KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI

BORÇLAR HUKUKU

GENEL BÖLÜM

Birinci Cilt

Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu

Borçlar Hukukuna Giriş
Hukukî 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

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI

BORÇLAR HUKUKU
GENEL BÖLÜM

Birinci Cilt

Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu

Borçlar Hukukuna Giriş
Hukukî 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. Normal ölçüyü aşan iktibaslar yapılamaz. Normal ve kanunî 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 konuları 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

I. Genel Olarak 1
II. Borçlar Kanununun Sistematiği 3

§ 2. Borç Kavramı

I. Genel Olarak 5
II. Borç Menfaati 14
III. Borç İlişkisinin Nisbî 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 (Nisbî) Hakların Kuvvetlendirilmesi 25

a. Tapu Kütüğüne Şerh Edilebilen Kişisel Haklar 25
b. Zilyetlik Vasıtası ile Kişisel Hak Sahibinin Durumunun Kuvvetlenmesi 25

IV. 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 (Aynî Sorumluluk) 30

II. Hukuken Önemli Olguların Hukukî Olaylar ve Hukukî Fiiller Diye İkiye Aynlması 83
III. Hukuka Aykın Fiiller ve Hukuka Uygun Fiiller 84
IV. Hukuka Uygun Fiillerin Çeşitleri 84
1. İrade Açığa Vurmaları 84
a. Hukukî işlemler 84
b. Hukukî İşlem Benzeri Fiiller 84
c. Maddî Fiiller 85
2. Tasavvur (Görüş, Bilgi) Açığa Vurmaları 86
3. His (Duygu) Açığa Vurmaları 86
V. Hukukî İşlemler ve Dar Anlamda Hukukî Fiiller 86

§ 10. Hukukî İşlem Kavramı

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

§ 11. Hukukî İşlemin Çeşitleri

I. Genel Olarak 94
II. Hukukî İşlem Olgusu Açısından Hukukî İşlemin Çeşitleri 94
1. Bir Taraflı Hukukî İşlemler 94
2. İki veya Çok Taraflı Hukukî İşlemler 95
a. Sözleşme 95
aa. Genel Olarak 95
bb. Borç Sözleşmesinin Çeşitleri 98
aaa. Birinci Ayrım: Bir Tarafa ve İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmeler 98
bbb. İkinci Ayrım: 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 Hakkı Doğuran Sözleşme 110
— Sözleşme Tasarısı (Projesi) 110
— Niyet Mektubu 111
— Centilmen Anlaşmaları 111
— Çerçeve Sözleşme 112

b. Karar 113

III. Hukukî İşlemin Doğurduğu Hukukî Sonuçlara Göre Çeşitleri 114

1. Kazandırma Kavramı 114

a. Genel Olarak 114
b. Bazı Kazandırma Çeşitleri 115

aa. İvazlı (= Karşılıklı) ve İvazsız (= Karşılıksız) Kazandırmalar .. 115
bb. İştirakli (Katılmalı) Kazandırmalar 116

2. Kazandırmanın Hukukî Sebebi (Causa) 116

a. Hukukî Sebep (Causa) Kavramı ve Çeşitleri 116
b. Sebebe bağlı (İllî) 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 Tasarruf İşlemleri 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 (Zımnî) İrade Beyanları

I. Genel Olarak 142

II. Açık (Sarih) İrade Beyanı 143

III. Örtülü (Zımnî) İrade Beyanı 144

1. İradeyi Gösteren Hareketler (Facta Concludentia) 144

2. İrade Faaliyeti (İcraatı, Etkinliği) 144
3. Susma (Sükût) 146
a. Genel Olarak 146
b. Teyit Mektubu 148

§ 15. Varması Gerekli İrade Beyanları

I. Genel Olarak 153
II. Beyanın Yapılması 153
III. Beyanın Varması 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 Hukukî Düzenlemenin Birbirinden Ayrılması 165
II. Değişik Sözleşme Kurma Teknikleri 166
1. İcap ve Kabul Yolu ile Sözleşmenin Kurulması (Klasik Yöntem) 167
2. Sözleşmenin İcap 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 171
1. Uyuşma 171
a. Normal (fiilî) uyuşma 171

b. Normatif (farazî, varsayımsal) uyuşma 171
2. Uyuşmazlık 172
II. Uyuşmanın Kapsamı 172
1. Genel Olarak 172
2. Esaslı Noktalar ve Yan (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/I Uyarınca Sözleşmenin Ne Vakit kurulmuş Sayılabileceği 176
a. Hükmün Niteliği 176
b. Hükmün Uygulama Alanı 176
4. Sözleşmedeki Boşluğun Doldurulması 178
5. Şekil 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/II) 183
d. Bağlamayan İcaplar (BK. m. 7/I) 188
3. Semenini Göstererek Emtia Teşhirinin Kural Olarak İcap Sayılması (BK. m. 7/III) 189
4. Ismarlanmamış (Sipariş Edilmemiş) Bir Malın Gönderilmesinin İcap Sayılmaması 191
5. İcabın Hukukî Niteliği 193

