etmesini kesin biçimde önlemesi çok yerindedir.

= Davacı üçüncü kişi, temsilcideki yetki eksikliğini "*biliyorsa*", onun *kusurlu yetkisiz temsilciye* karşı da tazminat talep etmesi mümkün değildir. Bu husus Federal Mahkeme kararından da anlaşılmakta ve öğreti tarafından benimsenmektedir. Gerçekten daha önce de belirttiğimiz gibi, bile bile yetkisiz temsilci ile işlem yapan üçüncü kişi, bundan doğabilecek tüm zararlara önceden razı olmuş demektir.

= *Kusurlu yetkisiz temsilci* ile, ondaki yetki eksikliğini *bilmeyen*, fakat bu konuda *ihmali olan üçüncü kişi* karşı karşıya oldukları zaman, üçüncü kişinin meydana gelebilecek tüm zararlara önceden razı olduğu söylenebilir. Sadece yetki eksikliğini *bilerek* işlem yapan üçüncü kişiler, bu yüzden gerçekleştirilecek zararları önceden görmüş ve kabul etmiş sayılabilirler.

= BK. m. 39/1 c. 2'de yer alan ve yetki eksikliğini bilen veya bilebilecek durumda olan davacıyı tazminat davası açmaktan kesin biçimde yoksun bırakan hüküm, yukarıdaki açıklamalardan anlaşılabileceği gibi, yalnız

74) Federal Mahkeme'nin ikinci bir gerekçesi daha vardır. Yüksek Mahkeme'nin fikrinde, BK. m. 39/11 uyarınca, kusurlu yetkisiz temsilci hakkaniyet gerektiriyorsa daha fazla zararın (olumlu zararın) tazminine mahkum edilebilir ve bu çerçevede hakkaniyet şartının gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılırken, dikkate alınacak unsurlar arasına tarafların karşılıklı kusurlarının değerlendirilmesi de girer.

yetkisiz temsilci kusursuz olduğu veya o kusurlu olsa bile, davacı üçüncü kişinin yetki eksikliğini bilerek sözleşmeyi yaptığı hallerde amaca ve Sorumluluk Hukuk. un temel ilke ve değerlendirmelerine uygun düşmektedir. Bir karşı, bir tarafta kusurlu yetkisiz temsilcinin, diğer tarafta ise yetki eksikliğini bilmemekle birlikte ihmali sonucu bu (yetki eksikliği-1111) farkına varmayan üçüncü kişinin karşı karşıya oldukları durumlarda tazminat talebini tümü ile ortadan kaldırmak, amaca ve Sorumluluk Hukukunun temel ilkelerine hiç uymayan bir sonuca götürmektedir. Şu halde, BK. m. 39/I, c. 2 hükmü, bu hükmü sınırlandırılması gereken bir istisna hükmü olarak, gereğinden fazla geniş biçimde formüle edilmiş, bir başka anlatıyla amacının dışına taşan bir hükümdür, yani ortada bir "örtülü boşluk" vardır⁷⁵. Bu durumda, "amaca uygun sınırlandırma" (teleologische Reduktion) yolu ile, bu hükmün temelinde yatan amaç ve değerlendirmelerin haklı kıldığı alana çekilmesi ve geriye kalan boşluğun Sorumluluk Hukukunun temel taşlarından birini oluşturan BK. m. 44 hükmü ile doldurulması gerekir. Böylece, bile bile (kasten) veya ağır ihmale dayalı olarak hareket etmiş yetkisiz temsilci, hafif ihmali sonucu yetki eksikliğinin farkına vannamış davacı üçüncü kişi karşısında her türlü sorumluluktan kurtulmayacak ve mahkemenin BK. m. 44 hükmü çerçevesinde davacı lehine indirimli bir tazminata hükmedebilme imkanı saklı kalacaktır.

2. Temsil Olunanın İcazet Verecek Sözleşmenin Gerilimi'ni Sağlaması Halinde Yetkisiz Temsilciden İstenebilecek Geciktirme Tazminatı'-76

Burada sözü edilen tazminat tipi Borçlar Kanununda düzenlenmiş değildir. Bunun, BK. m. 39'da düzenlenen tazminatlarla hiçbir ilgisinin bulunmadığı şu noktadan da anlaşılır ki, BK. m. 39'a göre yetkisiz temsilciden tazminat talep edebilmek için sözleşmenin icazet verilmemesi yüzünden kesin hükümsüz hale gelmiş olması şarttır. İlisa burada durum, bunun tam tersidir. Sözleşme verilen icazet erine gç SLliltk kazanmıştır. Ne var 19, bu a amaya gef inriiesf 2: aman alını - - - ada belki de haftalar hatta aylar

75) Örtülü boşluk kavramı için bkz. **Larenz/Canaris**, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3.A., Berlin Heidelberg, 1995, s. 210 vd.; **Kramer**, Juristische Methodenlehre, Beni 1998, s. 143 vd. Bu sonuncu yazar (s. 143 ve 144, not 477) bu gibi durumlarda "istisna boşluklarından" (Ausnahmelücken) söz açmaktadır. -Türk öğretisinde, "örtülü boşluk" kavramı da dahil olmak üzere, genel olarak kanun boşluklarının çeşitleri konusunda gerek kavram gerekse terminoloji açısından yaşanan kargaşa için krş. **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras Hukuku, 3. bası, İstanbul 1987, s. 138, not 9; **Serozan**, Medeni Hukuk, Genel Bölüm, İstanbul 2004, N. 27 vd., 38 vd.; **Hatemi**, Medeni Hukuk'a Giriş, 2. bası, İstanbul 1999, § 7, N. 61, 65 vd.; **Oğuzman/Barlas**, Medeni Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 13. bası, İstanbul 2006, s. 79 vd. -Ayrıca bkz. yukarıda § 44, N. 30.

76) Bu konudaki açıklamalar için bkz. **Medicus**, AT, N. 978; **Ziich**, Art. 38, N. 77; Art. 39, N. 61; **Watter**, Basler Komm., Art. 38, N. 8.

geçmiştir. Üçüncü kişi, bu gecikme yüzünden (sözleşmenin icazet yolu ile geçerlilik kazanması üzerine telafi edilemeyen) bazı zararlara uğramış olabilir. Örneğin, yetkisiz temsilci ile yaptığı sözleşme üzerine, bu sözleşmenin geçerliliğine güvenen üçüncü kişi, askıda hükümsüz olduğu sonradan anlaşılan sözleşmeden eline geçecek paraya güvenerek bir mal satın almıştır. Temsilcinin yetkisiz olduğu ortaya çıktığı vakit satıcıya karşı taahhütlerini yerine getiremeyince de, yerine göre cezai şart ödemiş, borçlu temerrüdüne düşmüş, temerrüt faizi ödemek zorunda kalmıştır. Yetkisiz temsilci ile yaptığı sözleşmenin haftalar veya aylar sonrası verilen icazet ile geçerli hale gelmesi, onun yetkisiz temsilcinin sebep olduğu bu gecikme yüzünden uğradığı *geciktirme zararım (Verzögerungsschaden)* ortadan kaldırmış değildir. Başka örnekler de düşünülebilir: İcazet verilinceye kadar geçen süre içinde, sattığı malı bir depoda bekleten üçüncü kişinin fazladan ödediği depo kirası bedellerinin de buraya girebileceği kuşkusuzdur. Bütün bu gibi hallerde, üçüncü kişinin, *kusurlu* (yetkisiz olduğunu bilen veya bilmesi gereken) temsilciden *culpa in contrahendo* esasına göre bir *geciktirme tazminatı* talep etmesi mümkündür⁷⁷. Görüldüğü gibi, burada, BK. m. 39/I'den farklı olarak, bir kusursuz sorumluluk söz konusu değildir.

Bu tazminat tipi açısından mutlaka dikkat edilmesi gereken noktalar şunlardır:

- Üçüncü kişi, karşıdaki temsilcinin yetkisiz olduğunu bildiği ihtimalde böyle bir tazminat talep edilemez. Bu gibi durumlarda, temsilcinin yetkisiz olmasına bağlı her türlü riskin üçüncü kişi tarafından üstlenildiği kabul edilir.

- Üçüncü kişi gerekli özeni göstermediği için temsilcinin yetkisiz olduğunun farkına varmamışsa, onun bu konudaki ihmali BK. m. 44 çerçevesinde değerlendirilir.

- Davacı üçüncü kişinin ileri sürdüğü zarar, kaynağını bizzat kendisine ait bazı davranışlarda buluyorsa, tazminat talebi reddedilir. Örneğin, temsil olunana icazet verip vermeme konusundaki kararını vermesi için süre tayin etmeden önce haftalar veya aylarla bekleyen yahut (bunu haklı gösterecek bir sebep bulunmaksızın) çok uzun bir süre tayin eden üçüncü kişinin buna bağlı olarak zarara uğraması halinde durum budur.

77) Yetkisiz temsilcinin BK. m. 100 anlamında yardımcı kişi sayılabileceği hallerde, temsil olunan da geciktirme tazminatından sorumlu tutulabilir. Temsil olunanın üçüncü kişiye karşı, BK. m. 100 hükmünün kıyas yolu ile uygulanmasına dayalı sorumluluğu için bkz. aşağıda N. 41.

IV. Üçüncü Kişinin Temsil Olunana Karşı Öne Sürebileceği Tazminat Talebi

1. Temsil Olunanın Kendi Culpa in Contrahendo'sundan Sorumlu Tutulması

Temsilcinin yetkisiz olmasına rağmen temsil olunan adına bir işlem yapmasında, temsil olunanın kusurlu bir davranışı da rol oynamışsa, üçüncü kişi temsil olunanın *culpa in contrahendo* ilkesine dayanarak olumsuz zararlarının tazminini isteyebilir. Kanunda düzenlenmeyen ve doğrudan doğruya *culpa in contrahendo* esasından çıkarılan bu sorumluluk, bir yandan temsil olunanın kusurlu olmasını, diğer yandan da icazet verilmeyerek sözleşmenin kesin hükümsüz hale getirilmiş bulunmasını gerektirir. Örneğin, temsil olunan hiçbir şekilde güvenilmeyecek bir kişiyi temsilci olarak yetkilendirdiği ve o kişi yetkisini aşarak bir işlem yaptığı vakit böyle bir sorumluluk gündeme gelebilir⁷⁸. Diğer bir örnek: Temsil olunan, temsilcisinin yetkisini aşarak sözleşme görüşmelerini yürüttüğünü öğrendiği ve duruma müdahale edip yetkisiz temsil yolu ile adına bir sözleşmenin kurulmasına engel olabileceği halde, sessiz kalıp işi olurluna bırakmışsa, yine bir *culpa in contrahendo* sorumluluğu ortaya çıkabilir⁷⁹. Üçüncü bir örnek: Üçüncü kişi sözleşme görüşmelerini yetkisiz bir temsilci ile yaptığını bilmektedir. Ne var ki, durumdan haberdar olan temsil olunan onda, bu şekilde kurulacak sözleşmeye icazet vereceği hususunda haklı bir güven uyandırmış, sonra da icazet vermekten kaçınmıştır⁸⁰.

Bütün bu gibi hallerde, tazminat miktarı belirlenirken, zarar görenin (üçüncü kişinin) kusurunun da BK. m. 44 çerçevesinde göz önünde tutulması ihmal edilmemelidir.

2. Temsil Olunanın Yardımcı Kişi Konumundaki Yetkisiz Temsilcinin Davranışından BK. m. 100 Hükmü Kıyas Yolu İle Uygulanmak Suretiyle Sorumlu Tutulması

Bu konuyu incelerken en başta belirtilmesi gereken nokta şudur: Temsil olunanın yetkisiz temsilcinin davranışlarından ötürü BK. m. 100 çerçevesinde sorumlu hıhlup hıhlamayacağı meselesi ancak "yardımcı kişi" konumunda olan yetkisiz temsilciler açısından söz konusu olur. BK. m. 100

78) Enneccerus/Nipperdey, s. 1122.

79) Krş. Köhler, § 18, N. 75; Flume, § 47, 3, d, s. 808.

80) Zach, Art. 39, N. 71. Bu örnekte, çelişkili davranış yasağına (venire contra factum proprium) aykırı bir tutum içine giren temsil olunanın icazet vermekten kaçınmasının, bir hakkın kötüye kullanılması sayılacağı ve MK. m. 2/11 hükmünün aracılığı ile sözleşmenin geçerli tutulmasına engel olamayacağı da düşünülebilir. Bu çözüm kabul edilmediği takdirde, metindeki çözüm geçerli olacaktır.

anlamında ifa yardımcısı sayılabilmek için *borçlunun iradesi ve bilgisi* dahilinde ifa faaliyetlerine katılmış olmak şarttır⁸¹. Şu halde, temsil olunan tarafından (iç ilişkide) görevlendirilmemiş bir kişi, ona haber dahi vermeden kendi kendine "temsilci" sıfatı ile ortaya çıkmışsa, bu gibi ihtimallerde bu kişiyi temsil olunanın yardımcı kişisi olarak nitelendirmek ve BK. m. 100 hükmünü kıyas yolu ile uygulamak mümkün değildir. Görülüyor ki, problem, sadece temsil olunanca kendisine sözleşme müzakerelerine (görüşmelerine) katılma yetkisi verilen (müzakere veya görüşme yardımcısı = *Verhandlungsgehilfen*) veya daha da ileri giderek ayrıca temsil olunan adına sözleşme yapmak yetkisine sahip olan kişiler (sözleşme kurma yardımcısı = *Abschlussgehi/fen*)⁸² açısından ortaya çıkar. Bu çerçevede sözü geçen yardımcılar içine yalnız temsilciler değil, sekreter, tercüman, tellal vs. gibi kişiler de girer. İşte, *temsil olunan tarafından sözleşme yapmak üzere yetkilendirilmiş bir temsilci, bu yetkisini aşarak yetkili olmadığı konulara ilişkin bir sözleşme yapmışsa veya sadece görüşme (müzakere) yetkisine sahip bir yardımcı, sözleşme kurma yetkisine sahip olmadığı halde temsil olunan adına bir sözleşmeyi imzalamışsa*, o zaman, icazet verilmesi yüzünden kesin hükümsüz olan bu sözleşme dolayısı ile, yetkisiz temsilci yanında (BK. m. 39), bizzat temsil olunanın da (kıyas yolu ile uygulanan) BK. m. 100 hükmü uyarınca üçüncü kişiye karşı sorumlu tutulabilip tutulamayacağı problemi ile karşılaşırız⁸³.

Çok tartışmalı olan bu konuda iki görüş vardır:

- 42 - Azınlıkta kalan *birinci görüş* taraftarları, farklı gerekçelere dayanarak, BK. m. 100'ün temsil olunan aleyhine uygulanmasına karşı çıkmaktadır. İleri sürülen gerekçelerden en ilginç olanı şudur: BK. m. 38 hükmü, yetkisiz temsilcinin yaptığı işleme icazet verip vermemek hususunda temsil olunana tam bir serbesti tanımıştır. Temsil olunanın BK. m. 100 hükmü uyarınca temsilcinin eyleminden sorumlu sayılması halinde, çok katı bir sorumluluk öngören bu madde çerçevesinde sorumlu tutulma endişesi (BK. m. 38'in amacına ters düşer biçimde) onun bu özgürlüğünü ortadan kaldıracak, yani onu (istemeye istemeye de olsa) yapılan sözleşmeye icazet verme şikkini seçmeye zorlayacaktır⁸⁴. Ne var ki, biraz yakından incelendiği vakit,

81) **Weber**, Bemer Komm., VI, 1, 5, Obligationenrecht, Die Folgen der Nichterfüllung, Bem 2000, Art. 101, N. 40; **Şenocak**, Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara 1995, s. 104, 151.

82) Bizim "sözleşme konna yardımcısı" diye ifade ettiğimiz bu kavram yakın zamanlara kadar "in'ikad yardımcısı" diye ifade ediliyordu (**Şenocak**, not 81'de age, s. 266). Biz, günümüzde genç kuşakların "in'ikad" sözcüğünü anlayabileceğinden kuşku duyduğumuz için metindeki deyme üstünlük tanımış bulunuyoruz.

83) Özellikle bkz. **Medicus**, AT, N. 974; **Flume**, § 47, 3, d, s. 809.

84) Bu düşünce: **Zach**, Art. 39, N. 73. Bu görüşün, bu konuda kesin bir sonuca varmaktan

bu gerekçenin büyük bir değer taşımadığı ortaya çıkmaktadır. Zira, temsil olunanın *kendi culpa in colli tra/ie lido'su* dolayısı ile sorumlu tutulması halinde⁵ durum bundan farklı olmadığı halde, kimse, bunun temsil olunanın icazet verip venneme konusundaki karar verme özgürlüğüne ters düştüğünü ileri sünnemiştir. Temsil olunanın kendi *cu/pa in contrahendo'su* için kabul edilen çözümden, yardımcı kişinin *culpa in contrahendo'su* durumunda aynılınak için sebep yoktur.

- Büyük çoğunluk tarafından benimsenen ve bize de isabetli gözükten 43
ilônci görüş, BK. m. 100 (Alınan Hukukunda § 278) hükmünün, kıyas (örnekseme) yolu ile, bir hukuki işlem yapmaya yönelik sosyal temas ile gerçekleşen güven (görüşme, müzakere) ilişkisinin, bir görüşme (müzakere) yardımcısı tarafından ihlal edilmesi halinde de uygulanmasını kabul etmektedir⁸⁶. Şu halde, !<endisine sadece götii sın müzakere yetkis?erilmiş kişi, buna yetkili olmadığı halde temsil olunan adına bir sözleşme kurduğu veya sffzleşme kurma'Iconuswidada yetlafiO?ali-y ardımc? u yetkisinin fülüfürünü aş ığı vakit, icazet veri-lmeJ!lesi üzerine, üçüncü kişinin Bf<.. m. '100 hükmüne dayanarak temsil olunandan tazı:iiiiiaftalep etmesine bir engel buluiimamaktadır.

Bu görüşü daha iyi anlayabilmek için şu noktadan hareket etmek gerekir: Temsil olunanca, aralarındaki (örneğin vekalet veya hizmet sözleşmeleri gibi) iç ilişkiye dayanarak sözleşme görüşmelerini yürütmekle görevlendirilen kişinin, karşı taraf (üçüncü kişi) ile temas kurduğu andan başlamak üzere, *culpa in contrahendo* sorumluluğuna esas olan görüşme (güven) ilişkisi, yardımcı kişi ile üçüncü kişi değil, fakat *onu görevlendiren ve ilerde sözleşme kurulduğu takdirde bu sözleşmenin tarafı olacak kişi (temsil olunan) ile diğer taraf (üçüncü kişi) arasında* kurulmuş olur. Örneğin, A, temsil yetkisi verdiği T'yi, karşı tarafı oluşturan Ü ile görüşmeye yolladığı vakit, bu görüşmelerle birlikte gerçekleşen ve taraftan dürüst davranmaya, karşı tarafı zarara sokacak davranışlardan kaçınmaya zorlayacak güven ilişkisinin taraftan T ile Ü değil, A ile Ü'dür. Ne var ki, temsil olunan A, nasıl sözleşme görüşmelerine ilişkin güven ilişkisinden doğan yükümlülüklerini *bizzat* ihlal ettiği zaman *culpa in contrahendo* esasına göre sorumlu

kaçınan **Gauch/Schlupe/Schmid'i** de (N. 1388) hayli etkilediği anlaşılıyor. Şurasını ekleyelim ki, bu fikri savunan **Zach**, sekreter, tercüman vs. gibi görüşme yardımcılarının eylemlerinden ötürü, temsil olunanı BK. m. 100'e göre sorumlu tutmaya bir engel görmüyor.

85) Bkz. yukarıda N. 40.

86) Örnek olarak bkz. **Wiegand**, Basler Komm., Art. 101, N. 5; **Weber**, not 81'de age, Art. 101, N. 23; **Schwenzer**, 4.A., N. 23.07; **Eren**, 9. bası, s. 1029; **Şenocak**, not 81'de age, s. 274, 282; **Larenz**, SR I, s. 303; **Palandt/Heinrichs**, 64.A., § 278, N. 2; **Medicus**, SR I, § 30, N. 330.

tutulabiliyorsa, aynı şekilde, sözü geçen yükümlülüklerin *sözleşme görüşmelerini yürütmek veya sözleşmeyi kurmak üzere yetkilendirdiği yardımcı kişiler* tarafından (incelediğimiz meselede temsil yetkisinin varlığı veya kapsamı konusunda doğru bilgi vermemek suretiyle) ihlal edilmesi halinde de, bu defa BK. m. 100 gereği yine *cu/pa in contrahendo* kavramı çerçevesinde sorumlu olur⁸⁷. Şurasını ekleyelim ki, bütün bu açıklamalar, bir sözleşme kurnlak üzere üçüncü kişi ile (bir başkası adına) sosyal temas içine giren yetkisiz temsilcinin de, şahsen ona karşı, başta temsilci sıfatı ve yetkisinin kapsamı hakkında doğru bilgi verilmesi olmak üzere, MK. m. 2/I'den doğan yükümlülükleri olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz.

Temsil olunanın sözünü ettiğimiz BK. m. 100 hükmüne dayalı sorumluluğu, karşı tarafın (üçüncü kişinin) sözleşmenin geçerli olduğuna ilişkin güveninin (yardımcı kişinin sözleşme yapma konusunda yetkisiz olduğunun veya yetkisini aştığının ortaya çıkması ve işleme icazet verilmemesi dolayısı ile) boşa çıkmasından ötürü uğradığı *olumsuz zararın* tazmin edilmesi anlamını taşır⁸⁸. Kendi *culpa in contrahendo'sundan* ötürü sorumluluğu, ilke olarak olumsuz zararların tazmininden ibaret kalan temsil olunanın, yardımcı kişinin (yetkisiz temsilcinin) eyleminden ötürü farklı ve daha ağır bir sorumluluk altına girmesi söz konusu olamaz^{88a}.

- 45 BK. m. 100 çerçevesinde hakim olan "farazi kusur" görüşüne göre, temsil olunanın bu sorumluluktan kurtulabilmesi için, zarara yol açan davranış bizzat kendisi tarafından gerçekleştirilmiş bulunsaydı, bunun (kendi bilgi düzeyi, yetenekleri ve tecrübesi göz önünde tutularak) kendisi açısından bir kusur oluşturmayacağını ispat etmesi gerekir^{89 90}.

87) **Larenz**, SR, I, s. 114 ve not 32, s. 303; **Larenz/Wolf**, § 46, N. 159; **Enneccerus/Nipperdey**, s. 1122; **Palandt/Heinrichs**, 64.A., § 311, N. 22; **Şenocak**, not 81'de age, s. 282 vd.; **Kutlu Sungurbey**, not 8'de age, s. 135 vd. -Başka türlü: **Piotet**, not 73'de age, s. 68 vd.; **Piotet**, La responsabilite precontractuelle, specialement du fait d'autrui, in: **Piotet**, Contributions choisies, Zürich 2004, s. 711 ve not 41 (Bu yazı ilk defa ZSR, N.F. 106, 1987, I, s. 743 vd. da yayınlanmıştır). **Piotet'nin** fikrince, sözleşme öncesi doğan güven (müzakere) ilişkisinin ve buna bağlı özen gösterme yükümlülüklerinin tarafı temsil olunan değil, sadece temsilcidir. Bu sebeple BK. m. 100 hükmünün kıyas yolu ile de olsa uygulanması söz konusu olamaz.

88) Özellikle bkz. **v. Tuhr/Peter**, § 45, not 37; **Medicus**, AT, N. 974; **Flume**, § 47, 3, d, s. 808; **Spiro**, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Bem 1984, s. 390; **Palandt/Heinrichs**, 64. A., § 311, N. 22; **Şenocak**, not 81'de age, s. 282 ve not 54. -Başka türlü: **Kutlu Sungurbey**, not 8'de age, s. 137.

88a) Bununla beraber bkz. yukarıda § 2, N. 10.

89) Türk Hukukunda BK. m. 100, İsviçre'de BK. m. 101, Alman Hukukunda BGB § 278 açısından benimsenen "farazi kusur" görüşü için örnek olarak bkz. Wiegand, Basler Komm., Art. 101, N. 13; **Weber**, not 81'de age, Art. 101, N. 133; **Larenz**, SR I, s. 303-304; **Medicus**, SR I, § 30, N. 334; **Şenocak**, not 81'de age, s. 210 vd.

BK. m. 100 hükmünün (yetkisiz temsilci de dahil) tüm görüşme yardımcılarını uyanmasını reddeden diğer bir görüş, bu konuda knunda bir boşluk bulunduğunu ve bu boşluğun, iş sahibini (herhangi bir şekilde kurtuluş beyyinesi olmaksızın) sadece görüşme yardımcılarının kusurlu olması halinde sorumlu sayan bir normla doldurulması gerekliliğini ileri sürüyor⁹¹.

Hem temsilcinin (BK. m. 39) hem de temsil olunanın (BK. m. 100) üçüncü kişiye karşı tazminat ödemekle yükümlü bulundukları durumlarda, bunlar arasında eksik teselsül (BK. m. 51) hükümleri cereyan eder.

V. Temsil Olunan ile Yetkisiz Temsilci Arasındaki İlişki

Temsil olunanın sözkşme görüşmelerine gönderdiği temsilcinin yetkisini aşarak bir işlem yapması halinde, bunlar arasında çok defa bir vekalet veya liiznetsözleşmesi biçiminde karşımıza çıkan bir temel (iç) ilişki vardır ve aralarındaki hesaplaşma (temsil olunanın zarara uğra01ası halinde kusurlu temsilciden tazminat istemesi) bu ilişki çerçevesinde g_r çekleşce!ctir.

Yetkisiz temsilci kendi kendisine temsilci s5,!sü veffi!İşse, t emsil olunan ile onun arasında bir sözleşme ilişkisi mevcut olmadığından, buna ilke olarak BK m. 410 vd. uyarınca vekaletsiz iş görme hükümleri uygulanacaktır. Yerine göre, haksız fiil vey-a sebepsiz iktisap hQ kümleri de uygulama alanı bulabilir⁹².

90) Farazi kusur ilkesi, iş sahibi (temsil olunan), bilgi ve yetenekleri açısından yardımcı kişiye nazaran daha üstün konumda olduğu vakit (örneğin bir mühendis borcunun ifası için bir işçiyi görevlendiriyor veya metinde incelediğimiz konu ile ilgili olarak, yüksek düzeyde öğrenim, bilgi ve tecrübe sahibi bir patron sözleşme görüşmelerine işe yeni başlamış, bilgi ve tecrübe düzeyi düşük bir yardımcısını gönderiyor) amaca uygun çözümlere götürür. Buna karşı, bilgi ve tecrübe düzeyi düşük bir iş sahibi (temsil olunan), sözleşmeyi kurması için konunun uzmanı ve büyük tecrübe sahibi bir avukatı yetkilendirdiği vakit, farazi kusur ilkesine dayanmak suretiyle BK. m. 100'e dayalı sorumluluktan kurtulmak hiç de zor olmayacaktır. Bunu önlemek üzere, taraflar arasındaki ilişkiden açık biçimde veya örtülü olarak (zımnen) uzman bir kişinin yardımcı kişi olarak görevlendirilmesi gerektiği anlaşılıyorsa, iş sahibinin (temsil olunanın), üstün bilgi ve yetenekli yardımcı kişisi ile aynı uzmanlık düzeyinde imiş gibi görülerek farazi kusur değerlendirilmesinin yapılması gerektiği kabul ediliyor (Weber, not 81'de age, Art. 101, N. 141; Wiegand, Basler Komm., Art. 101, N. 14).