§ 19. İcabın Bağlayıcılığı

I. Kavram 194
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. Gaipler (Karşı Karşıya veya Yüz Yüze Olmayanlar) Arasında İcap (BK. m. 5) 198

a. Genel Kural 198
b. İcabın 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/III hükmünün kıyas yolu ile uygulanabileceği durumlar 201
III. Bir Süre Kaydı İçeren (Süreli) İcaplar 202

§ 20. Kabul

I. Hukukî Niteliği 203
II. Kabulde Bulunması Gerekli Nitelikler 204
III. Örtülü (Zımnî) 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
II. 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. Satış Sözleşmesinde Hasarın Ne Vakit Alıcıya Geçtiğini (BK. m. 183) Tespit Etme Açısından BK. m. 10'dan Yararlanmak İmkânı Var mıdır? 212
3. Sözleşmenin Susma ile Kurulmuş Olması 213

§ 22a. Mesafeli Sözleşmelerin Kurulmasına İlişkin Özellikler

I. Mesafeli Sözleşme Kavramı 213
II. Mesafeli Sözleşmelere İlişkin Düzenlemenin Temelinde Yatan Değerlendirmeler 216
III. 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 mevzuatına 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 (zımnî) benimseme ile 234
c. Global benimseme ile 236

2. Genel İşlem Şartlarının Yorumlanması 238
3. Genel İşlem Şartlarında İçerik Denetimi 239

a. İdarî 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. İlân Yolu ile Yapılan Vaatler

I. Genel Olarak 257

II. İlân 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 261

III. Ödüllü Yarışma Vaatleri 265

1. Hukukî Niteliği 265
2. Yarışmayı Düzenleyenin veya Jürinin Vereceği Karara İtiraz İmkânı Olup Olmadığı 266

IV. İlân Yolu ile Yapılan Vaadin Geri Alınması (BK. m. 8/II) 267

ÜÇÜNCÜ ALT BÖLÜM
HUKUKÎ 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 (kanunî, yasal) şekil 272
b. Sözleşmeye dayanan (rızaî) 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 Vasıtalara Göre 276

a. Sözlü şekil 276
b. Adî yazılı şekil 276
c. Resmî yazılı şekil veya kısaca resmî şekil 276

4. Sözleşmelerde Şekle Bağlanması Gerekli İrade Beyanlarına Göre 277

§ 26. Kanundan Doğan Bir Şekil Olarak Adî Yazılı Şekil

I. Metin 277

II. İmza 280

1. Ana kural: El Yazısı ile İmza 280

a. Genel Olarak 280
b. Âmâların imzası (BK. m. 14/III) 283
c. İmza atma iktidarından yoksun kişilerin durumu 287

2. Elektronik imza 292

III. Teleks ve Telefaks Aracılığı ile Gönderilen Metinler Borçlar Kanunundaki Yazılı Şekil Şartını Gerçekleştirir mi? 298

1. Genel Olarak 298
2. Teleks 299
3. Telefaks 300

§ 27. Resmî Şekil

I. Genel Olarak 303

II. Resmî Senedin Çeşitleri 304

III. Resmî Şeklin Bazı Özellikleri 304

1. İmza 305
2. Resmî Şekilde Yapılacak Sözleşmeler Gaipler (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

II. İstisna 308

§ 29. Şekle Uymamanın Sonuçları

I. Şekil Eksikliği Kavramı 309

II. 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. 2/II Hükmü ile Sınırlanması

I. Genel Olarak 314

II. 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. 2/II hükmünün sadece mağdur (haksızlığa uğramış) taraf yararına uygulanabilmesi.....327

V. Şekil Eksikliğine Yol Açan Tarafın Tazminat Yükümlülüğü.....328

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

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

DÖRDÜNCÜ ALT BÖLÜM

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)

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

BEŞİNCİ ALT BÖLÜM
İRADE BOZUKLUKLARI VE GABİN

§ 34. İrade Bozuklukları Kavramı, Zihnî Kayıt ve Ciddi Olmayan Beyanlar

I. İrade Bozuklukları Kavramı 344
II. Zihnî 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. Kısmî muvazaa 351
c. Tarafta muvazaa 353
II. Muvazaa'nın Yaptırımı 356
1. Taraflar Arasında 356
2. Üçüncü Kişilere Karşı 362
III. İnançlı İşlem 365
1. İnançlı İşlem Kavramı, Çeşitleri, Hukuki Niteliği 365
a. Kavram 365
b. Çeşitleri 368
c. Hukukî niteliği 368
2. Güvenenin Korunması 369
a. BK. m. 41/II'ye Dayanan Koruma 369
b. Vekâlet Hükümlerine Dayanan Koruma 370
aa. Güvenenin BK. m. 393/I'de öngörülen kanunî temlikten yararlanması 370
bb. Güvenilenin iflâs etmesi halinde, güvenenin, vekilin kendi adına ve güvenen hesabına iktisap ettiği taşınır malları iflâs masasından ayırma hakkına sahip olması (BK. m. 393/III) 372
3. İnanç Sözleşmesinin Açık Veya Gizli Olabilmesi 374

4. Araya Sokulan Kişi Aracılığıyla (per interpositam personam) Yapılan İşlemler (Nam-ı müstear meselesi) 378

IV. Muvazaa ve Kanuna Karşı Hile 388

1. Kanuna 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 Yaptırımı 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/I, 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/I, b. 3) 400
e. Temel Hatası (BK. m. 24/I, b. 4) 402

aa. Kavram ve unsurları 402
bb. Konusu Parça Borcu Olan Satış Sözleşmesinde Alıcı, Ayıp Hükümleri Yanında Temel Hatasına Da Seçimlik Olarak Dayanabilir 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. Hukukî sonuçlarda hata 421
c. Okunmadan imzalanan belge 423
d. Beyaza (açığa) imza 425

aa. Beyaza imza atan ile metni dolduran karşı taraf arasındaki ilişki 425

bb. Beyaza imza atan ile üçüncü kişiler arasındaki ilişki 429

III. Esaslı Hatanın Yaptırımı 429

1. Sözleşmenin Yanılanca İptal Edilebilir Olması ve Bunun Anlamı 429

2. İptal Beyanı ve Sonuçları 438

3. İptal Hakkının Düşmesi 444

4. Sürekli Borç İlişkisi Doğuran Sözleşmelerde İptalin Etkisi 444

5. Kısmî iptal 445

6. Hatanın Dürüstlük Kuralına Aykırı Biçimde Öne Sürülememesi TBK. m. 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/I, c. 2) 453
d. BK. m. 26'dan Doğan Sorumluluğun Hukukî 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. Aslî Hile-Fer'î (Yan) Hile 463
b. Karşı Tarafın Hilesi-Üçüncü Kişinin hilesi 464

II. Hilenin Hükümleri 465

1. Hile ile Yapılan İşlemin İptali 465

a. Genel Olarak 465
b. BK. m. 25/II Hile Halinde Uygulanabilir mi? 469

c. Hilenin defi 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. İkrah (Korkutma, Tehdit)

I. Genel Olarak 473
II. Belli başlı İkrah (Korkutma) Ayrımları 478
1. Aslî İkrah-Fer'î(Yan) İkrah 478
2. Karşı Tarafın İkrahı-Üçüncü Kişinin İkrahı 478
III. İkrahın Hükümleri 479
1. İptal hakkı 479
2. Tazminat isteme hakkı 480

§ 39. Gabin

I. Kavram 480
II. Hukukî Niteliği 481
III. Şartları 484
1. Karşılıklı Edimler Arasında Açık Nispetsizlik 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. Sömürenin Bilerek Karşı Tarafın Zayıf Durumundan Yararlanmış Olması 492
4. "Kum Yığını Teoremi" (Sandhaufentheorem) Türk Hukukunda Uygulanabilir mi? 494
5. Tâcir Sıfatını Taşıyan Sömürülen Ticari İşlerinde BK. m. 21 Hükmüne Dayanabilir mi? 494
IV. Sonuçları 494
V. Gabin (BK. m. 21) ve Ahlâka 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

I. Kural 507
II. İstisnalar 508
1. Kanunun 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 Açıdan 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 (Kanunî Yasaklara) Aykırılık 538
c. Kamu Düzenine Aykırılık 546
d. Kişilik Haklarına Aykırılık 552

IV. Ahlâka Aykırılık 552

1. Ahlâka Aykırılık Kavramı 552
2. Ahlâka Aykırılığın Gerçekleşme Biçimleri 556

a. Doğrudan Doğruya Böyle Bir Sözleşme Yapılmasının Veya Sözleşmede Vaat Edilen Edimin Ahlâka Aykırı Olması 557
b. Sözleşme ile Takip Edilen (Dolaylı) Amacın Ahlâka Aykırı Olması 558
c. Sözleşme İçeriği İle Doğrudan Bağlantılı Olarak Sözleşmenin Kurulma Tarzının Ahlâka Aykırı Olması (Özellikle Banka Kredi Sözleşmeleri Açısından) 559

3. Ahlâka Aykırılığın Tarafların Davranışları ile Değil Hukuki Düzenleme ile İlgili Bulunması 565
4. Kişilik Haklarına Aykırı Sözleşmeleri Yasaklayan MK. m. 23 ile Ahlâka Aykırılık Butlanını Düzenleyen BK. m. 20 Arasındaki İlişki 567

V. İmkânsızlık 580

§ 43. Hukukî İşlemlerde Yokluk ve Hükümsüzlük

I. Yokluk 580

II. Hükümsüzlük 582

1. Klasik "Kesin Hükümsüzlük" ve "İptal Edilebilirlik" Ayrımı 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

a. Eksik İşlemler 595
b. Sadece Belirli Kişilere Karşı (nisbî) Hükümsüzlük 598
c. Hâkimin Takdirine Bağlı (takdirî) Hükümsüzlük 599