91) Bu görüşte: Koller, I, 2.A., § 28, N. 30; Guhl/Koller, § 13, N. 6. -Benzer yönde açıklamalar: Spiro, not 88'de age, s. 389-390 ve not 44. Bu yazara göre, iş sahibinin yardımcı kişinin davranışından ötürü sorumluluğu bizzat kendi davranışından doğan sorumluluktan daha ağır olamaz. Oysa, o, kendi "culpa in contrahendo"sundan ötürü sadece kusuru varsa sorumlu tutulmaktadır. Şu halde, iş sahibinin (temsil olunanın) BK. m. 100'e göre sorumlu tutulabilmesi için yardımcı kişinin kusurlu olması şarttır. Bu sistemde, yardımcı kişinin bir kusurunun bulunmadığının ispat edilmesi BK. m. 100'den doğan sorumluluğun düşmesi için yetecektir. Aynı doğrultuda: Kutlu Sungurbey, not 8'de age, s. 137.

92) Bu konuda bkz. Schwenzer, N. 43.1 l; Gauch/Schlucp/Schmid, N. 1422; Züich, Art. 39, N. 16; Bucher, AT, s. 645.

VI. İstihkak ve Sebepsiz İktisap Davalarının Saklı Kalması (BK. m. 39/III).

- 49 BK. m. 39/III, üçüncü ki inin etkisi; temsilciye karşı. Çoğu kez, tazminat davalarını üzenlerken, bütün bu hallerde sebepsiz iktisap davalarını saklı kaldığını belirtmiştir. Buna, hiç kuşkusuz, mülkiyet hakkının kaybedilmediği durumlarda istihkak davalarını da (MK. m. 683/II) eklemek gerekir. Örneğin, temsilcinin yetkisiz; olduğunu bilmeyen ve sözleşmeyi geçerli sayan üçüncü kişi, bu sözleşme çerçevesinde yetkisiz temsilciye taşınır bir malı teslim etmiş veya bir ödemede bulunmuş olabilir. İcazet verilmemesi dolayısı ile sözleşme kesin biçimde geçersiz hale gelince, üçüncü kişi yaptığı ödemeyi geri almak için yetkisiz temsilciye karşı bir sebepsiziktisap davası açacaktır. Teslim edilmiş taşınır mal açısından durum tartışmalıdır. Jaşım, mülkiyetini geçiren tasarruf işleminin soyutluğunu (mücerretliğini) kabul edenlere göre, bura da açılacak dava bir sebepsiz iktisap davası olacaktır. İsviçre Hukukunda hakim olan, bizim de katıldığımız görüş illilik (sebebe bağıllık) ilkesine üstünlük tanıdığından, verilen malın geri alınması bir istihkak davası ile gerçekleşecektir. Şu var ki, yetkisiz temsilci arada malı iyiniyetli üçüncü kişiye devredip onun malik olmasını sağlamışsa, yine yetkisiz temsilciye karşı açılacak bir sebepsiz iktisap davası ile yetinmek gerekecektir. Yetkisiz temsilcinin teslim aldığı malı tüketmiş olması halinde de durum böyledir⁹³.

§ 50. Yetkisizlik ile İlgili Özel Durumlar: Temsil Yetkisinin Kötüye Kullanılması-Temsil Olunan Tarafından Verilmiş Talimata Uyulmaması-Başkasının Adı Altında İşlem Yapılması

I. Temsil Yetkisinin Kötüye Kullanılması

1. Kavram

- 1 To.ms.il.ci em.sjLY. t19.Jinj ! sjLQil!!! I!...cıkarlalJl t r 4g s yecek biçimde kullanmalıdır. Blı.yükümlülük,-temsil yetkisinin dayandığı temel ilişkilerden kaynak! ÖJil eğjP., t Il}e!)! i s m...! y a tts Jl şıl rastlanan omegıolaiıvekalei'sözleşmesinde, BK. m. 390(11 gereği, v kil, ve aJeti iyi oirsurette, aQi sa eIfaeiC ileIfi eııııe.iid.ıı Sadakatle ifa..yükümlülüğünün sonucu olarak, o, kendisi;ie güvenen yekalet verenin menfaatlerini {cı ar arını sözleşme ilegudüfoi anaç çerçevesinde korumak ve ona zarar

93) Bkz. Schwenzer, N. 43.10; v. Tuhr/Peter, § 45, III, s. 404-405. Ayrıntılı bilgi için bkz.

Kutlu Sungurbey, not 8'de age, s. 183 vd.

verecek davranışlardan kaçınmak zorundadır¹. O`h ald, t`msi(c.b kend`ne verilen temsil yetkisinin sınırları içinde hg reket etmp kle. be.:aber. yqptığı işi!! 11te`isif !! 11nan`ı:5-ıkarlarını aç ık ğ is. de i`!) Orşll Jll fJJSll yetkisinin kötüye kullanılması söz konusu olur (MK. m. 2/11) . Bunun uygulamada en çok rastlanan örneği, kendisine dilediği bedelle satın yetkisi verilen temsilcinin, bir taşınmazı değerinin çok altında bir bedelle satmasıdır. Yargıtay'ın ifadesi ile

*"Bir kimsenin bir taşınmaz malı dilediğine dilediği. bedelle satışa yetkili /alınması, kendisine dürüstlük kurallarını ve günün ekonomik koşullarını göz ardı ederek gerçek değerden çok düşük bir bedelle o taşınmazı satma yetkisini veremez"*³.

Daha yeni bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında kullanılan ifade ise şöyledir:

"Hatta malik tarafından vekilin bir taşınmazın satışında, dilediği. bedelle dilediği kimseye satış yapabileceği şeklinde yetkili kılınması, satacağı kimseyi dahi belirtmesi, ona dürüstlük kuralını, sadakat ve özen borcunu göz ardı etmek suretiyle, makul sayılacak ölçüler dışına çıkarak satış yapma hak/anı vermez"^{3a}.

Hiç kuşkusuz kendisine taşınmaz alımı için yetki verilmiş temsilcinin bir taşınmazı değerinin çok üstünde bir fiyatla satın alması da buraya girer.

Temsil yetkisinin kötüye kullanılması iki biçimde karşımıza çıkabilir:

2

- Bunlardan birincisi, *hileli anlaşma (Kollusion, collusion)* ihtimalidir⁴. Bu ihtimalde, temsilci T ve onunla işlem yapan üçüncü kişi Ü, temsil olunan A aleyhine bir işlem yapmak için anlaşmakta, A'nın çıkarlarını birlikte çığnemek hususunda tam bir işbirliği içine girmektedirler. Böyle bir anlaşma, hiç kuşkusuz, BK. m. 20/1 (Alman Hukukunda BGB § 138) gereği

1) **Tandoğan**, II, s. 407.

2) Temsil yetkisi bir hak sayıldığı takdirde, MK. m. 2/II doğrudan doğruya, çoğunlukta olan aksi görüş benimsendiği takdirde kıyas yolu ile uygulanacaktır (Bkz. **Tandoğan**, il, s. 441; **v. Tubr/Peter**, § 42, IV, 3, s. 363).

3) Yarg. HGK., 17.6.1992, E. 1992/1-27, K. 1992/391 (**Özkaya**, Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 690). Yargıtay tarafından kötüye kullanmanın kabul edildiği ilginç bir kararda, temsilci, 28 milyon değerindeki bir daireyi, vekaletnameyi aldığı tarihten hemen bir gün sonra eski bir arkadaşına 5 milyon bedel göstererek satmış bulunuyordu (HGK., 5.5.1993, E. 1993/1-79, K. 1995/195, YKD. 1993/11, s. 1626). Değişik bir başka örnek için bkz. yukarıda § 46, N. 65.

3a) Yarg. HGK., 25.4.2001, E. 1-306, K. 404 (**Öz.kaya**, not 3'de age, s. 684).

4) Üçüncü kişi aleyhine hileli anlaşma kavramı için blcz. **Karayalçın**, Muvazaa (Danışık)-Hileli Anlaşma-Miras Bırakanın Muvazaası, Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999, s. 355.

ahlaka aykırılık sebebiyle batıl olur ve bu butlan (aradaki sıkı bağıllık sebebiyle) temsilcinin Ü ile yaptığı işleme de bulaşarak onun da kesin hükümsüz olması sonucunu doğurur⁵.

Öğretide rastlanan bir görüşün⁶ ve Yargıtay'ın⁷ hileli anlaşma ihtimalini de MK. m. 2/II çerçevesinde ele alıp değerlendirmeleri şu bakımdan eleştirilebilir ki, bir başka hükmün (burada BK. m. 20/I'in) kapsamına giren durumlarda, artık MK. m. 2/II'nin uygulanmasına yer kalmaz. Bu, MK. m. 2/II hükmünün "ikincil (tali)" niteliğinin doğal bir sonucudur⁸.

- 3 - Sadece cümlenin *afli olarak* kağıdı (yani temsilci ile üçüncü kişi arasında işbirliği yapılmasına yol açan hileli bir anlaşma bulunmadığı) için daha hafif bir nitefiye taşıyan ikinci kötüye kullanma ihtimalinde, temsilci *bilinçli* veya *bilinçsiz* olarak (şu halde, yerine göre, kötüye kullanma olgusunun farkına varmaksızın), temsil yetkisini temsil olunanın çıkarlarına açıkça ters düşen biçimde kullanmaktadır. Görülüyor ki, temsilcinin herhangi bir şekilde kasten veya (daha geniş bir ifade ile) kusurlu olarak hareket etmiş olması aranmamakta ve tamamen objektif olarak değerlendirilen bir "yetkinin kötüye kullanılması" olgusu ile yetinilmektedir⁹. Bu durumda,

- 5) **Zach**, Art. 38, N. 18; **Sungurbey**, Medeni Hukuk Sorunları, VI, İstanbul 1994, s. 614; **Köbler**, 28.A., § 11, N. 63; **Flume**, § 45, II, 3, s. 788; **Larenz/Wolf**, § 46, N. 148; **Medicus**, AT, N. 966; **Schramm**, MünchK.omm., § 164, N. 99. Hem ahlaka aykırılık, hem de MK. m. 2'ye dayanma imkanı bulunduğu görüşünde: **v. Tuhr/Peter**, § 42, IV, 3, s. 363 ve not 45 (bkz. aşağıda not 6). Ayrıca bkz. **Kutlu Sungurbey**, Yetkisiz Temsil, İstanbul 1998, s. 19. -Şu noktayı ekleyelim ki, ahlaka aykırılık esasta temsilci ile üçüncü kişinin temsil olunana zarar vermek üzere anlaşmasında olduğu halde, bunun bu hileli anlaşmaya dayalı olarak gerçekleştirilen satış, kira vs. gibi işlemleri de (aralarındaki sıkı bağıllık dolayısıyla ile) kesin hükümsüz hale getireceği yukarıda anılan **Medicus**, **Schramm** ve bir Alınan Federal Mahkemesi karar (BGH, NJW 1989, s. 26) tarafından çok iyi belirtilmiştir.
- 6) İlke olarak MK. m. 2/II'ye dayanılabileceği, ancak ikinci bir alternatif olarak BK. m. 20/I'in (ahlaka aykırılık) gündeme gelebileceği fıkrinde: yukarıda not 5'de anılan **v. Tuhr/Peter**; BK. m. 20'den hiç söz açmaksızın, MK. m. 2/II'nin uygulanacağı görüşünde: **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 183.
- 7) Örnek olarak bkz. temsil yetkisinin kötüye kullanılması problemini (1957 yılında verilmiş bir Yargıtay 4.HD. kararına da yollama yaparak) ilk defa hayli ayrıntılı biçimde ele alıp sonuca bağlayan Yarg. HGK., 13.2.1974, E. 1973/T. 524, K. 1974/103, YKD. 1975/9, s. 11.
- 8) **Merz**, Art. 2 ZGB, N. 49, 104; **Baumann**, Zürcher Kommentar, Einleitung VI, Zürich 1998, Art. 2 ZGB, N. 27.
- 9) **Zich**, Art. 38, N. 14, 19; **Flume**, § 45, II, 3, s. 791; **Larenz/Wolf**, § 46, N. 148; **Köhler**, 28.A., § 11, N. 63; **Medicus**, AT, N. 968; **Schramm**, MünchK.omm., § 164, N. 103; **Pa-Jandt/Heinrichs**, 64.A., § 164, N. 14. Bu açıdan Özkaya'nın (not 3'de age, s. 678), "vekilin kasten vekil edenin yararına ve çıkarına aykırı hareket etmesi gerekir" demesine katılmadığımız gibi, zaman zaman rastlanan aynı yöndeki Yargıtay kararlarını da (örnek olarak bkz. not 3'de anılan 5.5.1993 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararı) isabetli bulmuyoruz. Her ne kadar uygulamada, genellikle yetkilerini kötüye kullanan temsilcilerin bilerek

başkaca bir şart aranmaksızın, yetkinin kötüye kullanılması sebebiyle yapılan işlemi geçersiz saymak, temsil olunan A ile, temsilcinin işlem yaptığı üçüncü kişi Ü arasındaki menfaat (çıkar) çatışmasında, kabul edilemeyecek biçimde A'nın çıkarlarına üstünlük tanımak anlamını taşır. Gerçekten, A, temsilcinin yetkisini kötüye kullandığı her durumda korunmak ister. Onun çıkarları, her yetkinin kötüye kullanılması halinde, yapılan işlemin geçersiz sayılmasını gerektirir. Oysa, temsilci ile işlem yapan Ü'nün aynı derecede korunmaya layık çıkarları, tam yetkili olarak karşısına çıkan ve ibraz ettiği yetki belgesinde (vekaletnamede) yer alan yetki sınırları içinde hareket eden T ile yaptığı işlemin geçerli sayılması yönündedir. Bu iki birbirine zıt çıkar arasındaki denge, gerek öğretide, gerekse Alman ve İsviçre Federal Mahkemeleri ile Yargıtay kararlarında şu şekilde kurulmuştur: *Temsil yetkisinin kapsamı içinde hareket etmekle birlikte bu yetkiyi açıkça kötüye kullanan temsilcinin, üçüncü kişi ile yaptığı işlemin geçersiz sayılması için, üçüncü kişinin sözü geçen yetkinin kötüye kullanıldığını bilmesi veya hiç değilse hal ve şartlara göre bilmesinin gerekmesi, kısaca "kötüniyetli" olması gerekir*¹⁰. Üçüncü kişi kötüniyetli değilse, yapılan işlem, A'nın temel ilişkiye dayanarak T' den zararlarının tazminini istemek hakkı saklı kalmak üzere, geçerlidir.

ve isteyerek (kasten) böyle bir davranış içine girdikleri görülüyorsa da, "kast", yetkinin kötüye kullanılmış sayılması için hukuken bulunması zorunlu bir unsur değildir (Ayrıca bkz. aşağıda not 12, N. 6 ve not 19). Kastı da içine almak suretiyle kusur, sadece aralarındaki iç ilişkiye dayanarak, vekalet verenin vekilden sadakat borcuna aykırı davranması dolayısı ile isteyebileceği tazminat açısından önem taşır. -Alman Hukukunda, sadece Ticaret Hukukunu ilgilendiren ve örneğin bizdeki "ticari mümessili" (BK. m. 449 vd.) karşılayan "Prokurist" gibi, sahip olduktan temsil yetkisinin sınırları temsil olunanın iradesinden bağımsız biçimde "kanun" tarafından çizilen temsilciler için, bilerek (kasten) temsil olunan aleyhine hareket etme şartını arayan Alman Federal Mahkemesi karar (BGHZ 50, I 14; ayrıca bkz. yukarıda anılan **Palandt/Heinrichs**) öğretide bazı yazarlar tarafından eleştirilmiştir. Gerçekten, ister Ticaret Hukukuna ilişkin bu tip bir temsil yetkisi, ister Borçlar Hukuku çerçevesinde alelade bir temsil yetkisi söz konusu olsun, mesele temsilci ile işlem yapan üçüncü kişinin güveninin hangi kritere göre korunacağı meselesidir. Temsilcinin bilerek veya bilinçsiz olarak temsil yetkisini kötüye kullanmış olmasının üçüncü kişinin güveninin korunması ile bir ilgisi yoktur. Burada dikkate alınabilecek tek husus, üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmadığı, yani yetkinin kötüye kullanıldığını bilip bilmediği veya bilebilecek durumda bulunup bulunmadığıdır (Özellikle bkz. **Medicus**, AT, N. 968; **Larenz/Wolf**, § 46, not 151; **Schramm**, MünchKomm., § 164, N. 103. Başka türlü: **Canaris**, Bankvertragsrecht, 3.A., Erster Teil, Bertin 1988, N. 170). Bununla birlikte, şu noktayı gözden kaçırmamak gerekir ki, yetkinin kötüye kullanılmasının üçüncü kişi tarafından açık anlaşılabildiği ihtimallerde, çok defa aynı şeyi temsilci açısından da söylemek mümkün olabilecek ve hukuken bu şart aranmadığı halde, bu gibi durumlarda, fiilen temsilcinin de kötüye kullanmanın farkına varmış olması gerekecektir (bkz. yukarıda anılan **Flume** ve **Medicus**).

- 10) Bu konuda örnek olarak bkz. **Zich**, Art. 38, N. 14 vd.; **Medicus**, AT, N. 967; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 183; **Özkaya**, not 3'de age, s. 681; BGE 77.11.138; 19.11.23 ve yukarıda not 3a'da anılan Hukuk Genel Kurulu Kararı.

4

Olayların büyük bir bölümünde, üçüncü kişinin temsil yetkisinin kötüye kullanıldığını "bildiğini" ispat etmek hiç de kolay değildir. Burada, asıl önem taşıyan hüküm "*Ancak durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz*" diyen MK. m. 3/11 hükmüdür. Ne var ki, kendisine verilen dış temsil yetkisinin sınırları içinde hareket eden, özellikle ibraz ettiği yetki belgesinin (vekaletnamenin) içeriğine nazaran öngörülen işlemi yapmaya tam yetkili olduğu anlaşılan bir temsilci karşısında, üçüncü kişinin her defasında, "Her ne kadar tam yetkili olsa da, acaba bu yetkisini kötüye mi kullanıyor?" diye düşünüp bu konuda araştırma ve incelemeler yapmasını istemek, bu yapılmadığı zaman ise onu özen eksikliği sebebiyle kötüniyetli saymak, iş hayatını felce uğratmaya elverişliliği sebebiyle kabul edilemez bir çözüm olduğu gibi, adil de değildir. Bu sakıncalı sonucu önlemek üzere Alman Hukuku öğretisinde ve Alman Federal Mahkemesi kararlarında, bazı İsviçreli yazarlarca da benimsendiği görülen ve bizde de üstün tutulması gereken "apaçık olma" (*Evidenz*) kriteri esas alınmıştır¹¹. Buna göre, üçüncü kişinin kötüniyetli sayılabilmesi için, temsilcinin temsil yetkisini yoğun şüpheler uyandırmaya elverişli tarzda kullanması ve bu durumun üçüncü kişi açısından (önceden bir araştırma ve inceleme yapmaya gerek kalmaksızın) apaçık *görülebiliyor ve anlaşılabilir* bir nitelik taşıması gerekir...Öyle Jski.?? ?il?rini kl!-çınılmaz Jllfgp. de empoze eden bu gibi kuşku doğurucu olgular dolayısı ile, üçüncü kişiden? makul düşünen bir l.ışi (q reasonable man) olarak, ya işlemten vazgeçmesi ya da bizzat temsil olunan ile temas .kurarak, bunun yanında .. temsilciyi sorguya çekerek durumu ayqıpl atması beklenebilmelidir. "Apaçık" olan, yahut "apaçık biçimde yoğun şüphe uyandırması gereken" haller dışında, üçüncü kişiyi özen eksikliği sebebiyle kötüniyetli saymak imkanı yoktur¹². Şu noktayı ekleyelim ki, bu konuda rastlanan diğer bir görüşe

11) Özellikle bkz. **Flume**, § 45, II, 3, s. 789-790; **Larenz/Wolf**, § 46, N. 148, 149; **Medicus**, AT, N. 967; **Köbler**, 28.A., § 11, N. 63; **Palandt/Heinrichs**, 64.A., § 164, N. 14; **Schramm**, MünchKomm., § 164, N. 104a, 105; BGH, NJW 1994, s. 2083; **Koller**, I, 2.A., § 18, N. 11-13 (Ne var ki, bu yazar, anılan görüşü yalnız yetkinin kötüye kullanılması değil, tüm yetki aşımı halleri için benimsiyor). -Krs. **Zach**, Art. 38, N. 20.

12) İsviçre Federal Mahkemesi de, 29.3.1951 tarihli kararında (BGE 77.II.147), üçüncü kişiye, her defasında temsil yetkisinin kötüye kullanılıp kullanılmadığı hususunda genel bir araştırmaya yükümlülüğü yüklenemeyeceğini, onun iyiniyetinin ancak "ciddi şüphe" uyandıran durumlarda (bunu "ağır ihmal" varsa şeklinde anlamak gerekir) ortadan kalkmış sayılabileceğini belirtmiş bulunuyordu. Ne var ki, Yüksek Mahkeme daha sonra öğretide (çok yerinde olarak) çeşitli yönlerden yoğun biçimde eleştirilen (bu konuda bkz. **Schott**, *Insichgeschiift und Interessenkonflikt*, Zürich 2002, s. 97 ve not 593) bir kararında (BGE 119.II.23) yetkinin bile bile kötüye kullanılması faraziyesinde MK. m. 3/II hükmünün hiçbir sınırlama söz konusu olmaksızın uygulanmasını ve hafif bir ihmali bile üçüncü kişiyi kötüniyetli saydırmaya yetmesini kabul etmiştir (Apaçık olma kriteri ile ağır ihmal kriterinin pratik olarak aynı kapıya çıktığını, biraz aşağıda not 14'e ait metinde açıklıyoruz).

göre, yetkinin kötüye kullanıldığı durumlarda, üçüncü **kişi** ancak *ağır ih-mali* sonucu özen gösterne yükümlülüğünü yerine getirmemiş ve kötüye kullaruna olguswmn farkına vanuamışsa kötüniyetli olarak damgalanabilir¹³. Ne var ki, öğretime, "apaçık olma" kriteri ile, (tamamen objektif bir değerdendirneye dayalı) "ağır ihmal" kriterinin her zaman aynı pratik sonuca götüreceğine, kısaca bu iki görüş arasında pratik bir fark bulunmadığına da işaret edilmiştir. Çünkü yetkiyi kötüye kullanmanın apaçık olduğu durwnlarda, bunllil dikkate alınmaması ağır bir ihmalin varlığına işaret eder¹⁴.

Temsil yetkisinin kötüye kullanılması dolayısı ile yapılan işlemin geçersiz sayılması için aranacak şartlar bakımından Yargıtay kararlarını iki gruba ayırmak gerekir:

- Birinci grupta yer alan kararlara göre¹⁵, bu konuda gerçekteşmesi gereken şartlar şunlardır: a) Temsilcinin temsil yetkisi bulunmalıdır; b) dış temsil yetkisi temsilci tarafından temsil olunanın "irade beyanına" ve "çıkartına (menfaatine)" aykm biçimde kullanılmış olmalıdır; c) temsilci ile işlem yapan üçüncü kişi kötüniyetli olmalıdır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun ifadesi ile "işte eğer temsilci, lemsi) yetkisini kötüye kullanmış olup da üçüncü kişi, temsil yetkisinin kötüye kullanıldığını bilir ya da bilmesi gerekir ise Medeni Yasa madde 2 fıkra 2 anlamında hakkın kötüye kullanılması söz konusu olur." Yüksek Mahkeme'nin bu konuda kullandığı ifadeler aşğıdaki noktalarda düzeltilmeye muhtaçtır:

= Temsil yetkisinin temsil olunanın "irade beyanına" (talimahna) aykırı biçimde kullanılması ile "çıkartına (menfaatine)" aykırı olarak kullanılması iki farklı olgudur. Bu iki olgu arasına yerleştirilmesi gereken sözcük "ve" değil "veya" olmak gerekir.

Aynı kararda benimsenen düşünceye göre, BK. m. 38 kapsamına doğrudan doğruya giren klasik yetkisizlik hallerinde ise, üçüncü kişinin kötüniyetli sayılması için çok daha ağır şartlar aranarak, onun yetkinin varlığı konusunda ciddi şüpheler duyması, yani ağır ihmalinin bulunması gerekir (Aynca bkz. yukarıda anılan *Schwtt*). Federal Mahkemenin, yetkisiz temsilcinin "bilerek ve isteyerek" temsil olunan aleyhine yetkisini kötüye kullandığı durumlarda, üçüncü kişiden çok daha fazla dikkat ve özen beklemesi (aynca, bkz. **Zach**, Art. 38, N. 20) yerinde değildir. Zira, üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmadığı onun biğdiği ve bilebilecek durumda olduğu olgulara göre değerdendirilebilir. Temsilcinin bilerek ve isteyerek yetkisini kötüye kullandığını bilen üçüncü kişi esasen iyiniyet iddiasında bulunamaz. Bunu bilmeyen üçüncü kişiden ise, tamamen temsilcinin iç dünyasında kalan, üstelik metinde (bkz. yukarıda N. 3) açıkladığımız gibi, yetkinin kötüye kullanılmış sayılması için bulunması zorunlu olmayan bir hususu hesaba katarak özen derecesini buna göre ayarlaması istenemez. (Aynca bkz. yukarıda not 9.) -Şu noktayı ekleyelim ki, Federal Mahkeme daha sonraki bir kararında (BGE 131.III.51 I; **Praxis**, 2006/6, s. 468 vd.) yukarıdaki düşüncelerini tekrar ettikten sonra, öğretime bu görüşün eleştirildiğine değinmiş, ancak inceleme konusu olayın özellikleri dolayısıyla, şimdilik bu meseleyi yeni baştan ele almayı gerekli görmemiştir.