§ 44. Kısmî Hükümsüzlük ve Çevirme

I. Kısmî Hükümsüzlük 600

1. Genel Olarak Borçlar Kanununun Sistemi 600
2. Kısmî Hükümsüzlük Çeşitleri 603
3. Bölünebilirlik 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. Yorum Görüşü 612
b. Kısmî 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 Ondan Daha İleriye Gitmeyen Bir Nitelik Taşımalıdır 620
f. Altıncı Şart: Tarafların Yaptıkları İşlemin Geçersiz Olduğunu Bilselerdi Yedek İşlemi İstemiş Olacakları Söylenebilmelidir 621

İKİNCİ BÖLÜM

TEMSİL

§ 45. Temsil Kavramı ve Temsilin Çeşitleri

I. Temsil Kavramı 622

1. Genel Olarak 622
2. Bilgide Temsil 624
3. Temsil ve Vekâlet 628

II. Temsilin Çeşitleri 629

1. Kanunî (Yasal) Temsil ve İradî 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. Hukukî 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 Fiilî (Eylemli) Davranışları 643

aa. Katlanma Suretiyle Yaratılan Hukukî Görünüşe Dayalı Temsil Yetkisi 643
bb. İhmal Suretiyle Yaratılan Hukukî Görünüşe Dayalı Temsil Yetkisi 644

3. Dış Temsil Yetkisinin Verilmesinde İrade Bozuklukları 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) açısından 657
3. Konu Dışında Kalan Esaslara Göre Yetkinin Kapsamının Belli Edilmesi 663
VI. Birlikte Temsil Yetkisi ve Alt Temsil Yetkisi 663
1. Birlikte Temsil Yetkisi 663
a. Genel 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 Hukukî Sonuçlarının Gerçekleşmesi İçin Aranan Şartlar

I. 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

I. 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. İflâs 703

aa. Temsil Olunanın İflâsı 703
bb. Temsilcinin İflâsı 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 (vekâletname) düzenlenmiş olması halinde (BK. m. 36) 706

III. Temsil Yetkisinin Geri Alınması (BK. m. 34) 708

1. 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 (Vekâletnamenin) Üçüncü Kişiye İbraz Edilmesi Suretiyle Gerçekleşmiş Bulunması Halinin Özellikleri 713
e. Bir Yetki Belgesinin Düzenlenip Temsilciye Verildiği Hallerde, BK. m. 33/II 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

II. Temsil Olunan ile Üçüncü Kişi Arasındaki İlişki Açısından, Yetkisiz Temsilcinin Üçüncü Kişi ile Temsil Olunan Adına Yaptığı Sözleşmenin Durumu 723

1. Sözleşmenin Askıda Hükümsüz Olması 723
2. Temsil Olunanın İcazeti ile Sözleşmenin Geçerlilik Kazanması 723
3. Üçüncü Kişi Temsil Olunanın İcazet Vermesini Beklemeden Bir Taraflı İrade Beyanı ile Sözleşmeden Dönebilir veya Sözleşmeyi Temel Hatası, Hile Gibi İrade Bozukluklarına Dayanarak İptal Edebilir mi? 730

III. Üçüncü Kişinin Yetkisiz Temsilciden Talep Edebileceği Tazminat 735

1. Temsil Olunan Tarafından İcazet Verilmemesi Halinde Yetkisiz Temsilciden Talep Edilecek Tazminat (BK. m. 39) 736

a. Kural: Yetkisiz Temsilcinin Kusuru Aranmaksızın Olumsuz Zararlardan Sorumlu Tutulması (BK. m. 39/I) 736
b. İstisna: Yetkisiz Temsilcinin Kusurlu Olması ve Hakkaniyetin Gerektirmesi Halinde Hâkimin 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 Hükmü 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. Kavram 752
2. Yaptırım (Müeyyide) 760

II. Temsilcinin Temsil Olunan Tarafından Verilmiş Talimata Uymaması 761

1. Talimat kavramı 761

2. Temsilcinin Talimata Uymadan İşlem Yapmasının Hukukî Sonucu 762
3. Talimata Aykırı İşlemler Temsil Yetkisinin Kötüye Kullanılmasının Özel Bir Çeşidi Sayılabilir mi? 765

III. Temsilcinin Başkasının Adı Altında İşlem Yapması 768

1. Karşı Karşıya Olan Kişiler Arasında 769

a. A'nın Adını Kullanan T'nin Sözleşmeyi Kendisi İçin İstediği Durumlarda 769
b. A'nın Adı Altında Hareket Eden T'nin Sözleşmeyi Kendisi Değil Doğrudan Doğruya A İçin İstediği 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 Yönetmeliğin 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 2006[1].

BÄR, Rolf, Vorlesung "Schweizerisches Obligationenrecht", Die Stellvertretung, 1969.

BASLER KOMMENTAR, Obligationenrecht I (Herausgeber: **Honsell/Vogt/ 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, AllgemeinerTeil, 2. Auflage, Zürich 1988.