- 13) **Becker**, Art. 32, N. 2; **Ennecerus/Nipperdey**, s. 1125, not 25. Aynca bkz. **Kutlu Sungurbey**, Yetkisiz Temsil, İstanbul 1988, s. 15.
- 14) **Scbramm**, MünchK.omm., § 164, N. 104a, 104b, 105; **Schott**, not 12'de age, s. 97.
- 15) Örnek olarak bkz. not 7'de anılan Hukuk Genel Kurulu karar ile Yarg. HGK. 18.9.1991, E. 1991/2-300, K. 1991/418 (**Özkaya**, not 3'de age, s. 693); 1. HD., 18.10.1991, E. 1991/12317, K. 1991/11703 (**Özkaya**, not 3'de age, s. 739). Bu kararlar, metinlerinde açıkça ifade edildiği üzere, **Esener'in** (Salahiyete Müstenit Temsil, Ankara 1961, s. 86 ve Borçlar Hukuku I, Ankara 1969, s. 255) açıklamalarını esas almaktadır.

= Yetkinin temsil olunanın imde beyanına (talimatına) aykırı düşen tarzda kullanılması, (aşağıda belirteceğimiz gibi) gerçekte temsil yetkisinin kötüye kullanılması olgusuna dahil değildir.

6

= Temsil yetkisi üçüncü kişinin iyiniyet iddiasında bulunmasına imkan vermeyecek tarzda "apaçık" kötüye kullanılmış olmalıdır. Bu nokta, sadece "iyiniyet" şartından sözcükten Yargıtay kararlarında yer almamaktadır.

- İkinci grupta yer alan çok sayıda kararda yer alan standart ifadeye göre vekaleten temsil yetkisi kural olarak vekalet verenin yararına kullanılmalıdır. Eğer, temsilci, "vekaletnameye dayalı temsil yetkisini kasten vekalet verenin zararına, kendisinin ya da iş ve elbirliği yaptığı saptanan başka birinin yararına kullandığı takdirde, yapılan işlem, temsil yetkisinin sınırları içinde kalmış olsa bile vekalet vereni (temsil olunanı) bağlamaz. Böyle bir davranışla vekil, vekalet görevini kötüye kullanmakta, yetkisini kötüye kullandığını bilerek vekil ile sözleşme yapan da hakkını kötüye kullanan kişi durumuna düşmektedir"¹⁶. Gerek bu kararlardan, gerekse bu kararları benimseyen veya bunlara göre uygulamada ortaya çıkan hukuki durumu açıklayan yazarlardan¹⁷ yararlanarak, ikinci grup Yargıtay kararları açısından, temsil yetkisinin kötüye kullanıldığı iddiası ile temsilci ile üçüncü kişi arasında yapılmış işlemin geçersizliğinin öne sürülmesinin aşağıdaki şartlara bağlı olduğu söylenebilir: a) temsilcinin temsil yetkisi bulunmalıdır; b) temsilci temsil olunanı zararlandırma kastı ile ve MK. m. 2'ye aykırılık oluşturacak biçimde hareket etmiş olmalıdır; c) Söz konusu kötüye kullanma sonucu temsil olunan maddi veya manevi bir zarara uğramış olmalıdır; d) vekil ile işlem yapan üçüncü kişi kötüniyetli olmalı, yani temsil yetkisinin kötüye kullanıldığını bilmeli veya bilebilecek durumda bulunmalıdır. Ne var ki, Yargıtayın, bazı kararlarında bununla yetinmeyip, temsilci ile üçüncü kişinin mutlaka iş ve elbirliği içinde hareket etmiş olmalarını da aradığı görülmektedir¹. Yüksek Mahkeme'nin görüşü aşağıdaki sebeplerden ötürü kabul edilemez:

16) Örnek olarak bkz. Yarg. 1. HD., 28.1.1993, E. 1993/13629, K. 1993/606 (**Özkaya**, not 3'de age, s. 719); HGK. 5.5.1993, E. 1993/1-79, K. 1993/195; (YKD. 1993/11, s. 1626).

17) Bkz. **Özkaya**, not 3'de age, s. 677 vd.; **Gümüş**, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001, s. 279 vd.

18) **Gümüş** (not 17'de age, s. 285) Yargıtayca benimsenen sistemi açıklayıp değerlendirirken "... müvekkile zarar verme kastının üçüncü kişide de bulunması gerekir. Üçüncü kişinin kötüniyetli olduğu her halde, söz konusu "el ve işbirliği" çok büyük ölçüde gerçekleşmiş varsayılır" demektedir. Bu anlayıştan çıkan sonuç, temsil yetkisinin kötüye kullanılması sebebiyle yapılan işlemin geçersiz sayıldığı bütün ihtimallerin "hileli anlaşma" kapsamına sokulması ve sadece "bir taraflı" kalan kötüye kullanma hallerinin dikkate alınmamasıdır. Gerçi, Yargıtay kararlarında bu anlayışı destekleyen örnekler bulunabilir. Gerçekten Yüksek Mahkemenin bir kararında (1. HD., 3.12.1991, E. 1991/4826, K. 1991/14034, **Özkaya**, not 3'de age, s. 735) "Bilindiği üzere, vekaleten temsil görevinin kötüye kullanıldığının kabulü için vekilin üçüncü kişi ile (somut olayda alıcı davalı ile) iş ve elbirliği yapması ve kasten (bilerek) vekalet verenin zararına hareket etmesi koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekir" dediği görülmektedir. Ne var ki, Yargıtayın birçok kararında durum farklıdır. Nitekim Yargıtay 1. HD., 24.6.1997 tarih ve E. 6554, K. 8750 sayılı kararında (**Özkaya**, not 3'de age, s. 712). "üçüncü kişi vekil ile çıkar ve işbirliği içerisinde ise veya kötüniyetli olup vekilin vekalet görevini kötüye kullandığını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa" diyerek iki farklı ihtimalin bulunduğunu yeterince açıklıkla belirtmiştir. Bunun gibi, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun yukarıda not 3a'da anılan kararında "üçüncü kişi vekil ile çıkar ve işbirliği içerisinde ise veya kötüniyetli olup vekilin vekalet görevini kötüye kullandığını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa" denilmek suretiyle yine iki ihtimal arasında fark gözetilmiştir. Herhalde kesin

= Duhn önce değindiğimiz gibi, öğretide hlkim olnn görülşç göre, temsil yetkisinin kötüye kullanılmış snyılması için temsil olunnnı zumrlındımmı knstı şöyle dursun, temsilcinin yetkisini kötüye kullımdığının bilincinde olunnsı dnhi ımmnnnz. Kıldı ki, bunıdn (doğrudan doğruya veya kıyas yolu ile) uygulanan hükilm hakkın kötüye kullunılmsını yasaklayan MK. m. 2/11 hükmüdür. Oysa, bu hüküm çerçevesinde, hnkkını kötüiye kullananın genci olamk kusurlu olması, özellikle de zarar verme kastı ile hareket etmesi (1 Ocak 2002'den önce yürürlükte olan MK. m. 2/11'nin zihinlerde knrışıklık ynmıtmıyn elverişli ifadesi ve Türk öğretisinde zaman znınan rastlanan değışik düşüncelere rağmen) hiçbir şekilde gerekmez. Özellikle 1 Ocak 2002'de yilrılrlılğen giren yeni MK. m. 2/11'nin, İsviçre'deki aslına uygun biçimde "Bir hakkın uçıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni konunaz" diyen ifadesi karşısında, böyle bir düşünce bundan böyle hiç ilei sürülemez¹⁹.

= Temsilcinin sadakat borcuna aykırı davranmış. yani kendisinin vcyn bir üçüncü kişinin çıkarlarına üstünlük tanıyarak temsil olunanın çıkarlırına açık biçimde ters düşen bir işlem yapmış olması yeterlidir²⁰. Yoksa, tazminat davnlanıdn olduğu gibi, znrrr hesapları yapılarak temsil olunanın uğradığı zarar miktarının tespit edilmesi söz konusu değildir. Nasıl gabin (sömünne) halinde (BK. m. 21) sadece edimler arasındaki açık nispetizliğin tespiti ile yetiniliyor, ayrıca bu yüzden sömürülenin ne kadar zarara uğradığını araştırmak gerekmiyorsa; burada da yapılacak iş, temsilcinin açık biçimde temel ilişkiden doğan sadakat borcuna ters düşen bir davnınış içine girerek, temsil olunanın (yerine göre maddi veya manevi) çıkarlarını MK. m. 2/11'nin uygulanmasını haklı gösterecek ölçüde çiğnemiş olup olmadığının incelenmesinden ibarettir: Nihayet, bu konuda uygulanan MK. m. 2/11 hükmü açısından, esasen zarar verme şartının bulunmadığını hatırlatınakta yarar vardır²¹. Ayrıca belirtelim ki, Yüksek Mahkemenin temsil yetkisinin

olan nokta şudur ki, üçüncü kişinin sadece temsilcinin yetkisini kötüye lallanamk temsil olunanı zarara soktuğunu bilmesi veya bilebilecek durumda olması, her zaman onun da bu konuda temsil olunana zarar vennek kastı ile hareket ederek temsilci ile işbirliği içine girdiği anlamını taşımaz.

- 19) Özellikle bkz. **Akipck/Akıntürk**, Türk Medeni Hukuku, Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku, 5. bası, İstanbul 2004, s. 195-196; **Oğuzman/Barlas**, Medeni Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 13. bası, İstanbul 2006, s. 194; **Zc, kli-ler/Acarbey/Gökyayla**, Medeni Hukuk, Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, 6. baskı, Ankara 1999, s. 182. -İsviçre öğretisinde de, MK. m. 2/11'nin uygulanabilmesi için zarar verme kastı aranmamakta ve tamamen objektif bir değerlendirme ile yetinilmektedir (**Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, s. 58; **Merz**, Art. 2 ZGB, N. 105). Bu görüş İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da benimsenmiştir (BGE 89.II.262).
- 20) Bkz. **Zach**, Art. 38, N. 20.
- 21) 1 Ocak 2002'den önceki dönemde, eski MK. m. 2/11'de yer alan "bir hakkın sırf gayri izrar eden suistimali" ibaresi dolayısı ile bu konu tartışmalıydı. "Zarar verme" veya hiç değilse "zarar venne tehlikesi yaratma" unsurunu zorunlu gören birçok yazar bulunmakla birlikte (örnek olarak bkz. **Tekinay**, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6. bası, İstanbul 1992, s. 172), diğer bazı yazarlar (örnek olarak bkz. **Oğuzman/Barlas**, not 19'da age, 8. bası, s. 173, 179; **Akyol**, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 1995, s. 20; **Özsunay**, Medeni Hukuka Giriş, 5. bası, İstanbul 1986, s. 321) yerinde olarak, kanunumuzu İsviçre Medeni Kanunundaki aslına göre anlamak gerektiğini belirtmek suretiyle böyle bir şarta yer venniyorlardı. Başkasına zarar vermekten hiç söz etmeyen yeni MK. m. 2/11 karşısında, mesele üstün tuttuğumuz ikinci görüş lehine çözüme bağlanmış bulunmaktadır (Ayrıca bkz. **Oğuzman/Barlas**, 13. bası, s. 195 ve not 301; s. 201-202). Bu yazarların isabetle belirttiği

vekalet verenin zararına kullanılmasından söz açarken, "zararına" deyimini teknik anlamda değil, "vekalet veren aleyhine, onun çıkarlarını çiğneyecek biçimde" anlamına gelmek üzere kullanmış olması da ihtimal dahilindedir.

= Bu gibi olaylarda MK. m. 2/II'nin uygulanması, sadece yetkisini kötüye kullanan temsilci açısından söz konusu olur. Yargıtay kararlarının bir bölümünde, temsilci ile işlem yapan üçüncü kişinin de hakkını kötüye kullandığından bahsedilmesi yerinde değildir.

2. Yaptırım (Müeyyide)

- 7 "Hileli anlaşma" halinde yapılan işlemin ahlaka aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz olacağını (BK. m. 20/1) daha önce belirtmiştik. Bunun dışında, sadece temsil yetkisinin kötüye kullanıldığı ve üçüncü kişinin de kötüniyetli sayıldığı durumlarda uygulanacak yaptırım ne olacaktır?

- Yargıtay kararlarında bu konuda genel olarak MK. m. 2'ye yollama yapılmakta, bazı kararlarda ise, çok ciddi bir yanılığa düşülerek, temsil olunana bir fesih (bozma) hakkı tanınmaktadır²². Oysa fesih, geçerli borç ilişkilerinin bir taraflı olarak ve ileriye doğru (*ex nunc*) hüküm doğurmak üzere sona erdirilmesi anlamını taşır. Burada ise bir geçersizlik yaptırımı söz konusudur.

- 8 - Bizce, durumu aydınlatabilmek için, MK. m. 2/II çerçevesinde hakkın kötüye kullanılması kavramından hareket etmek gerekir. Üstün tuttuğumuz anlayışa göre, bir hakkı kullanma imkanları o hakkın içeriğini de doğrudan doğruya belirler. Şu halde, belirli bir olayda bir hak kullanılamıyorsa, bundan hakkın içeriği de etkilenir. Bu sebeple, hak kötüye kullanıldığı vakit, *suf o olaydaki kullanıma ilişkin olmak üzere* hakkın sınırları aşmış olur. Hak özü itibarı ile ve tümü ile ortadan kalkmadığı için, (niteliği elverişliyse) başka (bu defa MK. m. 2ff'i'ye ters düşmeyen) kullanım imkanları ortadan kalkmış değildir. Ne var ki, kötüye kullanıldığı olay ile sınırlı kalmak üzere, sınırlan aşılardan yoksun kalınmıştır²³.

- 9 Bu açıklamalar karşısında, bakimin hakkın kötüye kullanılmasını re'sen (görevinden

gibi, "MK. 2/f. 2'nin yeni metni karşısında bu tartışma önemini yitirmiş, artık "zarar" veya "zarar tehlikesi" şartını aramanın hiçbir dayanağı kalmamıştır."

22) Örnek olarak bkz. Yarg. HGK., 5.5.1993, E. 1993/1-79, K. 1993/195, YKD. 1993/11, s. 1629. Aynı doğrultuda: **Özkaya**, not 3'de age, s. 679, 681. Anılan yazarın "fesih" yanında "sözleşmeden dönme" deyimine de yer verdiği görülmektedir ki, bu da yerinde değildir.

23) Bkz. **Merz**, Art. 2 ZGB, N. 28; **Deschenaux**, s. 148. Aynı doğrultuda olmak üzere, Alman Hukukunda da, kötüye kullanma yasağının haklara, hukuki durumlara, hukuki kurumlara ve hukuk normlarına içkin (immanent) bir içerik sınırlaması oluşturduğu, bu sebeple de hakkın kötüye kullanıldığını ileri sünenin bir defa değil itiraz olarak nitelendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir (**Jauernig/Vollkommer**, § 242, N. 33; **Palandt/Heinrichs**, 64.A., § 242, N. 96).

ötürü) gözününde tutabilmesini nçıklmnk için uygulanmınızda ınpıldığı gibi, mutlaka MK. m. 2'nin kanu düzenine ilişkin bir hüküm olduğu gerekçesine dnynmn 1.orunluluğu bulunmadığı görülür. Zirn, kötüye kullanılan hnkkın o olıy nçısından sınırları aşılmış ve bu şekilde bir haksızlık durumu meydana gelmiş bulunduğundan, bunun ileri sürülmesi bir defa değil, hakimın re'sen dikkate alınabileceği bir itiraz oluşturur⁴.

Yukarıdaki düşünceleri kötüye kullanılan temsil yetkisine uyguladığımız 10 vakit varılacak sonuç şudur: Temsil yetkisinin kötüye kullanılması halinde, sırf o olaydaki kullanıma ilişkin olarak bu yetkinin sınırları aşılmış ve bir yetkisiz temsil durwnu gerçekleştirmiştir⁵. O halde, bu gibi durumlarda kanunun yetkisiz temsile ilişkin hükümleri (BK. m. 38-39) uygulama alanı bulacak:ve temsilcinin üçüncü kişi ile yaptığı işlem askıda hükümsüz sayılacaktır⁶. Hiç kuşkusuz, temsil olunan icazet vennektan kaçınırsa askıda hükümsüzlük kesin hükümsüzlüğe dönüşecektir. Temsil olunan, verdiği yetkinin kötüye kullanıldığı iddiası ile ortaya çıktığı, örneğin işlemin hükümsüzlüğünü ileri sürerek bir dava açtığı vakit, onun bu tutumu ilke olarak BK. m. 38 çerçevesinde işleme icazet vermediği anlamını taşıyacak ve ayrıca kendisine kararını bildirmesi için bir mehil tayin etmeye gerek kalmayacaktır⁷.

il. Temsilcinin Temsil Olunan Tarafından Verilmiş Talimata Uymaması

1. Talimat Kavramı

1. emsil olıan., a:ca lanndaki temel ili şkiye dayanarak, temsilciye temsil yetkisinin kullanılmasına ilişkin emir ve direktifler verebilir. Burılaralali- 11
mat denır⁸. Burad, il olÜlailiil bir taraflı-ve ar'inası gereklirade

24) Bkz. **Merz**, Art. 2 2GB, N. 99.

25) Şu halde, başka olaylarda da kullanılması mümkün bir yetki belgesine sahip olan temsilcinin temsil yetkisi, özü itibarı ile son bulmuş değildir. O, örneğin, temsil olunanın bir taşınmazını çok düşük bedelle kötünietli bir üçüncü kişiye sattığı zaman, sadece o olay bakımından yetkisiz sayıldığı için, daha sonra bir başka olayda, esas itibarı ile süregelen temsil yetkisine dayanarak ve bu defa MK. m. 2/II'nin kapsamına girmeksizin, bir diğer işlemi temsil olunan adına geçerli olarak yapabilir.

26) Öğretide hayli yaygın biçimde kabul edilen bu görüş için bkz. **Zach**, Art. 38, N. 14; **Koller**, I, 2.A., § 19, N. 2; **Köhler**, 28.A., § 11, N. 63; **Palandt/Heinrichs**, 64.A., § 164, N. 14b; **Medicus**, AT, N. 967; **Flume**, § 45, II, 3, s. 789. -Meselenin yetkisiz temsile ilişkin BK. m. 38 hükmü çerçevesinde karara bağlanması bir Yargıtay kararında da kabul edilmiştir (Yarg. 1. HD., 29.1.1986, E. 1986/15131, K. 1986/540, **Özkaya**, not 3'de age, s. 761). Şu var ki, kararda varılan sonuç, karara konu olan olayın özellikleri ile uyum halinde değildir. Gerçekten, olayda vekilin, üçüncü kişi ile el ve işbirliği içerisinde hareket ettiği, yani bir hileli anlaşmanın söz konusu olduğu anlaşılmaktadır. Hileli anlaşma halinde ise, BK. m. 38 hükmüne başvurmak gereği kalmaksızın, yapılan işlem ahlaka aykırılık (BK. m. 20/1) sebebiyle kesin hükümsüz olur.

27) **Köhler**, 28.A., § 11, N. 63.

28) Talimat daima emredicidir. Bu sebeple, "emredici olmayan" talimat tiplerini içeren ayırımlar yerinde olmadığı gibi, "emredici talimat" deyiimi de, emredicilik esasen talimat

beyanı ile verilen direktifler söz konusudur²⁹. Örneğin, temsil olunan, temsilciden taşınmazını hiçbir zaman belirli bir miktarda (örneğin 100.000 TL) bir jüyattan satın almasını veya aşınmazı dilediği ("İlgisiz satınakta ...serbest olmakla birlikte, onun Ü aalı ışıye satılmasını kesinlikle istemediğini belirtebilir. Özetle, belirli bir tutarın altında satışa izin verilmemesine uygulamada çok sık rastlanır. Bu gibi durumlarda, temsilcinin elinde dilediği bedelle satış yapabileceğini ifade eden, yani onu bu konuda tam yetkili kılan bir yetki belgesi (vekaletname) vardır. Ne var ki, genellikle bir vekalet sözleşmesi biçiminde kendini gösteren temel ilişkiye dayanarak, temsil olunan temsil yetkisinin kullanılmasını yetki belgesine yansıtmamış bir talimat ile sınırlandırmıştır. Satıcının neden dolayı bu şekilde hareket ettiğini anlamak zor değildir. Talimat ile getirilen sınırlamayı içermeyen bir yetki belgesi temsilciye sözleşme görüşmelerinde büyük bir serbesti ve kolaylık sağlar. "Hiçbir şekilde 800.000 liranın altına düşülmeyecektir" biçimindeki bir talimat yetki belgesinde yer alsaydı, temsilcinin bu miktarı aşan bir fiyat verecek alıcı bulması hemen hemen imkansız olurdu³⁰. Talimat temsil olunca her zaman geri alınabilen veya değiştirilebilen bir beyan olduğu için³¹, başta üç taşınmazının satışına ilişkin olarak temsil yetkisi veren temsil olunanın, sonradan vereceği bir talimatla, şimdilik bunlardan sadece bir tanesinin satışına izin verdiğini açıklaması da³² buraya girer.

2. Temsilcinin Talimata Uymadan İşlem Yapmasının Hukuki Sonucu

- 12 Bu konuyu aydınlığa kavuşturabilmek için önce şu sorunun cevabını vermek **gerekir**: Acaba, temsil yetkisinin kullanılmasına ilişkin olarak verilen talimat doğrudan doğruya temsil yetkisini sınırlayıcı bir etkiye sahip midir? Mesele tartışmalıdır: İki görüş birbiri ile çarpışmaktadır:

-*Birinci görüşe göre* talimat sadece *temel ilişki* ile (şu halde bir vekalet sözleşmesine dayalı olarak temsil yetkisi verilmişse yalnız vekalet sözleşmesinin doğurduğu borç ilişkisi ile) ilgili bir kavramdır. Bunun *temsil yetkisi üzerinde doğrudan doğruya bir etkisi* yoktur. Bir kimse bir taşınmazı dilediği fiyata satması için yetkilendirildikten sonra, kendisine hiçbir zaman 800.000 lira altına inilmemesi talimatı verilirse, bununla temsil yetkisi sınırlanmış

kavramının içinde yer aldığı için kullanılmamalıdır. (Fellmann, Art. 397, N. 57). Temsil olunanın "tavsiye", "rica" ve benzeri bağlayıcı olmayan beyanları talimat kavramının dışında kalır (Hofstetter, s. 103).

- 29) Fellmann, Art. 397, N. 20; Hofstetter, s. 101. Şurasını ekleyelim ki, Borçlar Kanunumuzda vekalet sözleşmesinde talimat ile ilgili açık hüküm vardır (BK. m. 389). Ayrıca bkz. istisna (eser) sözleşmesi-ile ilgili olarak BK. m. 361.

- 30) v. Büren, s. 153-154; v. Tuhr/Peter, § 42, not 43.

- 31) Hofstetter, s. 101-102; Weber, Basler Komm., Art. 397, N. 4.

- 32) Bu örnek için bkz. Oğuzman/Öz, 4. bası, s. 177, not 600.

olmaz. Taşınmaz, temsilci tarafından 600.000 liraya satıldığı vakit işlem geçerlidir. Sadece, talimata uymak borcu altında bulunan temsilciden, bu borca aykırı davranmasından ötürü temel ilişkiye (verdiğimiz örnekte vekalet sözleşmesine) dayanarak tazminat istenebilir. Bu görüşte olan ve çok ileri giden bazı yazarlara göre, üçüncü kişi, temsilcinin talimata aykırı hareket ettiğini bilse, yani kötüniyetli olsa bile sonuç değişmez, yapılan satış işlemi geçerliliğini korur. Bu kuralın tek istisnası, onlara göre, temsilci ile üçüncü kişinin temsil olunan aleyhine işlem yapmak üzere kasıtlı bir işbirliği içine ginneleri, yani bir hileli anlaşma yapmaları halidir³³.

Yukarıda açıklanan görüş şu bakımdan çok ileri gitmektedir ki, talimat sırf temel ilişki ile ilgili sayılsa bile, bundan (menfaatler durumuna hiç uymayan biçimde) kötüniyetli üçüncü kişilerin de korunacağı sonucunu çıkarımayı zorunlu kılacak herhangi bir hukuki dayanak gösterilemez, bir başka anlatımla hukuk dogmatığı böyle bir sonucu empoze etmez³⁴. Kaldı ki, Federal Mahkeme, bir yandan talimatı sırf iç (temel) ilişki ile ilgili sayarken, öbür yandan talimatı bilerek veya bilmesi gerekerek işlem yapan kötüniyetli üçüncü kişileri korumayı reddetmiştir³⁵. Alman Hukukunda da, genellikle talimat sırf temel ilişki çerçevesinde ele alınmakta, fakat üçüncü kişi kötüniyetli ise işlemin geçerli olamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır³⁶. Temsilcinin iç ilişkide verilmiş talimata aykırı davrandığını bilen veya bilmesi gereken kötüniyetli üçüncü kişileri korumayan bu son anlayış, aşağıda ayrıca belirtileceği üzere, talimata aykırı davranmanın temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının özel bir çeşidi olarak nitelendirilmesine dayanmaktadır.

- Üstün tutulması gereken ve halen İsviçre öğretisindeki çoğunluk tarafından benimsenen *ikinci görüş* açısından durum şöyledir: Temsil olunan, temsilciye verdiği bir talimat ile "800.000 liradan aş ağ³⁷ya scettq'ıflyacaksın" veya "Üôfşınôaısterğ in ·seyesatabıfusııf se³⁸!1de bir talimat verdiği zaman: bu talimat sade c³⁹ t⁴⁰efl.eO⁴¹iS.R.io"figljıııv.clıJlfJem.şı!f.ııı Jalin:ıı!ta uygun davranmak yükümlülüğü altına şoJçmal9⁴² k⁴³lm⁴⁴z dgğrudad⁴⁵ gğruya temsil yetkisi üierinde de etkili olarak, bu y etkil' if!:...ıq!im,qt ç.ör ç.evesinde sınır/an-••dirılması sonucunu doğurui--s⁴⁶. Gerçekten, verdiğimiz örneklerde, temsil

33) v. **Tuhr/Peter**, § 42, 3, s. 362; **Tunçomağ**, s. 416; **Engel**, s. 388. Yargıtay da, bir kararda bu görüşü benimsemiş ve sırf temel ilişki ile ilgili saydığı talimata aykırı işlemlerden ötürü "vekaletin kötüye kullanılması sebebine dayalı tapu kaydının iptali davasının dinlenemeyeceği" sonucuna varmıştır (Yarg. 1.HD., 5.11.1990, E. 1990/11096, K. 1990/12530, **Özkaya**, not 3'de age, s. 744. **Karabasan**, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, cilt 2, İstanbul 2002, s. 1019'da, aynı içerikte bir kararın tarihini 1 992, esas no.sunu ise 11066 olarak belirtmektedir).

34) Bkz. **Koller**, I, 2.A., § 18, N. 10.

35) BGE 77.II.142 vd.

36) Örnek olarak bkz. **Köhler**, 28.A., § 11, N. 63; **Larenz/Wolf**, 9.A., § 46, N. 139 vd.

37) **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 1443; **Koller**, I, 2.A., § 18, N. 9, 10; **Bucher**, AT, s. 607, not 34, s. 617-618; **Keller/Schöbi**, s. 84; **Gautschi**, Art. 397, N. 9a, b; **Watter**, Basler

yetkisini sınırlamak isteyen temsil olunan da, bu iradesini aynen yukarıya geçirdiğimiz biçimde ("800.000'den aşağıya satmayacaksın" yahut "Ü dışında istediğin kimseye satabilirsin" diye) ifade edecekti. Bu gibi durumlarda, bu ilci hali birbirinden ayrınak ve "verilen talimat sırf iç (temel) ilişkiye yöneliktir" veya "bununla aynı zamanda temsil yetkisi de sınırlandırılmıştır" biçiminde kesin bir sonuca varmak hemen hemen imkansız sayılacak ölçüde zordur. Bu yüzden, aksi anlaşılmadıkça, temsil olunanın bu yoldan hem temsilciyi temel ilişki açısından yükümlülük altına sokan, hem de temsil yetkisini sınırlayan bir beyanda bulunduğunu kabul etmek daha isabetli olur. Böylece talimatın sırf iç ilişkiye ilişkin olarak mı verildiği, yoksa dış ilişki üzerinde de etkili mi olduğu konusunda karşılaşılabilecek büyük ispat zorluklarına yer kalmaz.

- 14 Benimsediğimiz görüş çerçevesinde aşağıdaki ihtimalleri ayrı ayrı ele almak gerekir:

- Temsil olunan temsilciye verdiği temsil yetkisini yetkilendirme sırasında veya daha sonra verdiği talimat ile sınırlandırmıştır. Şu var ki, temsil yetkisi hiçbir şekilde temsil olunanca üçüncü kişiye bildirilmemiş, temsilcinin eline bir yetki belgesi (vekaletname) verilmemiş, kısaca bu yetki sadece temsil olunan ile temsilci arasında bir "iç temsil yetkisi" olarak kalmıştır. Temsilcinin üçüncü kişi ile yaptığı işlemde, talimatın sınırları dışına çıkmışsa, bu işlem ister istemez yetkisiz temsil hükümlerine göre (**BK. m. 38**) geçersiz olur. Üçüncü kişinin iyiniyetli olması durumu kurtarmaz, zira Federal Mahkemenin de yerinde olarak işaret ettiği gibi³⁸, temsilciden bir yetki belgesi (vekaletname) göstermesini dahi istemeden, sırf onun "Ben tam yetkili temsilciyim" sözüne güvenerek işlem yapan üçüncü kişi, bütün riskleri üzerine almış olmasının sonuçlarına katlanmak: zorundadır. Temsil olunanca üçüncü kişiye hem temsil yetkisinin, hem de bu yetkiyi sınırlayan talimatın bildirilmediği bu gibi durumlarda, temsil yetkisinin kapsamı sa-

Komm., Art. 33, N. 13; **Zach**, Art. 33, N. 106; Art. 38, N. 12; **Weber**, Basler Komün., Art. 397, N. 13; **Fellmann**, Art. 397, N. 26; **Hofstetter**, s. 105-106 ve not 83. -Yeni Türk öğretisinde de eğilim, talimatın aynı zamanda temsil yetkisini de sınırladığı görüşüne üstünlük tanımak şeklindedir (Bkz. **Eren**, 9. bası, s. 403; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 178; **Tandoğan**, II, s. 441, 446-447). -Şu noktayı ekleyelim ki, talimatın doğrudan doğruya dış ilişkide etkili olarak temsil yetkisini sınırlayabilmesi için, metinde verdiğimiz örneklerde olduğu gibi "sınırları açık biçimde çizilmiş bir talimat" olması gerekir. Buna karşı, örneğin "elde edebileceğiniz en iyi fiyata satacaksınız" şeklindeki bir talimatta bu nitelik bulunmadığından, sadece taraflar arasındaki temel ilişki çerçevesinde kalan böyle bir talimat temsil yetkisini sınırlayamaz (Bkz. **Chappuis/Diitwyler**, Titre de procuration: La protection de la bonne foi selon les art. 33, 34 et 36 CO, Sem. Jud. 109, 1987, s. 251). Bu durumda, mal, temsilci tarafından çok ucuza elden çıkarılırsa, mesele temsil yetkisinin kötüye kullanılmasına ilişkin genel ilkeler çerçevesinde çözüme bağlanır.

38) BGE 99.II.42. Ayrıca bkz. **Zich**, Art. 33, N. 107.

dece temsil olunan A ile temsilci T arasındaki iç temsil yetkisinin içeriğine göre belli edilir.

- Uygulamada en çok karşımıza çıkacak ihtimalde ise, temsil yetkisi ve bunun kapsamı temsil olunan tarafından, hiç değilse temsilci tarafından ibraz olunan bir yetki belgesi (vekaletname) sayesinde üçüncü kişiye bildirilmiş, bu yoldan "dış temsil yetkisi" olgusu gerçekleşmiştir. Buna karşı, söz konusu yetkiyi sınırlayan talimat temsil olunan tarafından üçüncü kişinin bilgisine ulaştırılmamıştır, yani yetki belgesinde yer almamaktadır. Bu durumda, sonuç üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmamasına göre değişecektir:

= Sınırlayıcı talimat *temsil yetkisi ile birlikte* verilmişse, yani temsil yetkisi daha baştan sınırlı bir yetki niteliğini taşıyorsa, BK. m. 33/II hükmü uygulanır ve temsil olunan iyiniyetli üçüncü kişilere karşı onların bilgisine sunmadığı sınırlayıcı talimata dayanamaz³⁹.

= *Temsil yetkisi* geniş kapsamlı olarak verilip temsil olunanca *üçüncü kişiye bildirildikten sonra*, verilen bir talimatla bu yetki sınırlandırılmışsa, BK. m. 34/III hükmü devreye girecek ve bu sınırlandırmayı (kendisince bilinebilen) iyiniyetli üçüncü kişilere bildirmeyen temsil olunan, onlara karşı başta verdiği geniş kapsamlı temsil yetkisi ile bağlı tutulacaktır⁴⁰.

Yukanda sözünü ettiğimiz her iki ihtimalde de, üçüncü kişi iyiniyetli değilse, yani talimatla getirilen sınırlamayı bildiği veya bilebilecek durumda olduğu anlaşıyorsa, doğrudan doğruya yetkisiz temsil hükümlerine (BK. m. 38-39) göre hareket edilecektir.

3. Tali.mata Aykırı İşlemler Temsil Yetkisinin Kötüye Kullanılmasının Özelllll-ç;şidi Sayılabilir mi? ◆

Bu soruya verilecek cevap, yukarıdaki açıklamalarımızdan anlaşılaçağı 1S gibi, talimatın doğrudan doğruya temsil yetkisi üzerinde etkili olup olmadığı yolundaki tartışmada varılacak sonuca bağlıdır. Gerçekten,

- Bazı hukuk ular, bir Federal Mahkeme karan ve Yargıta , temsilci-nin ke!)disi:ie veril◆ talimata ◆Y◆- a':◆◆asını tem◆1 et!Q.S.,aj ◆kötüye kullanılması halinin özel bir çeşidi olarak ele almaktadır . Bu görüşte olan-

39) Bkz. yukarıda§ 46, N. 10 vd.

40) Bkz. yukarıda§ 48, N. 42 vd.; 50 vd.

41) **Ennecerus/Nipperdey**, s. 1125; **Kutlu Sungurbey**, not 5'de age, s. 13; **Tanriver**, Noterlik Açısından Vekalet (Temsil), 2. baskı, An.kara 2001, s. 83; BGE 77.11.143-144; **Esener**, not 15'de anılan "Temsil", s. 86. Bu yöndeki Yargıtay kararlarına örnek olarak bkz. yukarıda not 7'de anılan Hukuk Genel Kurulu karan. -**Tanriver**, **Esener** ve Yargıtayın, dış temsil yetkisinin temsil olunanın "irade beyanına" aykırı kullanılmasından

lann bir bölümünün ifadesi ile, talimata aykırı davranma temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının bir görünüş biçiminden ibarettir.

Bizce, bu görüş, ancak talimatın sadece temel ilişki üzerinde etkili olup, temsilciyi bwa uygun hareket etmek borcu altına soktuğu; buna karşı, dış ilişkide temsil yetkisinin talimat yolu ile sınırlanmasının söz konusu olmadığı kabul edildiği takdirde savunulabilir. Bu anlayış çerçevesinde, *talimata rağmen dış ilişkide tam yetkili kalan temsilcinin* kendisine verilen talimatı çiğneyerek üçüncü kişi ile yaptığı işlemi geçersiz sayabilmek için, son çare olarak (kötüniyetli üçüncü kişi aleyhine) MK. m. 2/II'ye, yani temsil yetkisinin kötüye kullanılması kavramına başvurmadan başka yapılacak bir şey kalmamaktadır.

- 16 -]'_?l_imatın sadece temel (iç) ilişkide temsilciyi buna uygun davranmak borcu altına sokmakla kalmayıp, *doğrudan doğruya temsil yetkisini de sınırladığı* y(?lundaki (bizim üstün tuttuğumuz) görüş açısından durum çok farklıdır. Bu esastan hareket edince, talimat sonucu temsilcinin temsil yetkisi temsil olunanın iradesi ile sınırlandırılmış olup, artık buna (temsilcinin temsil olunanın çıkarlarına açıkça ters düşen sonraki davranışlarında olduğu gibi) MK. m. 2/II'ye dayalı temsil yetkisinin kötüye kullanılması yasağı aracılığı ile bir sınırlandırma getirme gereği kalmamıştır. O halde, bu gibi durumlarda, temsil yetkisini kötüye kullanmanın özel bir çeşidinden bahsedilemez. Karşımızda (üçüncü kişinin iyiniyetinin korunmadığı ihtimallerde) basit bir yetkisiz temsil durumu vardır⁴². Bu sebeple, üçüncü kişinin iyiniyeti sayılabiliip sayılamayacağı araştırılırken genel kurallar uygulanır, yoksa temsil yetkisinin kötüye kullanılmasında olduğu gibi "apaçık olma" veya "ağır ihmal" kriterleri esas alınmaz.

- 17 .!2YnmLgenellikle böyJ.9lm!s!a beraber, şu ihtimali d?den kaçır-
mamak gerekir: Bir olayda, temsilci kendisine verilen talimatın dışına çık-
--fıgılfalde:oö'yle bir talimatın **varlığı** yaiufüç-üncü kişinin bu talimatıbildi-
giveyal,ilmesi gerektiği ispa edilegu;Y.ebjli:.. Buna rağmen, talimata aykırı
davranan temsilci ofayda apaçık biçimde mtemsil olunanın çıkarlarına aykırı
rı bir işlem yapmışsa (örneğin bir malın o tarihteki gerçek değerine uygun

bahsederken "talimata aykırılık" halini kastettikleri açıktır. Ne var ki, anılan yazarların ve Yargıtayın, kötüye kullanma halinde yetkinin temsil olunanın irade "beyanına ve menfaatine" aykırı olması gerektiğini ileri sürmeleri (bizim katılmadığımız kendi görüşleri açısından) isabetli olmaktan uzaktır. Zira, bu ifade tarzından, yetkinin kötüye kullanılmış sayılması için, her defasında bir talimata aykırı davranma şartı aramak gerektiği sonucuna varılır ki, bu, kabul edilemez. Sadece temsil olunanın "menfaatine (çıkarlarına)" aykırılık yetkinin kötüye kullanılması olgusunun gerçekleşebilmesi için yettiğine göre, bu görüş açısından, "irade beyanına veya menfaatine" denmeliydi. (Aynca bkz. yukarıda N. 5).

42) Özellikle bkz. **Zich**, Art. 38, N. 12, 22; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1443.

biçimde hiçbir şekilde 900.000 liranın altında bir bedel ile satılmaması talimatı verildiği halde, elindeki bu sınırlamayı içermeyen yetki belgesine dayanan temsilci, talimatı bilmeyen ve bilmesi de beklenemeyecek olan üçüncü bir kişiye bunu 300.000 liraya satıyor), olayda "talimata aykırılık" yanında "temsil yetkisinin kötüye kullanılması" olgusunun şartları da aynı zamanda gerçekleşmiş olduğundan, dosyadan anlaşılan hakkın kötüye kullanılmasını re'sen (kendiliğinden) göz önünde tutabilen hakim, bu defa, davacı tarafından açıkça ileri sürülmemiş dahi olsa, temsil yetkisinin kötüye kullanılmış olmasına dayanarak işlemin BK. m. 38 gereği hükümsüz olduğu sonucuna varabilir. Gerçekten, talimata aykırı davranışı bilmediği ve bilebilecek durumda bulunmadığı için bu açıdan iyiniyetli sayılan üçüncü kişi, ilk bakışta göze çarpan çok düşük satış bedeli dolayısı ile temsil yetkisinin kötüye kullanıldığını apaçık anlayabilecek durumda olduğundan, yetkinin kötüye kullanılmış olması yönünden iyiniyet iddiasında bulunamaz. Buna karşı, aynı olayda, temsilci talimattan ayrılarak satışı 890.000 lira üzerinden gerçekleştirmiş, ancak talimatın üçüncü kişi tarafından bilindiği veya bilinebilir olduğu ispat edilememiş olsaydı, "apaçık" temsil olunan aleyhine bir işlem yapılmamış olduğundan üçüncü kişinin iyiniyeti korunacak ve bu defa temsil yetkisinin kötüye kullanıldığı gerekçesi ile işlemin geçersizliğinden söz açmak mümkün olamayacaktı.

Bazı yazarlarca⁴³ ve konuya ilişkin Yargıtay kararlarının bir bölümünde⁴⁴ temsil yetkisinin "amaca aykırı olarak kullanılması" ile yetkinin kötüye kullanılması kavramı içinde teatıl aktad; a a a ;yknlık için, bir Federal Mahkeme kararından⁴⁵'esin; nerek şöyle bir örnek verilebilir: Temsilciye (gayet iyi bildiği veya güven ilkesi uyarınca bilebilecek durumdaki Taüguoçirnde) sırf bazı taşınmazların satılması için verileri, ancak bu sınırlamayı açık biçimde belirtmeyen geniş kapsamlı bir vekaletnameye dayanılarak temsil olunanın bir bankadaki parası üzerinde tasarruf edilmesi, hiç kuşkusuz temsil yetkisinin verilış-amacınui-sınırlan dışına çıkmak anlamını taşır. Şu var ki yetkinin verilış amacı, (tıpkı talimatta olduğu gibi) daha baştan verilen yetkiye bir sınır çizdiği için, bu sınırın aşılması halinde yetkinin kötüye kullanılmasına ilişkin çözüm değil, yukarıda talimata aykırılık sebebiyle belirttiğimiz esaslar uygulanır⁴⁶. Gerçi, "talimat" ve "yetkinin verilış amacı" aynı şey değildir. Talimat, talimat verende bir beyan

43) Örnek olarak bkz. **Enneccerus/Nipperdey**, s. 1125.

44) Örnek olarak bkz. Yarg. 13. HD., 25_6.1992, E. 4372, K. 5728 (**Özkaya**, not 3'de age, s. 725). Karara göre "... Selahiyetin verilış amacına göre kullanılması istenebilir. Vekilin bu sınırlama ve amaca aykırı olarak vekil eden aleyhine bir işlem yapmasında da vekalet görevinin kötüye kullanılmasından söz edilir".

45) BGE 112.11.450.

46) Bkz. **Ziich**, Art. 38, N. 23.

iradesinin bulunmasını gerektirir. Temsil olunanın, beyan iradesi olmaksızın dış dünyaya yansıyan davranışları⁴⁷ temsil yetkisinin (güven ilkesinin ışığında temsilci tarafından anlaşılabilir tarzda) belirli bir amaçla sınırlı olarak verildiğini gösteriyorsa, artık bir talimattan söz edilemez⁴⁸. Ne var ki, her iki halde de, temsil yetkisi temsil olunan tarafından daha baştan sınırlandırılarak verildiği için, talimata aykırılık için öngörülen çözümlerin, yetkinin amaca aykırı biçimde kullanılması halinde de uygulama alanı bulması yerinde olur.

III. Temsilcinin Başkasının Adı Altında İşlem Yapması

- 19 Burada karşımıza İsviçre-Türk Hukuklarında pek fazla üzerinde durulmayan, buna karşı Alman Hukukunda derinlemesine incelenmiş ve büyük tartışmalara yol açmış bir mesele çıkıyor: Normal temsil ilişkisinde, J.:emsilci T. işlem yaptığı üçüncü kişi Ü'nün karşısına, kendisine A tarafından verilmemiş temsil yetkisin-e dayanarak "Ben A adını ahareket ediyorum" diye çıkar. Oysa, şimdi incelediğimiz ih-fipal_e_durumfa_klıdır: T, Ü'ye, Jl. adına Tiareket ettiğini söylememekte, tam tersine "Ben A'yı" diyerek A adını, - şu halde kendisini A olarak tanıttığına göre, görünüşte "kendi adına" işlem yapmaktadır⁴⁹.
- 10 Konunun incelenmesine geçmeden daha baştan bir kenara bırakılması gereken bir ihtimal vardır: T, kendisini A olarak takdim ederken, herhangi bir şekilde A'yı bağlamak istememiş ve *sırf kendi kimliğini gizlemek için* bu yola başvurmuş olabilir. Öğretide, bunun en güzel örneği olarak şu ihtimal gösteriliyor: Yürürlükteki me:v_t gereği kimlik kartım ibraz etmesi gerekmeyen bir 7111<ede;bir Öfel müşterisi T, sırf gerçek kimliği bilinmesin diye, A diye herhangi bir isim uyduruyor ve bu ad altında rezervasyonunu yaptıırıp-otel resepsiyonunda bilgi formunu dolduruyor. Bu ihtimalde; müşterinin hangi ad altında sözleşmeyi yaptığı hukuken hiçbir önem taşımaz. Zir sçleşmenin her_ik:Uar.afı-da,hukukf-i.tişldnin..fizikse_lY.aJ:llğul.flbizzat otele gelip yerleşen kişi olan Tile kurulduğu hususunda tam bir görüş bir-7i_!ff.li_dedi?5°_-----

Bunun dışında kalan hallerde, meselenin çözümünde esas alınacak ilke şudur: Konuya, kendisini A olarak tanıtan T ile işlem yapan üçüncü kişi Ü açısından bakılacak ve onun kurulacak ilişkinin karşı tarafım bireyselleşti-

47) Bkz. yukarıda § 14, N. 4.

48) Fellmann, Art. 397, N. 67.

49) Medicus, AT, N. 908.

50) Medicus, AT, N. 907. Ayrıca bkz. Larenz, Verpflichtungsgeschäfte "unter" Fremden Namen, in: Das Deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts, Festschrift für Heinrich Lehmann. I. Band, 1956, s. 237.

rip belirlemek açısından, olayın bütün hal ve şartları göz önünde tutularak, kullanılan *adı* mı yoksa karşı tarafın yani T'nin *şahsını* (fiziksel varlığını) mı esas alması gerektiği güven ilkesi açısından incelenecektir.

Biz, öğretilerdeki açıklamalardan yararlanarak konuyu aşağıdaki ayrımlar çerçevesinde inceliyoruz.

1. Karşı Karşıya Olan Kişiler Arasında

a. A'nın Adını Kullanarak T'nin Sözleşmeyi (e) f'ldisi İçin İstedığı Durumlarda

Karşı karşıya olan kişiler arasında kurulan sözleşmelerde ilke olarak, karşı tarafın kimliğini belirleyen husus onun *fiziksel varlığıdır*. Şu halde, ---irerrdittirA olarak tanıtan T, Ü fi ekarşı karşıya gelip bir sözleşme yaptığı zaman, borç ilişkisi *Ü ile T arasında kurulur*. İstisna olarak, *T'nin kullandığı F ad, Önun Ü karşısında kimliğini belirler; le; ed, fiziksel varlığına nazaran daha ağır basıyorsa*, sözleşme Ü ile A arasında kurulmuş sayılacaktır⁵¹. Durumu şu örneklerle açıklayabiliriz⁵²:

= Satıcı Ü ile karşı karşıya gelen T kendisini, belki de gerçekte hiç mevcut olmayan ay-- onya esnandan (Afunet Akın) olarak tanıtır. Ü, 6ii-isımae lamseyi tanımamaktadır ve "Konya esnafından" açıklaması onun zihninde A'yı eoffrli ve somut bir-kişilik olarak bireyselleştirip tasavvur etmesine imkan verecek bir nitelik taşımamaktadır. Bu durumda sözleşmenin karşı tarafı, fiziksel varlığı ile Ü'nün karşısına çıkan T'ye göre belirlenir ve sözleşme Ü ile T arasında kurulur.

= Ü'nün elindeki çok değerli bazı sanat eserlerini satılığa çıkardığını öğrenen ve bu tip eserlerin ticaretini yapan T bunları ele geçirmeye kararlıdır. Ne var ki, Ü, bu eserleri sadece onları satışa çıkarmadan muhafaza edecek gerçek bir koleksiyoncuya satmak istemektedir. Bu durumda, bunları, mesleği gereği hemen yüksek fiyatla piyasaya sürmeye hazırlanan T'nin Ü karşısında hiç şansı yoktur. Bu engeli aşmak için, T, Ü'yü ziyaret edip, kendisini ülkenin en ünlü sanat eseri koleksiyoncularından A olarak tanıtır ve A'yı şahsen tanımayan Ü'nün, onu A sanıp söz konusu sanat eserlerini kendisine satmasını sağlıyor. Bu örnekte, T'nin adını kullandığı A, ülkede sanat eserleri ile meşgul olan herkesin kimliğini çok iyi bildiği bir kişidir ve T, Ü'nün karşısına A'nın adı altında çıktığı vakit, Ü'nün zihninde karşısına gelen kişinin kimliğini belirleyen husus, onun fiziksel varlığından

51) **Larenz/Wolf**, 9.A., § 46, N. 54 vd.; **KozioJ/WeJser**, s. 178. Ayrıca krş. **Bucher**, AT, s. 641.

52) Bu konuda aşağıda verdiğimiz örnekler, esas itibarı ile **Larenz'in** not 50'de anılan makalesine dayanıyor (s. 237, 238).

çok kullandığı addır. Gerçekten, Ü elindeki sanat eserlerini T'ye, sırf onu A olarak görüp kabul ettiği için satmaktadır. O halde, bu, örnekte, sözleşme Ü ile T arasında değil, fakat Ü ile A arasında kurulmuş sayılacaktır⁵³. Derhal belirtelim ki, hakim olan görüşe göre, *başkasının adı altında yapılan sözleşmelerde, sözleşmenin karşı tarafını belirlemede kullanılan ada üstünlük tanındığı vakit, Borçlar Kanunu 'nın temsile ilişkin hükümleri kıyas yolu ile uygulanır*⁵⁴. Olayımızda, A'nın adını kullanan T'nin A'yı temsil yetkisi yoktur. Bu durumda yetkisiz temsile ilişkin BK. m. 38-39 hükümleri kıyas yolu ile uygulanacak ve A dilerse, icazet vermek suretiyle, kendisi ile Ü arasında kurulmuş sayılan sözleşmenin hüküm doğurmasını sağlayabilecektir. A icazet vermediği takdirde, sözleşmedeki hükümsüzlük kesinleşecek ve Ü, BK. m. 39 hükmüne göre T'den tazminat talep edebilecektir.

a. A'nın Adı Altında Hareket Eden T'nin Sözleşmeyi Kendisi Değil Doğru Olarak A'ya A-İçin İsteddiği Durumlarda

- 22 Normal olarak, temsilci sıfatı ile A içiD bir işlem yapmak isteyen kişi bunu A adına yapar. T, A'nı temsil [Si] olarak değil de, "Ben A'yım" diye ortaya çıktığı ve senedin altını doğru dan doğruya A'nın adı ile imzaladığı vakit nasıl hareket edilecektir?⁵⁵.

Daha önce belirtmiş olduğumuz gibi, Alman Hukuku öğreti ve uygulamasında hakim olan görüşe göre, yetkili temsilci bu sıfatını açıklayarak yaptığı işlemde, sözleşmenin altını (temsil ilişkisini belirtmek suretiyle kendi adı ile imzalayacak yerde) temsil olunanın adını kullanarak imzalarsa, işlem geçerli sayılmaktadır⁵. Olayımızda ise, T, temsilci sıfatını gizleyip "Ben A'yım" diye ortaya çıktığı için...durum biraz farklıdır. Alınan Öğretisinde, hiç değilse şu ihtimalde, bu şekilde gerçekleşen işlemin geçerli sayılabileceği ileri sürülmüştür: Yetkili temsilci T, işlemi gerçekten A içi yapmak istediği ve bu iradesini onun adını kullanmak, yani kendisini olarak takdim etmek suretiyle açığa vurduğu; diğer taraftan, sözleşmenin karşı tarafı olan Ü de, hiç yüzünü görmediği için şahsen değil sadece ismen tanıdığı A ile sözleşmeyi kurmak istediği vakit, her iki tarafın iradesi bu sözleşmede A'nın taraf olması hususunda tam bir uyum içindedir.. O halde, (bizde BK. m. 18/I hükmünde ifadesini bulmuş) "yanlış belirtme zarar vermez" (*fa/sa demonstratio non nocet*) kuralı uyarınca bu sözleşme ilişki-

53) Larenz, not 50'de age, s. 238,247.

54) Flume, § 44, iV, s. 777; Medicus, AT, N. 908; Köhler, 28.A., § 11, N. 23; Schwenger, N. 40.13.

55) Alman öğretisinde, bu durumda bir "maske arkasında gizlenmiş" temsilden (verkappte Stellvertretung) söz açılmaktadır (Larenz, not 50'de age, s. 238).

56) Özellikle bkz. Flume, § 15, II, 1, s. 252; Larenz/Wolf, 9. A., § 27, N. 39. Krş. Leipold, N. 780 ve not 10.

sini tarafların gerçek iradelerine uygun biçimde Ü ile A arasında kurulmuş sayarak kurtarmaya bir engel kalınmıştır⁵⁷.

Bütün bu düşünceler, (hiç değilse, *geçerliliği şekle bağlanmış* sözleşmeler açısından) İsviçre-Türk Hukuklarında hakim olan görüşe yabancıdır. Gerçekten, BK. m. 14/1 hükmüne göre "*İmza, üzerine borç alan kimsenin el yazısı olmak lazımdır*". El yazısı ile imza zorunluluğu, ancak borçlu (sözleşme temsil yolu ile kuruluyorsa, onun adına hareket eden temsilci) kendi adı ile imza ettiği takdirde bir anlam taşır. O halde, temsil yetkisi olsa bile, T, temsilci sıfatını belirtip kendi adını yazacak yerde temsil olunan A run adı ile imza attığı vakit, kanunun aradığı şekil şartı yerine gelmiş sayılamayacağından işlem geçerli olmaz⁵⁸. Olayımızda, T, kendisini A gibi göstererek A'nın adı ile sözleşmeyi imzaladığına göre, çözüm ister istemez bundan farklı olmayacaktır. Bu çözüm, beyanda bulunanların kimliğinin senede mutlaka doğru olarak yansımaları resmi senet kavramına dahil olduğundan, resmi senetler için evleviyetle (öncelikle, *afortiori*) geçerlidir⁵⁹.