BUCHER, Eugen, Obligationenrecht, BesondererTeil, 3. Auflage, Zürich 1988.

von BÜREN, Bruno, Schsveizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964.

COMMENTAİRE ROMAND, Code des obligations I, édité par **Luc Thévenoz** et **Franz Verro**, Bâle 2003[4].

DESCHENAUX, Henri, Der Einleitungstitel, in: Schweizerisches Privatrecht, Band II, Basel 1967.

ENGEL, Pierre, Traité des obligations en droit suisse, 2. édition, Berne 1997.

ENGEL, Pierre, Contrats de droit suisse, 2. édition, Berne 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/NİPPERDEY, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts (Enneccerus/Kipp/Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Band), 15. Auflage, Tübingen 1960.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 8. bası, İstanbul 2003; 9. bası, İstanbul 2006[5].

ESENER, Turhan, Borçlar Hukuku, I, Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği, Ankara 1969.

FELLMANN, Walter, Berner Kommentar, Band VI/2, 4. Teilband, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Bern 1992.

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, cilt I, 2. bası, İstanbul 1976.

FLUME, Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band II, Das Rechtsgeschäft, 2. Auflage, Berlin Heidelberg, 1975.

GAUCH/SCHLUEP/SCHMİD/REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, I-II, 8. Auflage, Zürich 2003[6].

GAUTSCHİ, Georg, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, VI/2, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Bern 1960.

GİGER, Hans, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Band VI/2, 1. Teilband, Art. 189-210 OR, 2. Auflage, Bern 1977.

GUGGENHEİM, Daniel, Le droit suisse des contrats, Principes généraux, Tome I: La conclusion des contrats, Genève 1991.

GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich 2000.

HOFSTETTER, Joseph, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: Schweizerisches Privatrecht VII/6, Basel 2000.

HUGUENİN, Claire, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 2006.

JÄGGİ/GAUCH, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, Teilband V 1b, Art. 18 OR, Zürich 1980.

JAUERNİG, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 10. Auflage, München 2003[7].

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

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

KELLER/SCHÖBİ, Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrecht, 3. Auflage, Basel 1988.

KILIÇOĞLU, Ahmet M. Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 5. bası, Ankara 2005; 7. bası, Ankara 2006[8].

KOLLER, Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Bern 1996; 2. Auflage, Bern 2006[9].

KOZİOL/WELSER, 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 2004[10].

KRAMER/SCHMİDLİN, Berner Kommentar, Band VI/1, 1. Teilband, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Bern 1986[11].

KRAMER, Ernst A., Berner Kommentar, Band VI/1, 2. Teilband, Unterteilband la, Inhalt des Vertrages, Kommentar zu Art. 19-22 OR, Bern 1991.

KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, İstanbul 2001.

LARENZ, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987.

LARENZ, Karl, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Auflage, München 1989.

LARENZ/WOLF, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Auflage, München 1997; 9. Auflage, München 2004[12].

LEHMANN, Heinrich, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 12. Auflage, Berlin 1960.

LEİPOLD, Dieter, BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Tübingen 2002.

MEDİCUS, Dieter, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 2003.

MEDİCUS, 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, I/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.

MÜNCHENER KOMMENTAR zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, München 1993[13].

OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 3. bası, İstanbul 2000; 4. bası, İstanbul 2005[14].

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 2005[15].

SAYMEN/ELBİR, Türk Borçlar Hukuku, Umumî Hükümler, cilt 1-2, İstanbul 1958.

SCHMİDLİN, Bruno, Berner Kommentar, Band VI/1, 2. Teilband, Unterteilband lb, Mängel des Vertragsabchlusses, Kommentar zu Art. 23-31 OR, Bern 1995.

SCHMİDLİN, Bruno, Bkz. Kramer/Schmidlin.

SCHÖNENBERGER/JÄGGİ, Kommentar zu Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, 3. Auflage, Teilband V 1a, 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 2006[16].

TANDOĞAN, Halûk, Notions préliminaires à la théorie générale des obligations, Genève, 1972.

TANDOĞAN, Halûk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, cilt I/1, 5. Bası, İstanbul 1988.

TANDOĞAN, Halûk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, cilt II, 3. bası, Ankara 1987.

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.

TERCİER, Pierre (avec la collaboration de **Silvio Venturi**), Les contrats spéciaux, 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 I/1, 3. Auflage, Zürich 1974; Band I/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/SCHMİD/RUMO-JUNGO, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auflage, Zürich 2002.

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

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

ZÄCH, Roger, Berner Kommentar, Band VI, Obligationenrecht, 1. Abteilung, 2. Teilband, 2. Unterteilband, Stellvertretung (Art. 32-40 OR), Bern 1990.

KISALTMALAR

A.	: Auflage (bası)
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
ABGB	: Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (Avusturya Medenî Kanunu)
AcP	: Archiv für die civilistische Praxis
Ad. D.	: Adalet Dergisi
age	: Adı geçen eser veya yazı
Art.	: Artikel, Article (madde)
AT	: Allgemeiner Teil
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	: bent
Basler Komm.	: Basler Kommentar
Berner Komm.	: Berner Kommentar
Bd.	: Band (Cilt)
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medenî Kanunu)
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, amtliche Sammlung (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Resmî Külliyatı)
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
BT	: Besonderer Teil
c.	: cümle
CR	: Commentaire Romand
Diss.	: Dissertation (Doktora tezi)
DÜHFD	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
éd.	: 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
İc. İf. K.	: İcra ve İflâs Kanunu
İçt. Bir. Kar.	: İçtihatları Birleştirme Kararı

İKİD	: İlmî ve Kazaî İçtihatlar Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İsv.	: İsviçre
JdT	: Journal des Tribunaux
JuS	: Juristische Schulung
JZ	: Juristenzeitung
K.	: Karar
Krş.	: Karşılaştırınız
m.	: Madde
MHAD	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MK.	: Türk Medenî Kanunu
MünchKomm.	: 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	: Resmî Gazete
RGZ	: Entscheidungen des (deutschen) Reichsgerichtes (Zivilsachen)
RKD	: Resmî Kararlar Dergisi
s.	: Sayfa
Sem.Jud.	: La Semaine juridiciare
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
Vorbem.	: Vorbemerkungen
vs.	: Vesaire (ve benzerleri, diğerleri)
Yarg.	: Yargıtay
YD	: Yargıtay Dergisi
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
ZBJV	: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch (İsviçre Medenî 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. Konu ile ilgili hükümler, 4 Ekim 1926'da Medenî Kanun ile birlikte yürürlüğe giren Borçlar Kanununda yer almaktadır. 1

Roma-Pandekt Hukukunun en çok etkisi altında bulunan Borçlar Kanununun, Medenî Kanundan şeklen ayrı bir kanun olarak karşımıza çıkmasının sebebi tarihî bazı olaylara dayanmaktadır. Kanun (tıpkı Medenî Kanun gibi) İsviçre Borçlar Kanunundan, ufak tefek bazı değişikliklerle tercüme edilmiştir. İsviçre'de ise, çeşitli kanton mevzuatı arasında Medenî Hukuk alanında birlik ilk önce 1881 tarihli Borçlar Kanunu vasıtası ile sağlanmıştır. Daha sonra 1907 tarihli Federal Medenî Kanun kabul edilince, mevcut Borçlar Kanununun yeni Medenî 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, Medenî 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 ayrım sırf *şeklîdir*. Gerçekte, Borçlar Kanunu ile Medenî Kanun birbirlerinin ayrılmaz bir parçasıdır. Aralarında organik bir birlik vardır[1]. Bu nokta, doğrudan doğruya her iki kanunun metninden de anlaşılmaktadır:

Yürürlükten kalkmış bulunan eski Medenî Kanunun 5. maddesine göre

---

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

"Akidlerin in'ikadına ve hükümlerine ve sukutu sebeplerine taallûk edip borçlar kısmında beyan olunan umumî kaideler, medenî hukukun diğer kısımlarında dahi câridir."

Buna karşı 1 Ocak 2002 günü yürürlüğe giren 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medenî 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 uygulanır.

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 Medenî 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 gerçekleşmiştir[2]. Maddenin lâfzı (sözü) dışında kalan genel hükümlerden yararlanmamak için bir sebep bulunmadığına göre, İsviçre öğretisindeki hâkim 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 etmektedir[3]. Böylece, eski MK. m. 5'in sözü dışında kaldıkları halde, örneğin "Borçların nevileri" başlığı altında (BK. m. 141-161) düzenlenen kurumlar (teselsül, şart, cezaî şart vs.) veya alacağın temliki ve borcun nakline ilişkin hükümler de (BK. m. 162-181), MK. m. 5'deki yollamaya dahil sayılacaklardır[4].

---

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**, All. Einleitung, N. 65.

4) Eski MK. m. 5'de Borçlar Hukukunun genel hükümlerine yapılan yollama *şeklî* anlamda genel hükümleri mi, yoksa *maddî* 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 maddî anlamda genel hükümlerdir. Şu halde, genel nitelik taşıyan hükümlerin Borçlar Kanununun hangi kısmında (m. 1-181'i içine alan "Umumî 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 "özel" kısmında rastlanabileceği gibi (**Deschenaux**'ya göre vekâletsiz iş görmenin her iki çeşidine ait hükümler, BK. m. 1-66'da öngörülen borç kaynakları yanında ayrı bir borç

Yeni MK. m. 5 hükmü karşısında ortada böyle bir problem kalmamıştır. Zira, buna göre, Borçlar Kanununun *genel nitelikli tüm hükümleri tüm Özel Hukuk ilişkilerine* uygulanacaktır. Görüldüğü gibi, bu hükümlerin uygulama alanı sadece Medenî 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 *Medenî Hukuk ilişkisinin niteliğine uygun düştüğü* ölçüde ve *kıyas* yolu ile uygulanacaktır[5]. Eski MK. m. 5 hükmünde yer almayan bu şart, "uygun düştüğü ölçüde" ibaresinin gösterdiği gibi yeni MK. m. 5'de açık ifadesini bulmuştur.