Buna karşı *geçerliliği şekle bağlanmamış* sözleşmelerde durum farklıdır. Bu gibi ihtimallerde, mutlaka borçlunun (temsilcinin) el yazısı ile imzasının bulunması şartını arayan BK. m. 14/I hükmü uygulama alanı bulamayacağından, Alman Hukukunda savunulan ve yukarıda açıklanan görüş çerçevesinde, A'yı temsile yetkili olan temsilci T'nin, sözleşmeye esas teşkil eden mektup vs. gibi yazılı mesajı A'nın adı ile imzalamış bulunması, yine yukarıda belirtilen şartlar gerçekleşmek kaydı ile "yanlış belirtme zarar vermez" (*falsa demonstratio non nocet*) kuralının devreye girmesine ve sözleşme ilişkisinin A ile Ü arasında kurulmuş sayılmasına imkan hazırlayabilir.

2. Karşı Karşıya Olmayan Kişiler Arasında

Sözleşme, Öfl !⁶⁰ğılı mektu telgef., telefaks, li-P g s⁶¹ !İr açılığı..i le ku- 23
rulmuş ise⁶², tartışmalı olmak⁶³ Jur.ik⁶⁴, b.jz⁶⁵ JJ.f.lha uygun gö⁶⁶e n görüşe

57) **Larenz/Wolf**, § 46, N. 89. Bu görüş çerçevesinde, T'nin *yetkisiz temsilci* olarak A'nın adı ile imza atınışı olması durumunda, yetkisiz temsile ilişkin hükümler uygulanacak ve sözleşmenin geçerlilik kazanabilmesi için A'nın buna icazet vennesi gerekecektir.

58) **Jaggi**, Art. 13, N. 32; **Schmidlin**, Allgemeine Erläuterungen zu Art. 12-15, N. 17-18; v. **Tuhr/Peter**, § 44, 11, 6, s. 395. Anılan yazarlardan ilk ikisinin İsviçrede tersine bir adet-in hüküm sürdüğü yöreler için bir istisna tanımları Türk Hukuku açısından değer taşımaz.

59) Bkz. **Flume**, § 44, IV, s. 780. Yazara göre, bu gibi durumlarda (sahte bir kimlik belgesine dayanarak) A'nın adı ile resmi senedi imzalayan T, Ü'ye karşı, kıyas yolu ile uygulanan BK. m. 39 (BGB § 179) hükmüne göre sorumlu tutulmalıdır.

60) İncelediğimiz problem açısından telefon aracılığı ile kurulan sözleşmeler de (karşı tarafın kimliğini fiziksel varlığına göre belirlemek imkanı olmadığından) karşı karşıya olmayan kişiler arasında kurulmuş sözleşmelerin statüsüne tabi sayılmalıdır (Ayrıca bkz.

göre, burada karşı tarafın kimliğini heli:le.Y-en.husus 9n-2n-2llandığl addan ibarettir⁶¹. Şu halde, ünlü iş acınIDLb.ab.ası-A'nın-adını-kullanan-T'nin yazışma yolu ileÜ ile anlaşması .halinde, bu yoldan kurulan sözleşmenin ta.r:afı-nı A ile Ü oluşturacaktır. Burada da temsil hükümleri kıyas yolu ile uygulanacağından, *geçerliliği şekle bağlanmamış sözleşmelerde, T'nin temsil yetkisi varsa*, sözleşme ilişkisi "yanlış belirtme zarar vermez" kuralının desteği ile veya yazılı beyanlarda beyanın altında yer alan ve beyan sahibini birey olarak belirleyen adın beyanın içeriğine dahil olduğu esastan hareket eden diğeri bir anlayışa nazaran, Ü'nün işlemin karşı tarafını A'nın oluşturduğu yolundaki haklı güveni korunarak⁶², A ile Ü arasında *geçerli* olarak kurulmuş sayılabilecektir. *T'nin temsil yetkisi mevcut değilse*, yetkisiz temsil hükümlerine göre (BK. m. 38-39), askıda hükümsüz olarak kurulmuş işlemin geçerlilik kazanması, baba A'nın buna icazet vermesine bağlı bulunacaktır. Buna karşı, *geçerliliği yazılı şekle bağlanmış sözleşmeler*, T'nin, A'nın adını kullanarak attığı imza şekil şartını gerçekleştirmiş sayılamayacağından kesin hükümsüz olacaktır. Bu son ihtimalde, baba A'nın, temsil yetkisi olmaksızın işlem yapan oğlu T'nin yaptığı işleme BK. m. 38 uyarınca icazet vermesi de sözleşmeyi kurtarmaya yetmeyecektir. Zira, söz konusu icazet ancak temsil yetkisine ilişkin eksikliği telafi edebilir, yoksa bunun şekil noksanına dayalı butlanı düzeltmesi söz konusu olamaz.

- 24 Bazı hallerde sözleşmenin kurulması iki aşamadan geçebilir. Birinci aşamada, taraflar karşı karşıya g]lmeö-2Jei p.2lde, ikinci aşamada karşı-karşıya gelme durumu gerçekleşebilir. O zaman nasıl hareket edilecektir? -Bunun öğretilde verilen en *guzeromillerinden binsi şud-2r-2ü Şirketinin verdiği ilan üzerine A, bir ı e girme üzere istenen-olgelerle birlikte baş-2vuruda bulunmuş, daha sÖnra.-ilk inc-2lemeyf başarı ile atlatı-A, diğeri bir l<:aç-aday ilebirlikte şirket Y.\$.!kilJ-2ri-ö.niind-2 mülakata (görüşmeye) davet edilmistiTC<5KheyecanI{bir tip olan ve kendine fazla güvenmeyen A, çok oanabaşarılı olacağına inandığı arkadaşı T'den, kendisinin yerine mülakata katılmasını istemiştir. T'nin, A'nın adını kullanarak katıldığı görüşme aşamasında gösterdiği yüksek performans sonucu işe alınma gerçekleştiği takdirde, A mı, yoksa T mi işe alınmış sayılacaktır? Alman öğretisinde bu soru şöyle cevaplandırılıyor: Ü'nün başvuruda bulunan adayı işe alma kararına daha çok A'nın yazılı başvurusunda sunduğu dosyaya (kimlik, özgeçmiş,

Köhler, 28.A., § 11, N. 23). BK. m. 4ff hükmü, bu hükmün kanuna konuluş amacı dışında kalan olayımızdaki gibi olgulara uygulanamaz. Şu halde telefonda karşı tarafkendi kim olarak göstenniş (kimin adını kullanmış) ise, asıl olan, sözleşmenin adı verilen kişi ile kurulmuş olmasıdır. Meğer ki, onun (örneğin sesinden, şivesinden) o kişi olmadığını diğeri taraf anlayabilecek durumda bulunsun.

61) Özellikle bkz. **LarenvWolf**, 9.A., § 46, N. 58; **Koziol/Welser**, s. 178.

62) Bkz. **Larenz/Wolf**, 9.A., § 46, N. 58.

diplomalar, daha önce çalışılan yerlerden alınan referanslar vs.) dayanıyorsa sözleşme A ile Ü arasında kurulmuş sayılacaktır. Buna karşı, mülakat sırasındaki başarı ön planda tutularak bu sonuca varılmışsa, adayın kimliği mülakat aşamasında şirket yetkililerinin karşısına çıkan kişiye göre belirlenmiş olacağından, işe alınan kişi A değil, T'dir. Her iki kriter aynı ölçüde etkili olmuşsa, sözleşme bunlardan hiçbiri ile kurulmamış sayılacaktır⁶³.

Biz, hiç değilse incelediğimiz örnek açısından, bu __ görüşe katılamıyoruz. Her neyse, A'nın mülakat sırasında Şirketi yetkililerinin karşısına çıkan kişi T ise de, onlar, önlerinde duran dosyaya bakarak T'yi bu dosyada kimliği, özgeçmişi, ruhaniyeti; olumlu referansları bulurken A olarak görmekte ve T'nin görüşme sırasındaki başarısını A'nın başarısı olarak değerlendirmektedir. Nitekim, mülakattan sonra, şirket yine elindeki dosyaya dayanarak T'nin değil, A'nın işe alınmasına karar verecek ve buna ilişkin kabul beyanını gerçek kimliğini bilmediği T'ye değil, A'ya gönderecektir. Şu halde, Ü Şirketinin nazarında T, başvuru dosyasında kimliği ve belli başlı özellikleri belirtilmiş A'dır ve sözleşme de, işe alındığının A'ya bildirilmesiyle, hiç kuşkusuz A ile Ü arasında kurulmuştur. Mülakat sırasındaki sahtekarlık ortaya çıktığı vakit, Ü'nün, karşı tarafını A'nın oluşturduğu sözleşmeyi hile veya bata sebebiyle iptal hakkı saklıdır.

§ 51. Temsile İlişkin Özel Hükümlerin Saklı Tutulması

BK. m. 40, "Mahfuz hükümler" kenar başlığı altında şu hükmü getirmektedir:

"Şirket mümessil ve memurlarının ve tüccar vekillerinin salahiyetleri hakkındaki hükümler mahfuzdur".

Bu hükmün kaynağını oluşturan İsv. BK. m. 40 ise şöyledir:

"Saklı Tutulan Hükümler"

Madde 40 - İrketlerin temsilci ve organlarının, ticari mümessillerin ve diğer ticarî vekilleri; yetkilerin; ilişkin özel hükümler saklıdır".

Görüldüğü gibi, bizdeki metin "şirket organlarını" yanlış olarak "memurları" biçiminde ifade etmekte, "ticari mümessilleri" (BK. m. 449) atlamakta, "diğer ticarî vekiller" (BK. m. 453) karşılığı "diğer" sözcüğünü kullanmaksızın sadece "tüccar vekilleri" demektedir. Diğer taraftan, her iki

63) Schramm, MünchKomm., § 164, N. 40. Ayrıca bkz. Koziol/Welser, s. 178; Flume, § 44, N. s. 779.

metin de yalnız ticaret şirketlerinin değil, Medeni Hukuk tüzel kişileri olan dernekler ve vakıfların da organları bulunduğunu gözden kaçırmıştır¹.

- 1) İsviçre ve Türk Borçlar Kanunları arasındaki bütün bu farklara rağmen, her iki ülkede denulruloaurum-ayındı-rMe-den' Hukuk tüzel kişilerinin temsil yetkisi düzenlenmiş olup, bunun dışında diğer temsilcileri temsil yetkilerine ilişkin özel hükümler de yoktur². İşin aslı şudur ki, temsile ilişkin olarak kanunlarda yer alan özel hükümlerin saklı kaldığını ifade etmek üzere kanuna eklenen bu hüküm aslında gereksizdir. Özel hüküm olan yerde, bunun genel hükümlerin önüne geçerek uygulama alanı bulması, ayrıca kanun tarafından hatırlatılmasına ihtiyaç bulunmayan genel ve evrensel bir hukuk ilkesine dayanır: "*Lex specialis derogat legi generali*". Bu sebeple, öğretide haklı olarak, BK. m. 40 hükmünün rahatça kanundan çıkarılabileceği öne sürülmüştür³.

- 3) Biz aşağıda, kanunda özel olarak düzenlendiği için veya düzenlendiği ölçüde genel hüküm niteliğindeki BK. m. 32-40'a tabi tutulmayan hallere ilişkin olarak şu örneği vermekle yetiniyoruz⁴:

Temsil yetkisi bulunmadığı halde belirli bir kişi adına poliçeyi imzalayan kişi, o poliçeden ötürü bizzat sorumlu olur (TTK. m. 590). Bunun anlamı şudur: Yetkisiz temsilciden BK. m. 39 uygulanarak tazminat istenmesi söz konusu olmaz. O, aynen ifa sorumluluğu altındadır. Kanunda yazılı olmamasına rağmen, öğreti ve Federal Mahkeme, temsil olunanın icazet vererek durumu düzeltebilmesine, dolayısı ile temsilciyi sorumluluktan kurtarmasına imkan tanımakta ve böylece BK. m. 38 hükmü tamamen devre dışı kalmamış olmaktadır. İcazet verilmemişse, poliçeyi ödeyen yetkisiz temsilcinin temsil olunanın haiz olabileceği haklara sahip olması öngörülmüştür. Yine Türk Ticaret Kanununun anılan hükmüne göre, bu çözüm temsilcinin yetkisini aşması halinde de geçerlidir. Şu var ki, öğreti, kambiyo alacaklısının, temsilci olarak hareket eden kişinin yetkisizliğini "bilmesi" halinde, yetkisiz temsilcinin ona karşı sorumluluktan kurtulmasını kabul etmektedir. Federal Mahkemeye göre, yetkisizliğin farkına varmamış dahi olsa, neredeyse kast derecesine yaklaşan ölçüde ağır ihmali olan davacı kambiyo alacaklısı da yetkisiz temsilciyi sorumlu tutmak imkanından yoksundur.

1) **Zich**, Art. 40, N. 2; **Oser/Schönenberger**, Art. 40, N. 3.

2) **Oser/Schönenberger**, Art. 40, N. 2.

3) **Zach**, Art. 40, N. 2.

4) Şu noktayı ekleyelim ki, kanunda özel olarak düzenlenmiş konularda da, açık kalmış bir mesele ile karşılaşıldığı vakit, işin niteliğine uygun düştüğü ölçüde genel hükümlerden yararlanmaya bir engel yoktur.

5) Bu açıklamalar için bkz. **Poroy/Tekinalp**, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 15. bası, İstanbul 2001, no. 211; **Karayalçın**, Ticaret Hukuku, III. Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri), 4. Baskı, Ankara 1970, s. 49 vd.; **Öztan**, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. bası, Ankara 1997, s. 406 vd.; **Doğanay**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, cilt 2, 4. bası, İstanbul 2004, s. J802; **Kınacıoğlu**, Kıymetli Evrak Hukuku, 5. baskı, Ankara 1999, s. 125 vd.; **Ziich**, Art. 39, N. 88; BGE 85.II.28.

EK

"Mesafeli Sözleşmeler Uygulanan Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik", kitabınızın basılma aşamasına girdiği bir dönemde, 9.10.2007 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan ve derhal yürürlüğe giren bir Yönetmelik ile kısmen değişikliğe uğramıştır. Aşağıda, belli başlı değişiklikleri ana hatlarıyla belirtiyor ve değerlendiriyoruz.

1. Yönetmeliğin "Tanımlar" başlığını taşıyan 4. maddesine "Sürekli veri taşıyıcısı" başlığını taşıyan (i) bendi eklenmiştir. Buna göre, sürekli veri taşıyıcısı "Tüketicinin, kendisine kişisel olarak gönderilen bilgiyi, bu bilginin amacına uygun olarak makul bir süre incelemesine elverecek şekilde kaydedilmesini sağlayan ve kaydedilen bilgiye aynen ulaşılmasına imkan veren her türlü aracı"dır. İlk bakışta fark edilebileceği gibi, ifade bozukluğu hükmün anlaşılmasını zorlaştırmaktadır.

2. "Mesafeli sözleşmenin akdinden önce aşağıdaki bilgilerin tüketiciye verilmesi zorunludur" diye başlayan ve "Ön Bilgiler" kenar başlığını taşıyan Yönetmelik m. 5, yeni metinde aşağıdaki şekli almıştır:

"Tüketici, mesafeli sözleşmenin akdinden önce, aşağıdaki bilgilerin tamamının yer aldığı bilgilendirme formunun verilmesi suretiyle, açık, anlaşılır ve kullanılan iletişim vasıtasına uygun bir şekilde bilgilendirilir".

Maddenin başına hemen arkasından şu fıkra eklenmiştir:

"Sözlü iletişim araçlarının kullanılması durumunda, ayrıca satıcı veya sağlayıcının, kimliğini ve görüşmenin ticari amacını her görüşmenin başında tüketiciye açık bir biçimde bildirmesi zorunludur."

Görülüyor ki, ön bilgilerin verilmesi konusunda esasta bir değişiklik yapılmış değildir.

3. Yönetmeliğin 6. maddesi tümü ile değiştirilmiştir. Yeni metin şöyledir:

"Bu Yönetmeliğin 5. maddesinde belirtilen bilgilendirme formunun, sözleşmenin kurulmasından önce tüketiciye verilmesi zorunludur. Tüketici, bu bilgileri edindiğini yazılı olarak teyit etmedikçe sözleşme akdedilemez. Elektronik ortamda yapılan sözleşmelerde teyit işlemi, yine elektronik ortamda yapılır. Satıcı veya sağlayıcı, mallar için sözleşme konusu mal tüketiciye ulaşmadan, hizmetler için de en geç sözleşmenin ifasından önce yazılı olarak, elektronik ortamda yapılan sözleşmelerde ise tüketici tarafından kullanılabilir veya sürekli olarak erişilebilir bir başka sürekli veri taşıyıcısıyla bilgilendirme formunu tüketiciye ulaştırmak zorundadır."

Eski metinde olduğu gibi (bu metinde yer alan m. 6/c. 3'deki anlamsız ifade düzeltilmek suretiyle), ön bilgiler tüketiciye verilir ondan yazılı teyit alınmadıkça sözleşme akdedilemez denmesine rağmen, Yönetmelik m. 6'nın yeni şekline de bu yasağın sözleşmenin geçerli olarak kurulmuş sayılmasına engel olmadığı anlaşılmaktadır. Zira yeni metne göre ön bilgileri içeren bilgilendirme formunun mal tüketiciye ulaşmadan veya hizmet ifa edilmeden karşı tarafa ulaştırılmasından söz edilmesi, hangi malın teslim edileceği veya hangi hizmetin

İfa edileceği o inrihte trnrflnrn bilindiğine ve buna bağılı olarak İfa aşamasına geçildiğine göre, ancak ortada geçerli olarak kurulmuş bir sözleşme varsa bir anlam taşır.

4. 9.10.2007 tarihli Yönetmelik, 7. maddede yer alan ve mesafeli sözleşme kavramı ile bağdaşmayan "mesafeli sözleşmelerin yazılı olarak yapılması" şartını ortadan kaldırmıştır. Böylece buradaki yazılı şeklin bir geçerlilik şekli olup olmadığına ilişkin tartışmalar da konusuz kalmaktadır (Bkz. yukarıda § 22a, N. 1 J). Yeni metne göre "Mesafeli sözleşmenin, tüketici tarafından 11.1.11lanılabilir veya sürekli olarak erişilebilir başka bir sürekli veri taşıyıcısıyla tüketiciye verilmesi zorunludur".

5. Yönetmeliğin 8. maddesinin 5. fıkrası yeniden kaleme alınırken ilk iki cümlede esasa ilişkin bir değişiklik yapılmadığı görülmektedir. Buna göre, satıcı veya sağlayıcı ön bilgi fonunun ve sözleşme metninin tüketiciye ulaştırılmasına ilişkin yükümlülüklerini eksiksiz yerine getirmedeği takdirde, eksikliklerin en geç otuz gün içerisinde giderilmesi gerekir. Derhal belirtelim ki, büyük soru işaretlerine yol açan otuz günlük sürenin hangi tarihten başlayacağı konusuna (bizim bu konudaki görüşümüz için bkz. yukanda § 22a, not 22) bir açıklık getirilmemesi rahatlıkla eleştirilebilir. Aynı şekilde, eski metinde olduğu gibi, "söz konusu eksikliğin giderildiğine dair bilginin" ulaştırılmasından söz açılması da isabetsizdir (Bkz. yukarıda § 22a, not 23). Maddeye eklenen "Aksi takdirde, tüketici cayma hakkını kullanmak için yedi günlük süre ile bağlı değildir" cümlesi, bir önceki cümleden çıkan sonucu tekrarlamakta ve bu maddedeki düzenlemeye yeni bir şey kazandırmamaktadır.

6. Yönetmeliğin 9. maddesinin **rn**. fıkrası şu şekle sokulmuştur:

"Satıcı ve sağlayıcı mesafeli sözleşme konusu malın veya hizmetin tüketiciye teslimi veya ifasından önce 5 inci maddede yer alan bilgiler ile 7 ÜÇÜNCÜ maddede yer alan sözleşmeyi tüketiciye vennek ve 5 ncı maddede belirtilen yükümlülükler dahilinde ön bilgilerin teyidine ilişkin onayı almak zorundadır. Uyuşmazlık halinde ispat külfeti satıcı veya sağlayıcıya aittir."

Sonuç olarak denebilir ki, bazı ifade bozukluklarını düzeltmesi ve bazı yükümlülüklerin daha açık biçimde belirtilmesi yanında, yapılan değişiklikler iki nokta dışında önemli bir yenilik getirmiş değildir. Bu yeniliklerden birincisi "sürekli veri taşıyıcısı" kavramının devreye sokulmasıdır. İkinci yenilik ise, büyük eleştiri alan mesafeli sözleşmelerin yazılı şekilde yapılması zorunluluğunun ortadan kaldırılması ve bunun yerine "sürekli veri taşıyıcısı" kavramına dayalı bir çözümün öngörülmesidir.

**TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA
VE
DİĞER KANUNLARDA YAPILAN
DEĞİŞİKLİKLER**

TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA VE DİĞER KANUNLARDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER*

6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU

Yürürlükteki Borçlar Kanunu

Madde 4: Kabul için süre belirlenmeksizin hazır olan bir kişiye yapılan öneri hemen kabul edilmezse; öneren, önerisiyle bağlılıktan kurtulur.

Telefon, bilgisayar gibi iletişim sağlayabilen araçlarla doğrudan iletişim sırasında yapılan öneri, hazır olanlar arasında yapılmış sayılır.

Mülga Borçlar Kanunu

Madde 4: Kabul için bir müddet tayin olunmaksızın hazır olan bir şahsa karşı vaki olan icap derhal kabul olunmadığı takdirde, onu yapan bağlı kalmaz.

İki taraf yalıut vekillerinin bizzat telefon ile yaptıkları akitlere hazırlar arasında icra olunmuş nazarıyla bakılır.

Açıklama

Hükmün ikinci fıkrasında eski düzenlemeden farklı olarak, bilgisayar gibi iletişim sağlayabilen araçlarla doğrudan iletişim sırasında yapılan öneri de hazırlar arasında yapılmış öneri olarak kabul edilmiştir.

(Bkz. § 19, N 2 vd., özellikle N. 5)

Yürürlükteki Borçlar Kanunu

Madde 7: İsmarlanmamış bir şeyin gönderilmesi öneri sayılmaz. Bu şeyi alan kişi, onu geri göndermek veya saklamakla yükümlü değildir.

Mülga Borçlar Kanunu

Karşılığı yoktur.

Açıklama

Eski Borçlar Kanunu'nda yer almayan yeni bir düzenlemedir. Bu hükümde ısmarlanmayan bir şeyin gönde-

- Türk Borçlar Kanunu'nda ve diğer kanunlarda yapılan değişikliklerin tümü değil, sadece bu kitapta incelenen ve atıfta bulunulan hükümlere ilişkin önemli değişiklikler belirtilmiştir. Söz konusu değişiklikler, Yrd. Doç. Dr. Tülay Aydın Ünver tarafından kitabın yazarının izniyle hazırlanmıştır.

rilmesinin öneri sayılmayacağı; bu şeyi alan kişinin, onu geri göndermek veya saklamakla yükümlü olmadığı düzenlenmiştir.

(Bkz. § 18, N. 20-23)

**Yürürlükteki
Borçlar
Kanunu**

Madde 8: Öneren, önerisi ile bağlı olmama hakkının saklı olduğunu açıkça belirtirse veya işin özelliğinden ya da durumun gereğinden bağlanma niyetinde olmadığı anlaşılırsa, önerisi kendisini bağlamaz.

Fiyatını göstererek mal sergilenmesi veya tarife, fiyat listesi ya da benzerlerinin gönderilmesi, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılır.

**Mülga
Borçlar
Kanunu**

Madde 7: İcabı dermeyan eden kimse bu bapta hakları mahfuz olduğunu sarahaten beyan eder, yahut akdi iltizam etmemek niyetinde olduğu gerek halin muktezasından gerek işin hususf mahiyetinden istidlal olunursa, icap lüzum ifade etmez.

Tarife ve cari fiyat irsali icap teşkil etmez.

Semenini göstererek emtia teşhiri, kaide/en icap addolunur.

Açıklama

Eski BK. m. 7 II'de yer alan düzenleme uyarınca bir kimsenin muhtemel müşteri kitlesine tarife, fiyat listesi ve benzeri yayınları göndermiş olması bir öneri olarak nitelendirilmezken, TBK. m. 8 II'de tarife, fiyat listesi ya da benzerlerinin gönderilmesi, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri niteliğinde kabul edilmiştir.

(Bkz. ve krş. § 18, N. 8 vd.)

**Yürürlükteki
Borçlar
Kanunu**

Madde 9: Bir sonucun gerçekleşmesi karşılığında ödül vereceğini ilan yoluyla duyuran kimse, sözünü yerine getirmekle yükümlüdür.

Ödül sözü veren, sonucun gerçekleşmesinden önce sözünden cayarsa veya sonucun gerçekleşmesini engellerse, dürüstlük kuralına uygun olarak yapılan giderleri ödemekle yükümlüdür. Ancak, bir ya da birden çok kişiye ödenecek giderlerin toplamı, ödülün değerini aşamaz.

i-1, , ,
2,2 1,;"

**Mülga
Borçlar
Kanunu**

Ödül sözü veren, giderleri'nin ödenmesini isteyenlerin beklenen sonucu gerçekleştiremeyeceklerini ispat ederse, giderleri lidcinc yükümlülüğünden kurtulur.

Madde 8: Bir iş veya bir şey mukabiliinde ilau suretiyle bir bedel vaadeden kimse, vaadine tevfikau o bedeli vermeğe mecburdur.

O iş veya o şey husule ge/meksiziu o kimse vaadinden lliikül ederse vaadettiği bedeli tecaviiz etmemek üzere diğeri lliil liisuüuiyetle yaptığı masrafı ödemeğe mecburdur. Fakat umulall muvaffakiyeiu elde edilemeyeceğini vaadi yapau kimse ispat ettiği surette, bu mecburiyete malial kalmaz.

Açıklama

Eski BK. m. 8'den farklı olarak, ödül sözü verenin sadece **sonucun gerçekleşmesinden önce sözünden cayması halinde değil, sonucun gerçekleşmesini engellemesi halinde de dürüstlük kurallarına uygun olarak yapıJan giderleri ödemekle yükümlü olduğu kabul edilmiştir.** Ayrıca yeni düzenlemeye göre bir ya da birden çok kişiye ödenecek giderlerin toplamı, ödülün değerini aşamaz.