Medenî Kanunda yer alan genel nitelikli bazı kuralların Borçlar Hukuku ilişkilerinde uygulanması da mümkündür. Bu açıdan, yalnız Medenî Kanunun ilk 7 maddesinde yer alan Başlangıç hükümleri değil, Kişiler Hukuku kitabındaki fiil ehliyetine ait hükümler (MK. m. 9 vd.) ilk akla gelen örnekleri teşkil ederler[6]. 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 Medenînin mütemmimi* (tamamlayıcısı) *olan işbu kanun, merbut tashihler ile beraber kabul edilmiştir"*

diyerek iki kanun arasındaki bağlılığı bir kere daha ifade etmektedir.

İsviçre-Türk Hukuklarında, BGB §§ 1-240'dan farklı olarak, Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu, tüm Özel Hukukta geçerli olabilecek bir "Genel Hükümler" bölümü içermemektedir. İnceleme konusu yaptığımız MK. m. 5 hükmü sayesinde Medenî Kanun ve Borçlar Kanununda yer alan genel nitelikteki hükümlere bu fonksiyon (işlev) tanınmış olmaktadır[7].

II. Borçlar Kanununun Sistematiği

Türk Hukukunda Borçlar Kanunu iki kısımdan meydana gelmektedir. 2

---

kaynağı teşkil ettiklerinden, buna örnek olarak gösterilebilir), Borçlar Kanununun Genel Kısmında 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**, Medenî Hukukta umumî kısım meselesi, mevzuatta ve hukuk ilminde tarihte ve bugün, Medenî Kanunun on beşinci yıldönümüne ilişkin kolektif eserden ayrı bası, İstanbul 1943, s. 410.

dayanarak doğan çeşitli dar anlamda borçlar, âdeta bu kaynağın meyveleri (semereleri) gibidir[3].

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 yüklenmiş *birden fazla* (dar anlamda) borç doğabilir (satış, kira, hizmet vs. sözleşmelerinde olduğu gibi)[4].

5 Borç ilişkisinin meydana gelmesi ile, münferit (dar anlamda) borçların doğumunun aynı anda gerçekleşmesi de zorunlu değildir. Kira ilişkisi, taraflar arasında kira sözleşmesinin yapılması ile kurulduğu halde, her ay ödenecek kira bedeline ilişkin borçlar, ilgili bulundukları ayın başında doğarlar. Bunun gibi, (dar anlamda) bir borç, borç ilişkisinin sona ermesi halinde de doğabilir (kira ilişkisi sona erince, kiracının kiraladığı şeyi kiraya verene geri verme borcunda olduğu gibi) (BK. m. 266, 299)[5]. Bununla beraber *v. Tuhr* tarafından verilen şu son örnek üzerinde biraz durmak gerekir. Kira ilişkisi (tıpkı hizmet, âriyet, 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 davranışını* (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 *(fesih)*[6]. 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, III. s. 9.

6) Kural olarak burada bir *feshi ihbar* (bozacağını bildirme) söz konusudur. Borç ilişkisi, fesih beyanının karşı tarafa vardığı anda değil, o andan başlamak üzere işleyecek *feshi ihbar süresinin* geçmesi ile (geçmişe etkili olmamak üzere, sırf ileriye doğru) sona erecektir. Örnek: BK. m. 341/I 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 varmaz, ayrıca feshi ihbar süresinin geçmesini beklemeye lüzum olmaksızın hemen hüküm doğuracak şekilde) fesih imkânını da tanımıştır (Örnek olarak, bkz. BK. m. 344/I, 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 (buna 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 *sürekli* 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 sebepledir ki, *v. Tuhr* tarafından verilen örnek, her türlü borç ilişkisi sona erdiği halde, sadece geri verme borcunun (dar anlamda borç) devam ettiği şeklinde anlaşılamaz[7].

Borç ilişkisinden borç dışında bazı haklar, özellikle *yenilik doğuran haklar* doğması mümkündür. Örneğin kira ve hizmet sözleşmelerinde fesih (ve feshi ihbar) hakları (Örnek olarak bkz. BK. m. 262, 264, 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 gerekir[8]. 6