(Bkz. ve krş. § 24, N 12, N. 17 vd.)

**Yürürlükteki
Borçlar
Kanunu**

Madde 14: Yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunması zorunludur.

Kanunda aksi öngörülmedikçe, imzalı bir mektup, asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer.

**Mülga
Borçlar
Kanunu**

Madde 13: Tahriri olması icabeden akitlerde, borç demhte edenlerin imzaları bulunmak lazımdır.

Hılafti kanunda yazılı olmadıkça imzalı bir mektup veya aslı borcu üzerine alanlar tarafından imza edilmiş olan telgrafname talırlrf şekil makamına kaim olur.

Açıklama

Eski BK. m. 13'den farklı olarak, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinlerin de yazılı şekil yerine geçeceği kabul edilmiştir.

(Bkz. ve krş. § 26, N. 32-35)

Yürürlükteki Borçlar Kanunu	Madde 15: İmzanın, borç altına girenin el yazısıyla atılması zorunludur. Güvenli elektronik imza da, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğurur. İmzanın el yazısı dışında bir araçla atılması, ancak örf ve âdetçe kabul edilen durumlarda ve özellikle çok sayıda çıkarılan kıymetli evrakın imzalanmasında yeterli sayılır. Görme engellilerin talepleri halinde imzalarında şahit aranır. Aksi taktirde görme engellilerin imzalarını el yazısı ile atmaları yeterlidir.

Mülga
Borçlar
Kanunu

Madde 14: İmza, üzerine borç alau kimsenin el yazısı olmak lôzmıdır. Güvenli elektronik imza elle atılan imza ile aym ispat giicüüü haizdir.

Bir alet vasıtasıyla vazolwian imza, ancak öf ve adetçe kabul olunan /allerde ve hususiyle çok miktarda tedavüle çıkarılan kıymetli evrakın imzası lazım geldiği taktirde, kôji addolunur.

Açıklama

Türk Borçlar Kanunu'nun kabulü tarihinde hükmün üçüncü fıkrasında, usulüne göre onaylanmadıkça veya imza ettikleri sırada metnin içeriğini bildikleri ispat edilmedikçe, görme engellilerin imzalarının onları bağlamayacağı düzenlenmesi yer almaktaydı. Bu düzenleme eski Borçlar Kanunu m. 14 III'de de yer almakta iken, 1.7.2005 tarihinde kabul edilen 5378 sayılı Kanun'un (RG. 7.7.2005/25868) 50. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştı. 13.2.2011 tarihinde kabul edilen 6111 sayılı Kanun'un (RG. 25.2.2011/27857-Mükerrer) 213. maddesi ile TBK m. 15 III'de değişiklik yapılarak, görme engellilerin imzalarını el yazısı ile atmalarının yeterli olduğu, ancak talepleri halinde imzalarında şahit aranacağı kabul edilmiştir.

(Bkz. ve krş. § 26, N. 12-14a)

Yürürlükteki Borçlar Kanunu	Madde 15: İmzanın, borç altına girenin el yazısıyla atılması zorunludur. Güvenli elektronik imza da, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğurur. İmzanın el yazısı dışında bir araçla atılması, ancak örf ve âdetçe kabul edilen durumlarda ve özellikle çok sayıda çıkarılan kıymetli evrakın imzalanmasında yeterli sayılır. Görme engellilerin talepleri halinde imzalarında şahit aranır. Aksi taktirde görme engellilerin imzalarını el yazısı ile atmaları yeterlidir.

Aynı amaçlı düzenlenmiş silinmelerin netleştirilmesi için olmuştur. Bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel ilke ve prensiplerle uyumlu olması esastır. Aksi takdirde, sözleşmelerin uygulanması engellenmez.

Genci İşlem koşulları içeren sözleşmeye veya nyı bir sözlqmeye konulan bu koşullmın her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onlan genci işlem koşulu olmaktan çıkmaz.

Genel işlem koşullarıyla ilgili ihkiimler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelerinde, nitdıklarine bakılmaksızın uygulanır.

Yürürlükteki Borçlar Kanunu

Madde 21- Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkanı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.

Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.

Yürürlükteki Borçlar. Kanunu

f)4adde 22: Sözleşmeriin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini konır. Bu durumda düzenleyen yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.

Yürürlükteki Borçlar Kanunu

Madde 23: Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.

Yürürlükteki Borçlar Kanunu

Madde 24: Genel işlem koşulları x'in bulunduğu bir sözleşmede veya ayni bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı tarafı aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştiren ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır.

Yürürlükteki Borçlar Kanunu

Madde 25: Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.

Mülga Borçlar Kanunu

Karşılıkları yo/..lur.

Açıklama Eski Borçlar Kanunu'nda yer almayan genel işlem koşullarının tanımı yapılarak, bu koşulların geçerliliği, yorumlanması ve denetimine ilişkin hükümler kabul

edilmiş ve tüm borç sözleşmeleri açısından genel işlem koşulları TBK. m. 20-25 hükümlerinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

(Bkz. ve 1'7-ş. § 23, N. 1 vd.)

**Yürürlükteki
Borçlar
Kanunu**

Madde 28: Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir.

Zarar gören bu hakkını, düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde kullanabilir.

**Mülga
Borçlar
Kanunu**

Madde 21: Bir akitte ivazlar arasında açık bir nispetsizlik bulunduğu takdirde, eğer gabin mutazan-ırın müzayaka halinde bulunmasından veya hiffetinden yahut tecrübesizliğinden istifade suretiyle vukua getirilmiş ise, mutazarrır bir sene zafında akdi feshettiğini beyan ederek verdiği şeyi geri alabilir.

Bu müddet, akdin in'ikadından itibaren cereyan eder.

Açıklama

Hükmün kenar başlığında "gabin" kavramı yerine "aşırı yararlanma" kavramı kabul edilmiştir. Eski hükümden farklı olarak TBK. m. 28 l'e göre aşırı yararlanma halinde durumun özelliğine göre zarar gören ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek edimin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilecektir.

Aşırı yararlanmaya ilişkin bir diğer değişiklik hak düşürücü süreye yöneliktir. Eski düzenlemede zarar gören kişiye kendisine tanınan hakkı kullanması için sözleşmenin kurulduğu andan itibaren işleyen bir yıllık hak düşürücü süre tanınmışken, TBK. m. 28 II'de zarar görene düşüncesizlik ya da deneyimsizlik halinde bu durumu öğrendiği, zor durumda kalma halinde ise bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayan bir yıllık ve

her halde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlının beş yıllık hnk düşürücü siirc tanınmışır.

(Blc. ,❖' 39, N. J vd., özellikle N. 28-30)

**Yürürlükteki
Borçlar
Kanunu**

Madde 32: Saikte yanılma, esaslı yanılma sayılmaz. Yanılanın, yanıldığı saiki sözleşmenin temeli sayması ve bunun da iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması hâlinde yanılma esaslı sayılır. Ancak bu durumun karşı tarafça da bilinebilir olması gerekir.

**Mülga
Borçlar
Kanunu**

Madde 24 I b. 4, II: ...

3- Hata ettiğini iddia eden tarafça akdin lüzumlu vasıflarından olarak nazara alınmasına ticarî doğruluğun miisait olduğu şeylerde /hata edilmiş olması.

Akdi,ı yalmz saikleri II e taalluk eden /hata, esaslı değildir.

Açıklama

Eski Borçlar Kanunu'nun 24. maddesinde esaslı sayılan beyan hataları ve esaslı saik hatası düzenlenmişken, Türk Borçlar Kanunu'nun 31. maddesinde esaslı sayılan açıklamada yanılma halleri sayılarak, saikte yanılmanın esaslı sayılmasının şartları ise 32. maddede düzenlenmiştir. Buna göre, yanılanın yanıldığı saiki sözleşmenin temeli sayması ve bunun da iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması halinde saikte yanılma esaslı sayılmakla birlikte, eski hükümden farklı olarak, bu durumun karşı tarafça bilinebilir olması şartı da aranmışır.

(Bkz. § 36, N 21-32)

**Yürürlükteki
Borçlar
Kanunu**

Madde 38: Korkutulan, içinde bulunduğu durumun, baki; içinde kendisinin veya yakınlarından birinin kişilik haklarına ya da ifül varlığına yönelik ağır ve yakın bu- zarar tehlikesinin doğduğuna inanmakta haklı ise, korkutma gerçekleşmiş sayılır.

Bir hakkın veya kanundan doğan bir yetkinin kullanılacağı korkutması ile sözleşme a ıldıında, bu hakkı ve i etki i kullana-



**Mülga
Borçlar
Kanunu**

cağını açıklayanın, diğer tara zor durumda kalmaması için:
bi enfaat sağlamış olm...
edilir.

Madde 30: İkraha olunan taraf, hâl ve nevkine nazaran kendisinin yahut yalan akrabasından birinin hayat veya şahıs veya namus yahut malları ağır ve derhâl vukubulacak bir tehlikeye maruz olduğuna kanaat getirdiği takdirde ikrah, muteber addolunur.

Bir hakkın veya kanuni salahiyyetin isteneceği ve kullanılacağı tehdidi ile müzayakaya düşen kimsenin yaptığı alıtt, tehdit eden içi fahiş menfaatler temin etmiyorsa; bu tehdit, il...-ralı muteber addolunmaz. Fakat fahiş menfaatler istihsalı için tehdit olunan tarafın müzayaka halinde bulunmasından istifade olunmuş olursa bu korku nazara alınır.

Açıklama

Hükmün önceki halinde korkutma için korkutulanın "yakın akrabasından" birinin tehlikeye maruz bırakılması aranırken, yeni düzenlemede korkutulanın "yakınlarından" birine yönelik zarar tehlikesinin doğduğuna inanmakta haklı olması şeklinde değişiklik yapılmıştır.

(Bkz. § 38, N. 5)

**Yürürlükteki
Borçlar
Kanunu**

Madde 51: Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler.

Tazminatın irat biçiminde ödenmesine hükmedilirse, borçlu güvence göstermekle yükümlüdür.

**Mülga
Borçlar
Kanunu**

Madde 43: Hakim, hâl ve nevkine icabına ve hatanın ağırlığına göre tazminatı suretini ve şumulünün derecesini tayin eyler.

Zarar ve ziyan irad şeklinde tayin olunduğu takdirde borçludan icabeden teminat alınır.

Açıklama

Eski düzenlemede hakimın tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini belirlerken "hatanın" ağırlığını göz önüne alacağı ifade edilmişken, TBK. m. 51 l'de "kusurun" ağırlığı kavramı kullanılmıştır.

(Bkz. § 2, N. 24)

**Yürürlükteki
Borçlar
Kanunu**

Madde 69: Bir binanın veya diğcr yapı eserlerinin maliki, bunların yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararı gidermekle yükümlüdür.

İntifa ve oturma hakkı sahipleri de, binanın bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan, malikle birlikte müteselsilen sorumludurlar.

Sorumluların, bu sebeplerle kendilerine karşı sorumlu olan diğcr kişilere rücu hakkı saklıdır.

**Mülga
Borçlar
Kanunu**

Madde 58: Bir bina veya imal olunan herhangi bir şeyin maliki, o şeyin fena yapılmasmdan yahut muhafazadald kusuru lldan dolayı mes'ul olur.

Bu cihetten dolayı kendisine karşı mes'ul olan şahıslar aleyhindeki rücu hakkı malûfuzdur.

Açıklama

Yeni düzenlemeye göre yapı eserleri açısından söz konusu hükmün uygulama alanı bulacağı anlaşılmakta olup, ikinci fıkrada ise eski düzenlemeden farklı olarak intifa ve oturma hakkı sahiplerinin de binanın bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan malikle birlikte müteselsil sorumlu olduk.lan ifade edilmiştir.

**Yürürlükteki
Borçlar
Kanunu**

Madde 72: Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.

Haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa zarar gören, haksız fiilden doğan tazminat istemi zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcu ifadan kaçınabilir.

**Mülga
Borçlar
Kanunu**

Madde 60: Zarar ve ziyan yahut manevi zarar namiy/e nakdi bir meb/ô.ğ tediyesine müteallik dava, mutazarrır olan tarafın zarara ve failine ittılai tarihinden itibaren bir sene ve her halde zararı müstelzim fiilin vukuumdan itibaren on sene mürrurundan sonra istima olunmaz.

Şu kadar ki. zarar ve ziyan davası, ceza kanunları mucibince müddeti daha uzun mürruruzamana tabi cezayı müstelzim bir fiilden neşet etmiş olursa şahsi davaya da o mürruruzaman tatbik olunur.

Eğer haksız bir fiil, mutazarrır olan taraf aleyhinde bir alacak tevlit

etmiş olursa, mıtta=m.,..., kılıdısını tazıınıt f(II C'li mıt'Jrımwıını lır Hıkı
olsa bile o alacağı 1'1.!l'lı!ktcı mıtıııcı ct!efilir.

Açıklama Haksız fiillerde zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren işlemeye başlayan zamanaşımı süresi, eski düzenlemeden farklı olarak iki yıl olarak kabul edilmiştir.

(Bkz. ve f..Tş. § 2, N. 11)

**Yürürlükteki
Borçlar
Kanunu**

Madde 77: Haklı bir sebep olmaksızın, bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşen, bu zenginleşmeyi geri vermekle yükümlüdür.

Bu yükümlülük, özellikle zenginleşmenin geçerli olmayan veya gerçekleşmemiş ya da sona ermiş bir sebebe dayanması durumunda doğmuş olur.

**Mülga
Borçlar
Kanunu**

Madde 61: Haklı bir sebep olmaksızın diğarı zararına mal iktisabeden kimse, onu iadeye mecburdur. Hususiyle muteber olmayan veya tahakkuk etmemiş bulunan bir sebebe yahut vücudu uihayet bulmuş olan bir sebebe müsteniden alızolwian şeyin, iadesi lözımdır.

Açıklama Eski düzenlemeden farklı olarak, başkasının malvarlığından zenginleşen yanında başkasının emeğinden zenginleşenin de bu zenginleşmeyi geri vermekle yükümlü olduğu ifade edilmiş; "başkasının (aharın) zararına" zenginleşme ifadesi yerine ise "başkasının malvarlığından" zenginleşme ifadesine yer verilmiştir.

**Yürürlükteki
Borçlar
Kanunu**

Madde 81: Hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şey geri istenemez. Ancak, açılan davada hâkim, bu şeyin Devlete mal edilmesine karar verebilir.

**Mülga
Borçlar
Kanunu**

Madde 65: Haksız veyahut ahliika (iidaba) mugayir bir maksat istihsali için verilen bir şeyi istirdada mahal yoktur.

Açıklama Eski düzenlemede olduğu gibi hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şey geri istenememekle birlikte, yeni hüküm uyarınca açılan davada hakim, bu şeyin Devlete mal edilmesine verebilecektir.

**Yürürlükteki
Borçlar
Kanunu**

Madde 82: Sebepsiz zenginleşmeden doğan istem hakkı, hak sahibinin geri isteme hakkı olduğunu öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

Zenginleşme, zenginleşenin bir alacak hakkı kazanması suretiyle gerçekleşmişse diğer taraf, istem hakkı zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcunu ifadan kaçınabilir.

**Mülga
Borçlar
Kanunu**

Madde 66: Haksız surette mal iktisabından dolayı ikame olunacak dava, mutazarrır olan tarafın verdiği istirdada hakkı olduğuna ıttılai tarihinden itibaren bir sene mürruriyle ve her halde bu hakkın doğduğu tarihten itibaren on seneün mürruriyle sakıt olur. Eğer mal iktisabı mutazarrır olan taraf aleyhinde bir borç teşkilinden ibaret ise, mutazarrırın hakkı mürrüruzamaı ile sakıt olmuş olsa bile, bu borcu ifa etmez.

Açıklama

Sebepsiz zenginleşmeden doğan istem hakkının, hak sahibinin geri isteme hakkı olduğunu öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her halde zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacağı kabul edilmiştir.

(Bkz. ve krş. § 36, N. 73)

**Yürürlükteki
Borçlar
Kanunu**

Madde 115: Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.

Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.

Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.

**Mülga
Borçlar
Kanunu**

Madde 99: Hile veya ağır kusur halinde düçar olacağı mes'uliyetten borçlunun iptidaen beraatini tazammun edecek her şart, batıldır.

Hafif kusur halinde, borçlu iptidaen mes'uliyetten beraati tazammun eden şartın dermeyanı sırasında alacaklı borçlunun hizmetinde ise veya mes'uliyet hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir san'atın icrasından tevellüt ediyorsa; İaiz olduğu takdir salahiyetine istinat ile hakim, bu şartı batıl addedebilir.

Açıklama Eski hükümde alacaklı borçlunun hizmetinde ise sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz sayılacağı ifade edilmişken, yeni hükümde borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak yapılan her türlü anlaşmanın kesin hükümsüz olacağı kabul edilmiştir.

Eski hükmün ikinci fıkrasında hafif kusur halinde hakime sorumsuzluk kaydını kesin hükümsüz sayıp saymama konusunda verilen takdir yetkisi ise kaldırılmıştır. Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşmanın kesin hükümsüz olduğu ifade edilmiştir.

(Bkz. ve krş. § 42, N. 40, § 43, N. 40)

Yürürlükteki Borçlar Kanunu	Madde 116: Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılara kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür. Yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir. Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.

Mülga Borçlar Kanunu

Madde 100: Bir borcun ifasını veya bir borçtan mütevellit bir haklı.111 /a.111/almısam kendisi ile beraber yaşayan şahıslara veya maiyetinde ça/ışaulara velev kanıma muvafık surette tevdi eden kimse, bunların işlerini icra esnasında ika etti/eri zarardan dolayı diğer tarafa karşı mes'uldiir.

Bunların fiilinden mütevellit mes'uliyeti, evvelce iki taraf arasırıda yapılan bir mukavele tamamen veya kısmen bertaraf edebilir.

Alacaklı, borçlunun hizmetinde ise veya mes'uliyeti hiikünmet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir san'atın icrasından tevellüt ediyorsa; borçlu mukavele ile ancak hafif bir kusurdan mütevellit mes'uliyenerikendisiini beri kılabilir.

Açıklama Eski düzenleme uyarınca alacaklı borçlunun hizmetinde ise veya sorumluluk hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir meslek ya da sanatın yerine getirilmesinden kaynaklanıyorsa, borçlunun sorumluluğunu kaldıran anlaşma hafif kusur için yapılabilirken, yeni hüküm uyarınca, uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşmalar (hafif kusur için dahi) kesin hükümsüzdür.

**Yürürlükteki
Borçlar
Kanunu**

Madde 117: Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer.

Borcun ifa edileceği gün birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Ancak sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu hallerde temerrüt için bildirim şarttır.

**Mülga
Borçlar
Kanunu**

Madde 101: Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarı ile mütemerrit olur.

Borcun ifa edileceği gün iniiteffikan teyini edilmiş veya muhafaza edilen bir hakka istinaden iki taraftan birisi bunu usulen bir ihbarda bulunmak suretiyle tesbit etmiş ise, mücerret bu günün hitamı ile borçlu mütemerrit olur.

Açıklama Eski düzenlemeden farklı olarak, haksız fiillerde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşenin iyiniyetli olmadığı hallerde zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte bildirime (ihtara) gerek olmadan borçlunun temerrüde düşmüş olacağı, sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu hallerde ise temerrüt için bildirimin gerekli olduğu ifade edilmiştir.

**Yürürlükteki
Borçlar
Kanunu**

Madde 136: Borcun ifası borçlunun sonlu tülamayacağı beplerle imkansızla irsa, borç sona erer.

Karşılıklı borç ükiç en soz eşme er e unuutsız se e l e

borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebep-
siz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup,
henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybe-
der. Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın
alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır.

Borçlu ifanın imkânsızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildir-
mez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan
doğan zararları gidermekle yükümlüdür.

**Mülga
Borçlar
Kanunu**

*Madde 117: Borçluya isnat olınan haller müvazaaletıyla borcun
ifası müvazaalet olmazsa, borç sükûtu olur.*

*Karşılıklı taahhütleri havi akitlerde bu suretle beri olan borçlu haksız
iktisaplara müvazaalet lük-ül-ülure tefikau almış olduğu şeyleri iadeye
mecbur ve kendisine henüz: tediye edilmemiş bulunan şeyi istemek hak-
kında malımı olur. Kanun veya akit ile, borcun ifasından evvel bile
vulma gelen zararlar, alacaklıya tahmil edilmiş olduğu haller bundan
müstesnadır.*

Açıklama

Yeni düzenleme uyarınca, borçlu, ifanın imkansızlaştı-
ğını alacaklıya gecikmeksizin bildirmezse ve zararın
artmaması için gerekli önlemleri almazsa bundan doğa-
cak zararları gidermekle yükümlü tutulmuştur.

**Yürürlükteki
Borçlar
Kanunu**

*Madde 175: Taraflardan biri, koşulun gerçekleşmesine dürüstlük
kurallarına aykırı olarak engel olursa, koşul gerçekleşmiş sayılır.*

*Taraflardan biri, koşulun gerçekleşmesini dürüstlük kurallarına
aykırı biçimde sağlarsa, koşul gerçekleşmemiş sayılır.*

**Mülga
Borçlar
Kanunu**

*Madde 154: Şartın tahakkukuna iki taraftan biri müvazaalet kaidelerine
muhalef bir hareketle müvazaalet olursa, o şart tahakkuk etmiş addolunur.*

Açıklama

**Yeni düzenleme uyarınca, taraflardan birinin dürüstlük
kurallarına aykırı biçimde koşulun gerçekleşmesini sağ-
laması halinde de koşul gerçekleşmemiş sayılır.**

**Yürürlükteki
Borçlar
Kanunu**

*Madde 207: Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mül-
kiyetini alıcıya devretme, alıcının ise bunu karşılıklı bir bedel öde-
me borcunu üstlendiği sözleşmedir.*

Sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça veya aksine bir âdet bulunmadıkça, satıcı ve alıcı borçlarını aynı anda ifa etmek yükümlüdürler.

Durum ve koşullara göre belirlenmesi mümkün olan bedel, kararlaştırılmış bedel hükmündedir.

**Mülga
Borçlar
Kanunu**

Madde 182: Satım bir akittir ki onunla satıcı, satılan malı alıcının iltizam ettiği semen mukabilinde alıcıya teslim ve mülkiyeti ona nakletmek borcunu tahammül eder.

Hilôfiua iidet veya mukavele mevcut değil ise satıcı ile alıcı borçları aynı zamanda ifa etmekle mükelleftirler.

Hale göre tōyiui miiukiui olan semen, tesmiye edilmiş hükmündedir.

Açıklama

Eski hükümde satış sözleşmesinin tanımı yapılırken, satıcının borçlarının satılan malı alıcıya teslim ve mülkiyetini nakletme olduğu belirtilirken, yeni hükümde satıcının satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme borcunu üstlendiği ifade edilerek, sahcinin teslim dışında bir yolla zilyetliği naklederek de satış sözleşmesinden doğan borcunu ifa edebileceği kabul edilmiştir.

(Bkz. ve krş. § 2, N. 3, 7, § 11, N. 6)

**Yürürlükteki
Borçlar
Kanunu**

Madde 208: Kanundan, durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayrı hâller dışında, satılanın yarar ve hasarı; taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil anına kadar satıcıya aittir.

Taşınır satışlarında, alıcının satılanın zilyetliğini devralmada temerrüde düşmesi durumunda zilyetliğin devri gerçekleşmişçesine satılanın yarar ve hasarı alıcıya geçer.

Satıcı alıcının isteği üzerine satılanı ifa yerinden başka bir yere gönderirse, yarar ve hasar, satılanın taşıyıcıya teslim edildiği anda alıcıya geçer.

**Mülga
Borçlar
Kanunu**

Madde 183: Halin icabından veya hususi şartlardan mütevellit istisnaları naadaşmda, satılan şeyin neft l'e hasarı akdin iu'ikadı anından itibaren alıcıya intikal eder.

Bımuuila beraber yalnız nev'en tayin edilmiş o/an satılanı ayırdedilmiş olması da lazımdır ve başka bir yere gönderilecek ise satıcının bu maksatla satılan üzerinden yedini ref'etmiş bulunması da şarttır.

Taliki şart ile yapılan akitlerde temlik edilen şeyin ueji ve hasarı ancak şartın tahakkuku anında idamı itibaren ikisap edene geçer.

Açıklama Eski düzenlemeye göre satış sözleşmesinde satılanın yarar ve hasarı sözleşmenin kurulduğu anda alıcıya geçerken, yeni düzenlemede öğretide de çok tartışılan bu düzenleme değiştirilerek, kanundan, durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan istisnalar dışında, satılanın yarar ve hasarının taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil anına kadar satıcıya ait olacağı kabul edilmiştir. Ayrıca yeni hükmün ikinci fıkrasına göre taşınır satışlarında alıcının satılanın zilyetliğini devralmada temerrüde düşmesi durumunda zilyetliğin devri gerçekleşmişçesine satılanın yarar ve hasarının alıcıya geçeceği ifade edilmiştir. Eski hükmün üçüncü fıkrasında yer alan ve geciktirici şartla yapılan satışlarda yarar ve hasarın şartın gerçekleştiği anda alıcıya geçeceğine ilişkin düzenleme ise kaldırılmıştır.

(Bkz. ve krş. § 6, N. 8-9, § 22, N. 3)

Yürürlükteki Borçlar Kanunu Madde 225: Ağır kusurlu olan satıcı, satılndaki ayıbın kendisine süresinde bildirilmemiş olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kısmen de olsa kurtulamaz.

Satıcılığı meslek edinmiş kişilerin bilmesi gereken ayıplar bakımından da aynı hüküm geçerlidir.

Mülga Borçlar Kanunu	<i>Madde 200: Alıcıyı iğfal etmiş olan satıcı, ayıbu kendisine vaktinde ilibar edilmemiş olduğumu ileri siirerek mesuliyetten kurtulamaz.</i>

Açıklama Eski hükümde satıcının "hilesi" söz konusu ise ayıbın kendisine zamanında ihbar edilmediği savunması yaparak sorumluluktan kurtulamayacağı belirtilirken, yeni hükümde "ağır kusurlu" olan satıcının söz konusu savunmayı ileri süremeyeceği kabul edilmiştir. Yeni hükmün ikinci fıkrasında ise satıcılığı meslek edinmiş kişilerin bilmesi gereken ayıplar bakımından da aynı hükmün geçerli olduğu ifade edilmiştir.

(Bkz. ve krş. § 36, N. 36)

Yürürlükteki Borçlar Kanunu	Madde 227: Satıcının satılanın ayıplarından sorumlu olduğu hâllerde alıcı, aşağıdaki seçimlik haklardan birini kullanabilir: 1. Satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme. 2. Satılanı alıkoyup ayıp oranında satış bedelinde indirim isteme. 3. Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme. 4. İmkân varsa, satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme. Alicinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır. Satıcı, alıcıya aynı malın ayıpsız bir benzerini hemen vererek ve uğradığı zararın tamamını gidererek seçimlik haklarını kullanmasını önleyebilir. Alicinin, sözleşmeden dönme hakkını kullanması hâlinde, durum bunu haklı göstermiyorsa hâkim, satılanın onarılmasına veya satış bedelinin indirilmesine karar verebilir. Satılanın değerindeki eksiklik satış bedeline çok yakın ise alıcı, ancak sözleşmeden dönme veya satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini isteme haklarından birini kullanabilir.

Mülga Borçlar Kanunu

Madde 202: Satıcının tekeffülü altındaki satılanın ayıbı anlaşıldığı zaman alıcı muhayerdir. Dilerse satılanı reddedebilir, hazır olduğunu beyanla satılanı feshedebilir, dilerse, satılanı alıkoyup kıymetinin noksanı mukabilinde semenin tenzil olunmasını dava eder.

Hakim, alıcının satılanı ret davası üzerine hâkimi icabı satılanı feshini muhik göstermiyorsa semenin tenzili ile iktifa edebilir.

Kıymetinin noksanı satılanın semenine müsavi ise alıcı ancak satılanı feshini talep edebilir.

Madde 203: Satılan miktarı muayyen misli şeylerden ise alıcı dilerse fesli veya semenin tenzilinden hiçbirini talep etmeyip satılanı, ayıptan tiri misliyle değiştirilmesini dava edebilir.

Satılan, başka bir yerden gönderilmiyorsa satıcının da alıcıya derhal ayıptan tiri mislini teslim ve alıcının düçar olduğu zararı tamamen tazmin ederek aleyhine ikame edilecek davadan kurtulmağa salahiyeti vardır.

Açıklama

Ayıba karşı tekeffül sorumluluğu açısından alıcının seçimlik hakları arasına aşırı bir masraf gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarımını isteme hakkı da eklenmiştir. Seçimlik

hakların yanında alıcının genel hükümlere göre tazminat isteme hakkının saklı olduğu belirtilmiştir. Alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanmasını durum haklı göstermiyorsa, hakimin satış bedelinin indirilmesine veya (eski hükümden farklı olarak) satılanın onarılmasına karar verebilir. Jeceği kabul edilmiştir. Eski hükme göre, satılana eksiklik satış bedeline eşit ise alıcı bedel isteyemeyip sözleşmeden dönebilirken, yeni hükme göre satılanın değerindeki eksiklik satış bedeline çok yakın ise alıcı, sözleşmeden dönme veya satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini isteme haklarından birini kullanabilecektir.

(Bkz. ve krş. § 36, N. 33)

Yeni Hükteki Borçlar Kanunu	Madde 231: Satıcı daha uzun bir süre için üstlenmiş olmadıkça, satılanın ayıbından doğan sorumluluğa ilişkin her türlü dava, satılana ayıp daha sonra ortaya çıksa bile, satılanın alıcıya devrinden başlayarak iki yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Alıcının satılanın kendisine devrinden başlayarak iki yıl içinde bildirdiği ayıptan doğan def'i hakkı, bu sürenin geçmiş olmasıyla ortadan kalkmaz. Satıcı, satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise, iki yıllık zamanaşımı süresinden yararlanamaz.

Mülga
Borçlar
Kanunu

Madde 207: Satıcı daha uzun müddet için kefalet etmemiş ise satılanı ayıba karşı tekeffülden mütevellit her türlü dava, satılana ayıp daha sonra meydana çıksa bile alıcıya teslim vukuundan itibaren bir sene geçmekle sakıt olur.

Fakat alıcının, satıcı tarafından aleyhine ikame edilen davaya karşı satılanın tesliminden itibaren bir sene geçmeksizin ilibar ettiği ayıptan dolayı def'i hakkı sene geçmekle sakıt olmayıp devam eder.

Satıcı alıcıyı iğfal etmiş ise bu bir senelik münin zamanından istifade edemez.

Açıklama Satılanın ayıbından doğan sorumluluğa ilişkin eski düzenlemedeki bir yıllık zamanaşımı süresi yeni düzenleme ile satılanın alıcıya devrinden itibaren iki yıl olarak kabul edilmiştir. Hükümün ikinci fıkrasına göre, satıcı satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise, iki yıllık zamanaşımı süresinden yararlanamaz. Eski hükümde ise bu düzenleme ancak sahcının hilesi halinde kabul edilmişti.

(Bkz. ve krş. § 36, N. 33, 40)

Yürürlükteki Borçlar Kanunu	Madde 288: Bağışlama sözü vermenin geçerliliği, bu sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır. Bir taşınmazın veya taşınmaz üzerindeki aynı bir hakkın bağışlanması sözü vermenin geçerliliği, ancak resmî şekilde yapılmış olmasına bağlıdır. Şekle uyulmaması sebebiyle geçersiz olan bağışlama sözü verme, bağışlayan tarafından yerine getirildiğinde, elden bağışlama hükmündedir. Ancak, geçerliliği resmî şekle bağlanmış olan bağışlamalarda bu hüküm uygulanmaz.

Mülga Borçlar Kanunu

Madde 238: Bağışlama taahhüdünün müveber olması taliriri olmasına mütevakıflır.

Bir gayrimenkulün ya/ut gayrimenkul üzerindeki aynı bir hakkın bağışlanması taahhüdü, ancak resmi suretle yapılmış ise müteber olur.

Bağışlama taahhüdü, tefiz edilince elden yapılmış bağışlama gibi olur.

Açıklama Şekle uyulmaması sebebiyle geçersiz olan bağışlama sözü vermenin bağışlayan tarafından yerine getirildiğinde elden bağışlama hükmünde olacağı kuralının, geçerliliği resmi şekle bağlanmış olan bağışlamalarda uygulanmayacağı açıkça ifade edilmiştir.

(Bkz. § 30, N. 8)

Yürürlükteki Borçlar Kanunu	Madde 289: Elden bağışlama, bağışlayanın bir taşınırını bağışlanana teslim etmesiyle kurulmuş olur.

Mülga Borçlar Kanunu

Madde 237: Elden bağışlama, bağışlayanın bir şeyi bağışlanana teslim etmesiyle müccut bulur.

Gayrimenkulün veya gayrimenkul üzerindeki aynı hakların bağışlanması, ancak tapu siciline kaydedilmekle tamam olur.

Bu tescil, ancak müteber bir bağışlama taahhüdüne istinaden yapılabilir.

Açıklama

Eski hükümde elden bağışlamanın konusunun "bir şey" olduğu belirtilirken, yeni hükümde elden bağışlamanın konusunun "bir taşınır" olabileceği açıkça ifade edilmiştir.

(Bkz. § 16, N. 5)

Yürürlükteki Borçlar Kanunu Madde 504: Vekâletin kapsamı, sözleşmede açıkça gösterilmemişse, görülecek işin niteliğine göre belirlenir. Vekâlet, özellikle vekilin üstlendiği işin görülmesi için gerekli hukuki işlemlerin yapılması yetkisini de kapsar. Vekil, özel olarak yetkili kılınmadıkça dava açamaz, sulh olamaz, hakeme başvuramaz, iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato talep edemez, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, bağışlama yapamaz, kefil olamaz, taşınmazı devredemez ve bir hak ile sınırlandıramaz.

Mülga Borçlar Kanunu

Madde 388: Vekalet akdinin şunuulii mukavele ile saralıateu tesbit edilme- miş ise iaal/iik eylediği işin ma/iyetiue göre ttiyin edilir.

Vektilet, vekilin takabbiiil eylediği işiü yapılması içiü icap eden /uuJ..-uli tasaruuflan ifa saldlıiyetini şamildir.

Hususi bir sakiliyeti haiz olmadıkça veldl, dtiva ikame edemez, sullı ola- maz, tahl..im edemez, kambiyo taallıluidiinde bulunamaz, bağışlayamaz, bir gayrimenkulii temlik veya bir liak ile talyit edemez.

Açıklama Vekilin özel olarak yetkili kılınmadıkça yapamayacağı işlemler arasında eski düzenlemede yer alan işlemlerin yanında iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato talep et- me ile kefil olma işlemleri de sayılmıştır.

(Bkz. ve 11.Tş. § 46, N. 37)

Yürürlükteki Borçlar Kanunu Madde 506: Vekil, vekâlet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlü- dür. Ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hâllerde vekil, işi başkasına yaptırabilir. Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatle- rini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür. Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin gös- termesi gereken davranış esas alınır.

Mülga Borçlar Kanunu

Madde 390: Vekilin me'su/iyeli, umumi surelle işçinin mes'uliyetine ait liikiinilere tabidir.

Vekil, müveklı.ile karşı vekaleti iyi bir suretle ifa ile mükelleftir.

Vel..il, başkasını tevkile mezun veya lıa/ icabma göre mecbur olmadıkça veya tidet başkasını kendi yerine ikameye müsait bulunmadıkça müvekki- liiubihi kendisi yapmağa mecburdur.

Açıklama Eski hükümde vekilin sorumluluğu açısından işçinin

hizmet sözleşmesindeki sorumluluğuna ilişkin hükümlere atıfta bulunulurken, yeni hüküm uyarınca üstlendiği iş ve hizmetleri, vekalet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlü olan vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranışın esas alınacağı belirtilmiştir.

Yürürlükteki Borçlar Kanunu	Madde 583: Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin, sorumlu olduğu azamî miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır. Kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunulması da aynı şekil koşullarına bağlıdır. Taraflar, yazılı şekle uyarak kefilin sorumluluğunu borcun belirli bir miktarıyla sınırlandırmayı kararlaştırabilirler. Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler, kefalet için öngörülen şekle uyulmadıkça hüküm doğurmaz.

Mülga
Borçlar
Kanunu

Madde 484: Kefaletin sıhhati. talirirf şekle riayet etmeğe ve kefilin mes'ul olacağı muayyen bir mikdar iraesine mütevak!..ıftır.

Açıklama

Eski düzenlemeden farklı olarak, kefilin, sorumlu olduğu azami miktardan, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi gereklidir. Kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunulması da aynı şekil koşullarına bağlı tutulmuştur. Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişikliklerin de kefalet için öngörülen şekle uyularak yapılması gerekir. Buna karşılık, kefilin sorumluluğunu borcun belirli bir miktarıyla sınırlandıran anlaşmalar yazılı şekle uyarak gerçekleştirilebilir.
(Bkz. ve krş. § 25, N. 9, § 26, N. 1)

Açıklama Eski hükümde kumar oynayan veya bahse giren **kişi tarafından imzalanmış adi borç senedi ya da kambiyo senedi** üçüncü kişiye devredilmiş olsa bile buna dayanarak hiçbir hak talep edilemeyeceği ifade edilmişken, yeni hükümde söz konusu hallerde dava açılmayacağı ve takip yapılamayacağı belirtilmiştir.

Yürürlükteki Borçlar Kanunu	Madde 637: Kendi adına ve ortaklık hesabına bir üçüncü kişi ile işlemde bulunan ortak, bu kişiye karşı bizzat kendisi alacaklı ve borçlu olur. Ortaklardan biri, ortaklık veya bütün ortaklar adına bir üçüncü kişi ile işlem yaparsa, diğer ortaklar ancak temsile ilişkin hükümler uyarınca, bu kişinin alacaklısı veya borçlusu olurlar. Kendisine yönetim görevi verilen ortağın, ortaklığı veya bütün ortakları üçüncü kişilere karşı temsil etme yetkisi var sayılır. Ancak, temsil yetkisine sahip yönetici ortağın yapacağı önemli tasarruf işlemlerine ilişkin yetkinin, bütün ortakların oybirliğiyle verilmiş olması ve yetki belgesinde bu hususun açıkça belirtilmiş olması şarttır.

Mülga Borçlar Kanunu

Madde 533: Şirket hesabına ve kendi namına bir üçüncü şahıs ile muameleye giren şerik, bu üçüncü şahsa karşı yalnız kendisi alacaklı ve borçlu olur. Şirket veya bütün şerikler namına üçüncü bir şahıs ile şeriklerden biri muameleye girdiği halde diğer şerikler ancak temsil hakkındaki hükümlere tevfikân üçüncü şahsın alacaklı veya borçlusu olurlar. Kendisine idare vazifesi tahmil edilen şerik şirketi ve bütün şerikleri üçüncü şahıslara karşı temsil etmek hakkım haiz sayılır.

Açıklama

Yeni hükümde eski düzenlemede olduğu gibi kendisine yönetim görevi verilen ortağın, ortaklığı veya bütün ortakları üçüncü kişilere karşı temsil etme yetkisinin var sayılacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte, eski hükümden farklı olarak hükmün üçüncü fıkrasında, bu halde temsil yetkisine sahip yönetici ortağın yapacağı önemli tasarruf işlemlerine ilişkin yetkinin, bütün ortakların oybirliğiyle verilmiş olması ve yetki belgesinde bu hususun açıkça belirtilmiş olması şartı getirilmiştir.
(Bkz. ve krş. § 46, N. 52)

6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU

Yürürlükteki Ticaret Kanunu	Madde 21: (1)... (2)... (3) Telefonla, telgrafla, herhangi bir iletişim veya bilişim aracıyla veya diğer bir teknik araçla ya da sözlü olarak kurulan sözleşmelerle yapılan açıklamaların içeriğini doğrulayan bir yazıyı alan kişi, bunu aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde itirazda bulunmamışsa, söz konusu teyit mektubunun yapılan sözleşmeye veya açıklamalara uygun olduğunu kabul etmiş sayılır.

Mülga
Ticaret
Kanunu

Madde 23:

(..)

(...)

Şifa/ten, telefon veya telgrafla yapılan mukavelelerin veya beyanların mulitevasını teyit eden bir yazıyı alan kimse, aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde bir itirazda bulunmamışsa teyit mektubunun yapılan mukaveleye ve beyanlara uygun olduğunu kabul etmiş sayılır.

Açıklama

Eski hükümden farklı olarak, telefonun ve telgrafın yanında, herhangi bir iletişim ya da bilişim aracıyla ya da bir diğer teknik araçla kurulan sözleşmelerle yapılan açıklamaların içeriğini doğrulayan bir yazıyı alan kişinin, bunu aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde itirazda bulunmaması halinde, söz konusu teyit mektubunun yapılan sözleşmeye ya da açıklamalara uygun olduğunu kabul etmiş sayılacağı düzenlenmiştir.

(Bkz. ve krş. § 14, N. 11)

Yürürlükteki Ticaret Kanunu	Madde 23: (1)... a)... b) ...

c)...	
Mülga Ticaret Kanunu	<i>Madde 25:</i> (...) 1. 2. ... 3. ... 4. <i>Borçlar Kanunundaki 207 nci maddesindeki müddet: zaman müddeti tüccarlar arasındaki ticari satışlarda altı aydır. Şu kadar ki; bu müddet azaltılabilir.</i> 5. ...
Açıklama	Tacirler arasındaki ticari şahıslarda zamanaşımı süresini altı ay olarak kabul eden düzenlemeye yeni hükümde yer verilmemiştir. <i>(Bkz. ve krş. § 36, N. 37 du. 45, § 36, N. 40)</i>

Yürürlükteki Ticaret Kanunu	<i>Madde 856:</i> (1) (1) Taşıma senedi taraflardan birinin istemi üzerine düzenlenir.(...) (2) Taşıma senedi düzenlenmemiş olsa bile, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradeleri ile taşıma sözleşmesi kurulur. Eşyanın taşıyıcıya teslimi, taşıma sözleşmesinin varlığına karinedir.

Mülga Ticaret Kanunu	<i>Madde 768:</i> <i>Gönderen, taşıyıcıya, talebi halinde iki nüsha olarak bir taşıma senedi vermeye mecburdur. Fakat taşıma senedi tanzim edilmemiş olsa bile muvafakatleri ve eşyanın taşıyıcıya teslimi ile sözleşme taraflar arasında tamam olur.</i> (...)
Açıklama	Eski düzenlemeden farklı olarak, taşıma senedi düzenlenmemiş olsa bile, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradeleri ile taşıma sözleşmesinin kurulacağı, eşyanın taşıyıcıya tesliminin ise taşıma sözleşmesinin varlığına karine olduğu kabul edilmiştir. <i>(Bkz. ve krş. § 10, N. 8, § 11, N. 6)</i>

**Yürürlükteki
Ticaret
Kanunu**

Karşılığı yoktur.

**Mülga
Ticaret
Kanunu**

Madde 990:

Gemii bulundugu yerin malikemesi bilirkişi diuliyere,k,e varsa Türk Konsolosumun mitaliasını alarak satışta kati zauuret bulunduguna karar vermedikçe kaptan gemiyi satamaz.

Gemiin bulundugu yerde malikeme veya talikikat yapabilecek başka bir makam yoksa kaptan hareketi li haklı gösterecek bilirkişi rapor lı almak, bimu da imkiin yoksa başka deliller toplamak mecburiyetindedir.

Satış açık artırma ile yapılır.

Açıklama

"Gemi satışı" kenar başlığını taşıyan mülga TTK m. 990 hükmünün yürürlükteki TTK'da karşılığı bulunmamaktadır.

(Bkz. ve krş. § 2, N. 53)

**Yürürlükteki
Ticaret
Kanunu**

Karşılığı yoktur.

**Mülga
Ticaret
Kanunu**

Madde 1252:

Navlun talisil eden donatan, bu yizden relin liaklarını tamamen veya kısmen kaybetmiş olan gemi alacaklı/arma karşı, talisil ertiği nispette şalışan mesuldür; şu kadar ki; donatanın alacaklılardan her birine karşı olan bu uesuliyeti, tahsil olunan paranın kanuni sıra gereğince paylaşılması ita/inde /her birine isabet edecek olan nüktarı geçemez.

Donatanın kendi hesabına gemiye yüklettiği mallar için yükleme yerinde ve yükleme zamanında ödemesi mitat olan navlun hakkında da J inci fıkra liilauü iatbik olunur.

Açıklama

Navlunun tahsili halinde donatanın sınırlı sorumluluğunu düzenleyen mülga TTK m. 1252 hükmünün yürürlükteki TTK'da karşılığı bulunmamaktadır.

(Bkz. ve krş. § 2, N. 53)

**Yürürlükteki
Ticaret
Kanunu**

Karşılığı yoktur.

**Mülga
Ticaret
Kanunu**

Madde 1254:

Donatan 1245 ve 1246 ucu maddelerde yazılı hallerde satış bedelini tahsil ederse cebri icra veya zaruri satış neticesinde yahut ilan yoluyla davet sanımda verilen iptal kararı sebebiyle rehin hakları düşmüş olan gemi alacaklı/arıma karşı 1252 ve 1253 üncü maddelerde yazılı olduğu gibi şalisen mesul olur.

Açıklama

Geminin cebri veya zaruri satışı halinde donatanın sınırlı sorumluluğunu düzenleyen mülga TTK m. 1254 hükmünün yürürlükteki TTK'da karşılığı bulunmamaktadır.

(Bkz. ve krş. § 2, N. 53)

**Yürürlükteki
Ticaret
Kanunu**

Karşılığı yoktur.

**Mülga
Ticaret
Kanunu**

Madde 1464:

Gerek bu kanunda, gerekse diğer kanunlardaki (Mukavele) ve (Akit) sözleri aynı manaya gelir.

Açıklama

"Mukavele sözünün manası" kenar başlıklı mülga TTK m. 1464 hükmünün yürürlükteki TTK'da karşılığı bulunmamaktadır.

(Bkz. ve krş. § 11, N.9)

6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN

**Yürürlükteki
TKHK** Karşılığı yoktur.

Madde 4:

**Mülga
TKHK**

(...)

Tüketici, malın teslimi tarihinden itibaren otuz gün içerisinde ayıplarını satıcıya bildirmekle yükümlüdür.

(...)

Açıklama Mülga TKHK m. 4'de tüketiciye, malın teslim tarihinden itibaren otuz gün içerisinde ayıplarını satıcıya bildirme külfeti yüklenmişken, yürürlükteki TKHK'da ayıplı maldan sorumluluğa ilişkin hükümler arasında tüketicinin ayıplarını satıcıya bildirme külfetine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

(Bkz. ve karşı. § 36, N. 35)

**Yürürlükteki
TKHK**

Madde 5:

(1) Haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengeye neden olan sözleşme şartlarıdır.

(2) Tüketiciyle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.

(3) Bir sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşmeyi düzenleyen, bir standart şartın münferiden müzakere edildiğini iddia ediyorsa bunu ispatla yükümlüdür. Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya mün-

ferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez.

(4) Sözleşme şartlarının yazılı olması hâlinde, sözleşmenin açık ve anlaşılır bir dilin kullanılmış olması, sözleşmede yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır bir dilden birden çok anlama gelmesi hâlinde; bu hüküm yorumlanır.

(5) Faaliyetlerini, kanun veya yetkili makamların izniyle yürütmekte olan kişi veya kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın bu madde hükümleri uygulanır.

(6) Bir sözleşme şartının haksızlığı; sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin kuruluşunda var olan şartlar ve sözleşmenin diğer hükümleri veya haksız şartın ilgili olduğu diğer bir sözleşmenin hükümleri dikkate alınmak suretiyle sözleşmenin kuruluşuna göre belirlenir.

(7) Sözleşme şartlarının haksızlığının takdirinde, bu şartların anlaşılır bir dille yazılmış olmak koşuluyla, hem sözleşme, doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki hem de mal veya hizmetin piyasa değeri ile sözleşmede belirlenen fiyat arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz.

(8) Bakanlık, genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış sözleşmelerde yer alan haksız şartların, sözleşme metinlerinden çıkarılması veya kullanılmasının önlenmesi için gerekli tedbirleri alır.

(9) Haksız şartların tespit edilmesi ve denetlenmesine ilişkin usul ve esaslar ile sınırlayıcı olmamak üzere haksız şart olduğu kabul edilen sözleşme şartları yönetmelikle belirlenir.

Madde 6:

Satıcı veya sağ/ayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyetle kurulması aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır.

Taraflardan birini tüketiciyi oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir.

Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartı tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir.

Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden, standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsur/arı veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez.

Bir satıcı veya sağlayıcı, bir standart şartın münferiden tartışıldığını ileri sürüyorsa, bunu ispat yükü ona aittir.

**Mülga
TKHK**

6/A, 6/B, 6/C, 7, 9, 9/A, 10, 10/A ve 11/A maddelerinde yazılı olarak düzenlenmesi öngören" ile tüketici sözleşmeleri en az oniki punto ve koyu siyah harflerle düzenlenir ve sözleşmede bulunması gereken şartlardan bir veya birkaçının bulunmaması durumunda eksiklik sözleşmenin geçerliliği ile etkilemez. Bu eksiklik satıcı veya sağlayıcı tarafından derhal giderilir.

Bakanlık standart sözleşmelerde yer alan haksız şartların tespit edilmesine ve bunların sözleşme metninden çıkartılmasının sağlanmasına ilişkin usul ve esaslar belirler.

Açıklama Haksız şart tanımı yapılırken, tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dahil edilen kuralların, tarafların karşılıklı hak ve yükümlülüklerinde tüketici aleyhine dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartları olduğu belirtilmiştir. Eski düzenlemede ise bu konuda iyiniyet kuralına aykırılıktan bahsedilmekteydi.

Eski düzenlemeye göre, taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildi. Eski düzenlemenin yürürlükte bulunduğu sırada Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'in 7. maddesinin ilk cümlesinde haksız şartların batıl olduğu ifade edilirken, söz konusu maddenin ikinci cümlesinde ise yok sayılan hükümlerden söz edilmekteydi. Yeni düzenlemede ise tüketiciyle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartların kesin olarak hükümsüz olduğu ifade edilmiştir. Söz konusu bu hükme göre, sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur ve sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmamacak olduğunu ileri süremez.

Mülga TKHK'nın yürürlükte olduğu dönemde uygulanan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'te yer alan bazı hükümlerin de yürürlükteki TKHK'da kanun hükmünde düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Örn: Sözleşmede yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi halinde, bu hükmün tüketici lehine yorumlanacağı; sözleşme şartlarının haksızlığının takdirinde, bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olmak koşuluyla, hem

**sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükJeri arasındaki
hem de mal veya hizmetin piyasa değeri ile sözleşmede
belirlenen fiyat arasındaki dengeye ilişkin bir değerlen-
dirme yapılamayacağı.**

(Bkz. ve f..Tş. § 23, N. 1 vd., özellikle§ 23, N. 27 vd., § 43, N. 32)

Yürürlükteki TKHK	Madde 6: (1) Vitrinde, rafta, elektronik ortamda veya açıkça görülebilir herhangi bir yerde teşhir edilen malın, satılık olmadığı belirtilen bir ibareye yer verilmedikçe satışından kaçınılamaz. (2) ... (3) ... (4) ...

Madde 5:

**Mülga
TKHK**

Üzerinde "numunedir" veya "satılık değildir" ibaresi bulunmayan bir malın; ticari bir kuruluşun vitrininde, rafında veya açıkça görülebilir herhangi bir yerinde teşhir edilmesi halinde satıcı bu malların satışından kaçınmaz.

(...)

Açıklama

Eski hükümden farklı olarak sadece ticari bir kuruluşun vitrininde, rafında ya da açıkça görülebilir herhangi bir yerde değil, elektronik ortamda teşhir edilen malın da, satılık olmadığı belirtilen bir ibareye yer verilmedikçe satışından kaçınılamayacağı belirtilmiştir.

(Bkz. ve lı.Tş. § 18, N. 11 dn. 24, § 41, N. 26 vd.)

Yürürlükteki TKHK	Madde 26: (1) Belirli süreli kredi sözleşmesinin şartları, tüketici aleyhine değiştirilemez. (2) Belirsiz süreli kredi sözleşmelerinde faiz oranında değişiklik

yapılması hâlinde, bu değişikliğin yürürlüğe girmesinden otuz gün önce, tüketiciye kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla yazılı olarak bildirilmesi zorunludur. Bu bildirimde, yeni faiz oranının yürürlüğe girmesinden sonra yapılacak ödemelerin tutarı, sayısı ile aralıklarının değişmesine ilişkin ayrıntılara yer verilir. Faiz oranının artırılması hâlinde, yeni faiz oranı geriye dönük olarak uygulanamaz. Tüketici, bildirim tarihinden itibaren en geç altmış gün içinde borcun tamamını ödediği ve kredi kullanmaya son verdiği takdirde faiz artışından etkilenmez.

Madde 10:

**Mülga
TKHK**

(...) Taraflar arasında akdedilen sözleşmede öngön'ilen f...Tedi şartlan, sözleşme süresi içerisinde tüketici aleyhine değiştirilemez.

(...)

Açıklama

Eski düzenlemede tüketici kredisi sözleşmeleri açısından kredi şartlarının sözleşme süresi içinde tüketici aleyhine değiştirilemeyeceği ifade edilmişken, yeni hükümde bu hususta belirli ve belirsiz süreli tüketici kredisi sözleşmeleri açısından bir ayırım yapılmış; belirli süreli tüketici kredisi sözleşmesinin şartlarının tüketici aleyhine değiştirilemeyeceği belirtilmiş, belirsiz süreli kredi sözleşmesinde ise hükümde belirtilen şartlar çerçevesinde faiz oranında değişiklik yapılabileceği kabul edilmiştir.

(Bkz. ve ATŞ. § 42, N. 50a)

**Yürürlükteki
TKHK**

Madde 48:

(1) Mesafeli sözleşme, satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dâhil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelerdir.

(2) Tüketici, mesafeli sözleşmeyi ya da buna karşılık gelen herhangi bir teklifi kabul etmeden önce ayrıntıları yönetmelikte belirlenen hususlarda ve siparişi onaylandığı takdirde ödeme yükümlülüğü altına gireceği konusunda açık ve anlaşılır şekilde satıcı veya sağlayıcı tarafından bilgilendirilir. Tüketicinin bilgilendirildiğine ilişkin ispat yükü satıcı veya sağlayıcıya aittir.

(3) Satıcı veya sağlayıcı, tüketicinin siparişinin kendisine ulaştığı andan itibaren taahhüt edilen süre içinde edimini yerine getirir. Mal satışlarında bu süre her halükarda otuz günü geçemez. Satıcı veya sağlayıcının, bu süre içinde edimini yerine getirmemesi durumunda tüketici sözleşmeyi feshedebilir.

(4) Tüketici, on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkına sahiptir. Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirimin, bu süre içinde satıcı veya sağlayıcıya yöneltilmiş olması yeterlidir. Satıcı veya sağlayıcı, cayma hakkı konusunda tüketicinin bilgilendirildiğini ispat etmekle yükümlüdür. Tüketici, cayma hakkı konusunda gerektiği şekilde bilgilendirilmezse, cayma hakkını kullanmak için on dört günlük süreyle bağlı değildir. Her halükarda bu süre cayma süresinin bittiği tarihten itibaren bir yıl sonra sona erer. Tüketici, cayma hakkı süresi içinde, malın teslimatı ile ilgili olarak meydana gelen değişiklik ve bozulmalardan sorumlu değildir.

(5) Oluşturdukları sistem çerçevesinde, alıcılar ile iletişim araçlarını kullanmak veya kullandırmak suretiyle, alıcıya sağlayıcıdan mesafeli sözleşme imulmasında aracılık edenler, fıkra maddesinde yer alan hususlardan dolayı satıcı veya sağlayıcı ile yapılan sözleşmelere ilişkin kayıtları tutmak ve istenilmesi halinde bu bilgileri ilgili kurum, kuruluş ve tüketicilere vermekle yükümlüdür. Ancak bu fıkra kapsamında aracılık edenler, satıcı veya sağlayıcı ile yaptıkları sözleşmeye aykırı fiillerinden dolayı sorumludur.

(6) Mesafeli sözleşmelerde, kapsam dışı sözleşmeler, tüketici ile satıcı ve sağlayıcının hak ve yükümlülükleri, cayma hakkı, bilgilendirme yükümlülüğü, teslimat ile diğer uygulama usul ve esasları yönetmelikle belirlenir.

Madde 9A:

Mesafeli sözleşmeler; yazılı, görsel, telefon ve elektronik ortamda veya diğer iletişim araç/an kullanılarak ve tüketicilerle karşı karşıya gelinmeksizin yapılan ve malın veya hizmetin tüketiciye anında veya sonradan teslimi veya ifası karar/aştın/an sözleşmelerdir.

Mesafeli satış sözleşmesinin akdinden önce, ayrıntıları Bakanlıkça çıkarılacak tebliğle belirlenecek bilgilerin tüketiciye verilmesi zorunludur. Tüketici, bu bilgileri edindiğini yanlış olarak teyit etmedikçe sözleşme akdedilemez. Elektronik ortamda yapılan sözleşmelerde teyid işlemi, yine elektronik ortamda yapılır.

Satıcı ve sağlayıcı, tüketicinin siparişi kendisine ulaştığı andan itibaren otuz gün içerisinde edimini yerine getirir. Bu süre, tüketiciye daha önceden yazılı olarak bildirilmek koşuluyla en fazla on gün uzatılabilir.

**Mülga
TKDK**

Salıcı veya sağlayıcı elektronik ortamda tüketiciye teslim edilen gayri maddi malların veya sunulan hizmetlerin teslimatının ayıpsız olarak yapıldığı ispatla yükümlidir.

Cayma hakkı süresince sözleşmeye konu olan mal veya hizmet karşılığında tüketiciden herhangi bir isim altında ödeme yapmasının veya borç altına sokan herhangi bir belge vermesinin istenemeyeceğine ilişkin /iii/.imler dışında kapıda satışlara ilişkin yükümler mesafeli sözleşmelere de uygulanır.

Satıcı veya sağlayıcı cayma bildirimi kendisine ulaştığı tarihten itibaren on gün içinde almış olduğu bedeli, kıymetli evrakı ve tüketiciyi bu /uu/.uki işlemde dolayı borç altına sokan her türlü belgeyi iade etmek ve yirmi gün içerisinde de malı geri almakla yükümlidir.

Açıklama **Yeni hükümde mesafeli sözleşme tanımı yapılırken mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde sözleşmenin gerçekleştirilmiş olması ve taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dahil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması gerektiği ifade edilmiştir.**

Eski düzenlemeye göre satıcı ve sağlayıcı, tüketicinin siparişi kendisine ulaştığı andan itibaren otuz gün içerisinde edimini yerine getirip, bu süre de tüketiciye daha önceden yazılı olarak bildirilmek koşuluyla en fazla on gün uzatılabilirken, yeni hükme göre satıcı veya sağlayıcı, tüketicinin siparişinin kendisine ulaştığı andan itibaren taahhüt edilen süre içinde edimini yerine getirir ve mal satışlarında bu süre her halde otuz günü geçemez. Satıcı veya sağlayıcının bu süre içinde edimini yerine getirmemesi durumunda ise tüketici sözleşmeyi feshedebilir.

Tüketicinin, herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkı ise on dört gün olarak kabul edilmiştir.

(Bkz. ve krş. § 22a, N. 1 vd.)

----- • -----

ESKİ BORÇLAR KANUNU'NDAKİ KAVRAMLARIN YENİ BORÇLAR KANUNU'NDAKİ KARŞILIKLARI*

Adi şirket	Adi ortaklık
Akdin in'ikadı	Sözleşmenin kurulması
Akit/mukavele	Sözleşme
Akit yapmak vaadi	Önsözleşme
Alacağın temlik	Alacağın devri
Alacağın temlik vaadi	Alacağın devri sözü verme
Alacaklıların arasında teselsül	Müteselsil alacaklılık
Aleni icap	Herkese açık öneri
Ariyet akdi	Kullanım ödücü sözleşmesi
Ayıba karşı tekeffül	Ayıptan sorumluluk
Bağışlama vaadi	Bağışlama sözü verme
Başkası lehine şart	Üçüncü kişi yaranna sözleşme
Başkasının fiilini taahhüt	Üçüncü kişinin fiilini üstlenme
Batıl	Kesin hükümsüz
Bey'i bilvefa	Geri alım hakkı
Birden ziyade şeylere taahhüt eden borç	Seçimlik borç
Borcun nakli	Borcun üstlenilmesi
Borçikran	Borç tanınması
Borç münasebeti	Borç ilişkisi
Borçlular arasında teselsül	Müteselsil borçluluk
Butlan	Kesin hükümsüzlük

- Listenin sol tarafında 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nda kullanılan hukuki kavramlar, listenin sağ tarafında ise bu kavramların yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki karşılıkları yer almaktadır.

Cebri müzayedelerde sahm

Cezai'sart

Cismani zarar

Emtia

Evlenme tellillığı

Gabin

Gaipler arasında

Gayrimenkul

Gayrimenkul müzayedesı

Geçmiş günler faizi

Haksız bir fiil ile mal iktisabı

Haksız muamele

Hasılat kirası

Hata

Hiffet

Hile

Hukuki muamele

Hükmi şahıs

Hüsnüniyet

Iztırar hali

İcazet

ifatrediye

İhtirazı kayıt

İkrah

İlan suretiyle vuku bulan vaat

bliyet

İltizamsız icap

İnfisahi şart

Cebri artırma yoluyla satış

Ceza koşulu

Bedensel zarar

Mal

Evlenme simsarlığı

Aşırı yararlanma

Hazır olmayanlar arasında

Taşınmaz

Taşınmaz açık artırma yoluyla; satışı

Temerrüt faizi

Sebepsiz zenginleşme

Haksız fiil

Ürün kirası

Yanılma

Düşüncesizlik

Aldatma

Hukuki işlem

Tüzel kişi

İyiniyet

Zorunluluk hali

Öneri

Onama

Ödeme

Çekince

Korkutma

han yoluyla ödül sözü verme

Nedensellik

Bağlayıcı olmayan öneri

Boş

Kocayusufopafoğlu

İstihdam edenlerin mes'uliyeti

İstisna akdi

İştira hakkı

İtibar emri

İtibar mektubu

Karzakdi

Kaydı hayat ile irat

.Kazai temlik

Kısmen tediye

Mahdud zaman için kefalet

Mahdud olmayan zaman için kefalet

Memur ve müstahdem hakkında kefalet

Menkul sahmı

Mes'uliyetteo beraat şartı

Meşru müdafaa

Muaccel borç

Muavin şahısların fiilerindeo
mes'uliyet

Muayyen olmayan bir **şeye taallık**
eden borç

Muhbir

Muhik sebep

Munzam zarar

Müeccel borç

Mükellefiyetli bağışlama

Mümessil

Müruruzaman

Mür.unızamamn kat'ı

Müniruzamanın tatili

Mütekabil taabhiij datı ihtiva eden akit

Adam çalışhranın sorumluluğu

Eser sözleşmesi

Alım hakkı

Kredi emri

Kredi mektubu

Tüketim ödöncü sözleşmesi

Ömür boyu gelir sözleşmesi

Yargısal devir

Kısmen üa

Sürelı kefalet

Sürelı olmayan kefalet

Çalışanlara kefalet

Taşınır sahsı

Sorumsuzluk **anlaşması**

Haklı savunma

Süreye**bağlanmamış** borç

Yardımcı kişilerin fiillerinden
sorumluluk

Çeşit bÖtcl

Haberci

Haklı sebep

Aşkın zarar

Süreye bağlı borç

Yüklemeli bağışlama

Temsilci

Zamanaşımı

Zamana:ımını.kestlmei

Zamanaşımını durması

Karşılıklı borç yükleyen sözleşme

Müvekkil	Vekalet veren	
Müzayaka halinde bulunma	Zor durumda kalma	1
eşir mukavelesi	Yayın sözleşmesi	
Nümune üzerine satım	Örnek üzerine satış	
Pey akçesi	Bağlanma parası	
Rekabet yapmak memnuiyeti	Rekabet yasağı	
Rızadaki fesat	İrade bozuklukluğu	
Rüçhan hakları	Öncelik hakları	
Salahiyete müstenit temsil	Yetkili temsil	
Salahiyeti natık vesika	Yetki belgesi	
Salahiyetin fıkdanı	Yetkisiz temsil	
Salihiyetin tahdidi	Yetkinin sınırlanması	
Salahiyetin ref'i	Yetkinin geri alınması	
Semen	Satış bedeli	
Şart	Koşul	
Şuf'a hakkı	Önalım hakkı	
Tahriri şekil	Yazılı şekil	
Taksimi kabil olmayan borç	Bölünemeyen borç	
Taliki şart	Geciktirici koşul	
Tazminatın tenkisi	Tazminatın indirilmesi	
Tecdit	Yenileme	
Tecrübe ve muayene şartıyla satım	Beğenme koşuluyla satış	
Tecrübesizlik	Deneyimsizlik	
TeJUlhk akdi	Simsarlık Sözleşmesi	
Temyiz kudreti	Ayırt etme gücü	
Temyiz kudretinfı-12 olmayanların	İkkyet.Sorumluluğu	
mer'uliyeti	Ticari temsilci	
Ticari mümessil	Mal değişim sözleşmesi	
Trampa		

KURAL DİZİNİ

Türk Borçlar Kanunu*

1 (!): § 1 3, § 8 N 1/2, § 10 N 4, § 11 4, 8. s 13 N 5 7, 9/10, § 14 N 1. 6. § 17 N 1-3, § 20 N 5, § 36 N 3. 55, 59. 61, 90, § 37 N 16

2 (2): § 11 31, § 17 N 4/5, 8-14, § 20 N 3, § 23 N 4

3 (3): § 15 N 4, 18, § 19 N 8, 11, 18, § 21 N 1. § 22 N 1

4(4): § 19N 2-5, 8, § 21 N 1

5 (5): § 15 N 4, § 19 N 8/9, 11-17, 19/20, § 21 N 1/2

6 (6): § 14 N 8, 10, § 18 N 12, 20, § 20 N 3-8, § 22 N 4, § 46 N 25, 31

8 (7): § 18 N 5-6, 8-18, § 41 N 21, 28/29, 31/32

9 (8): § 8 N 2, § 11 N 2, § 24 N 2-4, 7, 16, 21, § 36 N 86

10 (9): § 7 N 4, § 11 N 36, § 15 N 4, § 19 N 19, § 21 N 1, 3/4, § 36 N 71, § 49 N 14

11 (10): § 22 N 2-4, § 46 N 25

12 (11): § 11 N 46, § 17 N 14, § 22a N 11, § 25 N 6/7, § 26 N 14, § 26 N 33, § 29 N 2, 4, § 30 N 21, § 35 N 64, § 46 N 60

13 (12): § 25 N 10, § 28 N 1-3, § 31 N 9

14 (13): § 26 N 33/34, § 27 N 6, § 31 N 8

15 (14): § 26 N 6/7, 11/12, 14, 22, 33, § 50 N 22

16 (15): § 26 N 15-17, 19-21, § 31 N 8

17 (16): § 17 N 14, § 25 N 6, § 31 N 1-7, 9

18 (17): § 11 N 37, 44-47, 51

19(18): § 11 N 20, § 13 N 4, 6, § 32 N 2, 4, 7, § 35 N 2, 30-36, 59, § 36 N 62, § 44 N 26, § 50 N 22

26 (19): § 11 N 17, 51, § 23 N 41-43, § 24 N 8, § 35 N 58, § 39 N 2, § 40 N 1/2, 7, § 42 N 4, 6, 8, 10, 15, 21, 36, 39, 50, 54, § 42 N 59, § 44 N 9, 31, 37

27 (20): § 2 N 16, § 5 N 16, § 10 N 1, § 11 N 17, 55, § 22 N 3, § 22a N 9/10, § 23 N 38, 41, 43, § 24 N 8, § 35 N 73, § 36 N 79, § 39 N 2, 19, 28/29, 33-35, § 40 N 2, 7, § 42 N 4, 6, 8, 10-12, 15, 18, 21, 24, 26/27, 36, 38/39, 45, 47, 50/51, 53, 55-59, 61-64, § 43 N 9, 28-32, § 44 N 1, 3/4, 7, 9/10, 13, 15-17, 19-21, 23, 25, 30/31, 37, § 46 N 57, § 48 N 47, § 49 N 11, § 50 N 2, 7

28 (21): § 23 N 41, § 36 N 68, § 38 N 4, § 39 N 1/2, 4-7, 9-13, 16/17, 19-21, 23-31, 33-35, § 42 N 42, § 45 N 7, § 50 N 6

29 (22): § 3 N 3, § 11 N 13, 19, 21, § 39 N 2

30 (23): § 13 N 5, 8-10, § 13 N 12/13, § 14 N 12, § 15 N 3, § 17 N 3, § 20 N 8, § 36 N 3, 6, 55, 61, 63, 90, § 37 N 1, 17, § 39 N 2, 27, § 42 N 56

*) Koyu siyah yazılmış madde numaraları yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar K.anunu'nun hükümlerini, parantez içindeki madde numaraları ise bu hükümlere karşılık gelen 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu hükümlerini göstermektedir.

- 31** (24/1 b.1-3, nI): § 22a N 15, § 36 7/8. 12-15, 18/19, 44. 51,
- 32** (24/1 b.4, il): § 11 N 43. § 22a N 15, § 36 N 5, 9, 14/15, 18, 20-23, 25/26. 31/32, 37/38, 43/44, 52, 90, § 37 N 17, § 49 N 19, 21
- 33** (27): § 15 N 17, § 36 N 46-48
- 34** (25): § 36 N 40, 45, 54, 77/78, 80-83, § 37 N 27/28, 31/32, § 38 N 15, § 39 N 29, § 49 N 11, 21
- 35**(26): §2N 10, § 13 N 11-13, § 14 N 12, § 15 N 3, 17, § 30 N 26, § 34 N 4, § 36 N 40, 56/57, 60, 85/86, 88-92, 94, § 37 N 29, 36, § 38N 14, §42N29, §46N 19, § 48 N 38, § 49 N 28
- 36** (28): § 11 N 43, § 22a N 15, § 36 N 5, 63, 90, § 37 N 1, 7, 9/10, 15-17, 19-21, 32, § 38 N I, § 39 N 27. § 45 N 7, § 49 N 19, 22
- 37** (29): § 11 N 43, § 36 N 63, § 38 N 2/3, 7, 13, § 39 N 17, 27, § 45 N 6/7
- 38** (30): § 38 N 5-10
- 39** (31): § 5 N 12, § 13 N IO, § 36 N 5, 43, 63, 69, § 37 N 10, 16/17, 23/24, 27, 38, § 38 N 15, § 39 N 2, 26/27, 31/32, § 45 N 6, § 51 N 3
- 40** (32): § 45 N 13/14, § 47 N 4, 18-21, § 49 N 2
- 41** (33): § 46 N 10-15, 18-21, 26, 35, § 48 N 39/40, 57- 63, § 49 N 2, 19, 21, §50N14
- 42** (34): § 42 N 13, § 46 N 2, 19, 22, 28, § 48 N 1/2, 8, 36, 39-42, 46, 48-51, 53/54, 57-63, § 49 N 2, § SON 14
- 43** (35): § 48 N 1/2, 5-8, 13, 16, 18-26, 29, 31, 33, 36/37, 53, § 49 N I
- 44** (36): § 48 N 37, 39-41, 56/57, 59, 61-63, § 49 N 2
- 45** (37): § 48 N 29, 31-33, 35/36, 39/40, 52-54, 62, § 49 N 2
- 46** (38): § 35 N 15, § 36 N 48, 49, § 43 N 8, 33, § 46 N 1, 19, 64/65, § 47 N 7, 16/17, 24a, 30, § 48 N 41, 43, § 49 N 1-3, 8, 16, 21, 42, § 50 N 10, 14, 17, 21, 23, § 51 N 3
- 47** (39): § 2 N IO, § 30 N 26, § 36 N 48/49, § 42 N 29, § 46 N 64, § 47 N 7, 9, 16/17, § 48 N 31/32, 38, 41, § 49 N 1/2, 12, 23-26, 28-39, 41, 47, 49, § 50 N 10, 14, 21, 23, § 51 N 3
- 48** (40): § 1 N 3, § 8 N 1/2, § ION 4, § 11 N 4, 8, § 49 N 2, § 51 N 1-3
- 49** (41): § I N 3, § 2 N 8, il, 23-25, 32, § 8 N 1/2, 7, § 9 N 4, § 35 N 45, § 37 N 35, 37, § 38 N 16, § 41 N 5-12, 16, § 42 N 10, 51, § 49 N 36
- 50** (42): § 41 N 12
- 51** (43): § 2 N 24, § 3 N 8, 21, § 35 N 45, 66, § 36 N 86/87, 89, § 41 N 6, § 45 N 7, § 49 N 30, 32
- 52** (44): § 2 N 54, § 30 N 25, § 36 N 91/92, § 42 N 29, § 45 N 7, § 49 N 37-40
- 61** (51): § 48 N 41, § 49 N 47
- 64** (52): § 41 N 20
- 65** (54/I): § 8 N 2
- 66** (55): § 2 N 11, § 8 N 2, § 49 N 27
- 67** (56): § 8 N 2
- 69** (58): § 8 N 2
- 72** (60): § 1 N 3, § 2 N 9, I1, § 8 N 1/2, § 37 N 28, 33, § 39 N 31/32, § 49 N 27
- 77** (61): § 2 N 25, § 8 N I, § 11 N 44, 49, 57, § 36 N 72
- 78** (62): § 5 N 8, 17, 22, § 30 N 8
- 81** (65): § 11 N 55

- 82** (66): § 1 N 3, § 8 N 1, § 11 N 50/51. § 36 N 73, § 43 N 18
- 83** (67): § 1 N 3. § 2 N 27. § 3 N 5, § 46 N 54
- 86** (70): § 6 N 2, § 7 N 5, § 23 N 41
- 87** (71): § 4 N 8, § 7 N 1
- 89** (73): § 17 N 6
- 90** (74): § 4 N 8, § 22 N 2, § 33 N 3
- 91** (75): § 4 N 8
- 97** (81): § 2 N 6, § 4 N 8, § 11 N 13, § 29 N 7, § 35 N 49
- 111** (95): § 1 N 3
- 112** (96): § 1 N 3, § 2 N 7/8, 11, 16, 32/33, § 9 N 4, § 11 N 27, § 30 N 24, § 37 N 35, § 42 N 64, § 49 N 27
- 114** (98): § 35 N 66, § 49 N 32
- 115** (99): § 42 N 13, 17, 40, 42, § 43 N 40, § 44 N 6, 13, 23
- 116** (100): § 2 N 9, 11/1 la, 16, 32/33, § 23 N 16, § 45 N 4, § 49 N 27, 40-47
- 117** (101): § 2 N 45, § 9 N 6
- 118/119** (102): § 9 N 6
- 123** (106/I): § 2 N 45, § 11 N 13, 27/28
- 125** (106fü, 108): § 1 N 3, § 2 N 7, 45, § 11 N 13, 27/28, § 36 N 87, § 39 N 27
- 127** (109): § 1 N 3
- 129** (111): § 2 N 28, 30-32, 34, 38, § 11 N 19
- 130** (112): § 1 N 3
- 131** (113): § 1 N 3
- 133** (114): § 11 N 49
- 136** (117): § 6 N 7/8, § 42 N 64
- 139** (118): § 2 N 47
- 143** (122): § 2 N 47
- 145** (124): § 2 N 47
- 146** (125): § 2 N 11, § SN 5, § 36 N 36, § 37 N 28, § 42 N 17, § 49 N 27
- 148** (127): § 42 N 17, 20/21, 35
- 149** (128): § 22 N 2, § 36 N 73
- 156** (135): § 11 N 56
- 159** (138): § 5 N 8
- 160** (139): § 42 N 21
- 161** (140): § 1 N 3, § 5 N 5/6
- 162** (141): § 1 N 1, 3
- 169** (148): § 1 N 3
- 170** (149): § 1 N 3, § 11 N 43, § 36 N 30
- 173** (152): § 36 N 32
- 175** (154): § 30 N 16
- 176** (155): § 1 N 3
- 177** (156/1, II): § 1 N 3
- 178** (156/III): § 1 N 3
- 179** (158): § 39 N 35, § 48 N 47
- 182** (161): § 1 N 1, 3, § 39 N 35
- 183** (162): § 1 N 1, 3, § 2 N 25, § 35 N 31, 49, 71
- 184** (163): § 44 N 26
- 186** (165): § 2 N 25, § 9 N 7, § 24 N 12, § 35 N 50
- 188** (167): § 35 N 49, § 36 N 62
- 204** (181): § 1 N 1, 3
- 207** (182): § 2 N 3, 7, § 3 N 8, § 11 N 6
- 208** (183): § 6 N 8/9, § 17 N 6, § 22 N 2/3
- 219** (194): § 36 N 33, 52
- 220** (195): § 33 N 3
- 221** (196): § 36 N 43
- 223** (198): § 2 N 54, § 5 N 12, § 9 N 7, § 36 N 33

- 225 (200): § 36 N 36
 227 (202, 203): § 36 N 33, 43
 231 (207): § 36 N 33, 40
 233 (209): § 3 N 8
 235(211): § 2 N 6, § 14 N 1, § 33 N 3, § 44 N 26
 237 (213): § 11 N 29
 278 (229): § 11 N 12
 283 (232): § 37 N 38
 285 (234): § 5 N 22
288 (238): § 5 N 22, § 11 N IO, 46, § 12 N 2, § 25 N 7, § 27 N 6, § 30 N 8
 289 (237/I): § 16 N 5, § 35 N 24
 299 (248): § 2 N 7
 316 (256n): § 2 N 13
 319/320 (251/1): § 2 N 13
 328 (262n): § 2 N 6
 329 (262nI b.1, 2): § 2 N 6
 330 (262/II b.3): § 2 N 6
 331 (264): § 2 N 6
 334 (266n, II): § 2 N 5
 357 (270): § 11 N 40
 379 (299): § 2 N 5
 386 (306): § 11 N 12
 392 (312): § 4 N 8
 403 (323ffil): § 11 N 40
 432 (340): § 2 N 6, § 44 N 26
 435 (344): § 44 N 26
 444 (348): § 2 N 13, § 3 N 6, § 35 N 12, 79
 471 (356): § 3 N 5
 476(361): § 14N 1
 487 (372): § 11 N 40
 502 (386): § 11 N 12,, § 41 N 21, § 45 N IO, § 48 N 11
 503 (387): § 20 N 7
 504 (388): § 46 N 25/26, 30/31, 37-45
 505 (389): § 35 N 66
 506 (390): § 46 N 54, § 48 N 9, § 50 N I
 508 (392): § 35 N 64-66
 509 (393): § 35 N 48-51, 53-57, 63/64
 510 (394): § 11 N 12
 511 (395): § 46 N 51/52
 512 (396): § 35 N 66, § 48 N 2, 49
 513 (397): § 48 N 2, 6, 12, 19/20
 520 (404): § 5 N 20
 524 (408): § 5 N 20/21
 526 (410): § 1 N 2, § 8 N 5, § 46 N 26, § 49 N 48
 529 (413): § 8 N 5
 530 (414): § 8 N 5
 531 (415): § 1 N 2, § 8 N 5
 532 (416): § 45 N 14
 547 (449): § 51 N 1
 548 (450): § 14 N 1, § 46 N 45
 551 (453/I, II): § 14 N 1, § 51 N 1
 552 (453/111): § 51 N 1
 555 (457): § 1 N 2
561 (463): § 11 N 12, § 35 N 6
581 (483): § 11 N 10
583 (484): § 25 N 7, 9, § 26 N 1, § 29 N 1, § 44 N 36, 39
604 (504): § 5 N 14, 16, 18, § 24 N 6
605 (505): § 5N16/17,§11 N 55
606 (506): § 5 N 16
607 (507): § 39 N 11
625 (525): § 46 N 52
637 (533): § 46 N 52
641 (537): § 48 N 12