Borç ilişkisinin doğrudan doğruya meydana getirdiği, bu ilişkiye hukukî özelliğini veya hukukî tipini veren edim yükümlülüklerine aslî (birincil) edim yükümlülükleri denir[9]. 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. *Defi*'de, alacaklının talep hakkına muhatap olan kişi, onun *hakkını* kabul etmekte, buna rağmen özel bir sebebe dayanarak borcunu yerine getirmeme hakkı olduğunu ileri sürmektedir. Görüldüğü gibi defi hakkı, bir *karşı haktır* (Alacaklı, zamanaşımına uğramış alacağını borçludan talep ettiği vakit, borçlu onun alacak hakkına bir itirazda bulunmamakta, sadece bir karşı hak olarak, zamanaşımı süresinin geçmesi dolayısı ile borcunu ifa etmeyeceğini beyan etmektedir.) Buna karşı *itiraz*'da karşı tarafın *hakkının* bulunmadığını gösteren yeni olgular (vakıalar) öne sürülür. Bu da iki şekilde olabilir: 1 — *Hakkın doğmadığı itirazı:* Alacaklının dayandığı sözleşmenin örneğin ehliyetsizlik, şekil noksanı, konusunun kanuna veya ahlâka aykırı olması yahut imkânsızlık gibi sebeplerden biri ile kesin hükümsüz (bâtıl) 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 Hukuku* anlamında *defi*, Medenî Hukuk anlamında defiye nazaran farklı ve daha geniş bir anlam taşır. Bundan, daima, dâvacı tarafından öne sürülen Usul Hukukuna ilişkin talep hakkına karşı yöneltilen *olgular* anlaşılır ve Medenî Hukuk anlamındaki defiler ile birlikte itirazlar da bu kavrama girer (Bkz. **Lent/Jauernig**, Zivilprozessrecht, 10 A., § 43, IV).

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

lan malı satıcıya teslim etme ve mülkiyetini ona geçirme borcu ile, alıcının satış bedelini (semen) alıcıya ödeme borcu aslî edim borçlarıdır (BK. m. 182/I). Aynı şey, âdi kira sözleşmesinde, kiraya verenin şeyin kullanılmasını 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 ihlâl edilmesi sonucu), bahis konusu aslî (birincil) edimlerin *yerine* veya *yanında* başka edim yükümlülüklerinin ortaya çıkması ihtimali vardır (tâli, ikincil edim yükümlülükleri). Örneğin, satıcı sattığı malı ihmali ile yoketmişse, onun şeyi alıcıya teslim etmek ve mülkiyetini ona geçirmek diye ifade edilen aslî edim yükümlülüğünün yerini ifada kusurlu imkânsızlık 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 tâli (ikincil) edim yükümlülüğüdür. Kira ilişkisinin fesih beyanı ile sona ermesinden sonra, kiracının kiraladığı malı kiraya verene geri verme borcu da tâli edim yükümlülüklerine örnek olarak gösterilebilir.

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

Bu soruya olumlu cevap vermek ve *aslî 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 kurmak konusundaki kararlarında etkileyebilecek noktalar hakkında doğru bilgi vermek (aydınlatmak), karşı tarafın şahsını ve malını zarardan koruyucu tedbirleri almak, bu yükümlülüklere 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 aslî (birincil) edim yükümlülüğü içermediğini söylemek imkân 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.

10) Metinde verilen çözüm hâkim 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 tâbi tutulur[11].

Yukarıda söylenenler Türk Hukukunda genellikle benimsenen düşünceyi yansıtıyor. İsviçre Hukukunda *culpa in contrahendo*'nun hukuki niteliği ve hangi hükümlere tabi olması gerektiği son derece tartışmalıdır[12]. İsviçre Federal Mahkemesi, tek bir esası benimseyecek yerde, her problemi kendi özellikleri çerçevesinde ele alıp sonuca bağlamak eğilimindedir. Nitekim, Yüksek Mahkeme, *culpa in contrahendo*'ya (çok eleştirilebilir biçimde) haksız fiil zamanaşımını (BK. m. 60) uygulamakta[13], buna karşı, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk söz konusu olduğu zaman, sözleşmeye aykırılık hükümleri içinde yer alan BK. m. 100'e üstünlük tanımaktadır[14]. Federal Mahkemenin bu tutum ve davranışı haklı olarak öğretinin bir bölümünün tepkisine yol açmıştır[15]. Ne var ki, son zamanlarda güven sorumluluğu (güvene dayalı sorumluluk)" kavramı ile ilgili kararlarında Federal Mahkeme üstün tuttuğumuz görüşe yönelmiş bulunmaktadır[16]. 9

Culpa in contrahendo sonucu karşı tarafın kişi veya mal bütünlüğü ihlâl edildiği zaman, tam zararın ödenmesi için dava açılır. Buna karşı, *culpa in contrahendo* sözleşmenin kurulmamasına veya geçersiz olmasına yol açtığı takdirde, hiç değilse ilke olarak, sadece olumsuz zararın tazmini istenebilir. Yerine göre ve özellikle kast veya ağır ihmalin bulunduğu durumlarda hakkaniyet gerektiriyorsa, BK. m. 26/II ve 39/II hükümlerinden kıyas yoluyla yararlanarak olumlu tazminat miktarına kadar yükselebilen bir tazminat talep etmek hakkı saklıdır[16a]. 10

---

11) Bkz. **v. Tuhr/Peter**, § 24, VII., s. 192 vd; **Kramer**, Allg. Einleitung in das schweizerische 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 Külliyatı, 7, No. 354. Yargıtay 19. HD.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 hukukî ilişki kurulur. Bu ilişki akit benzeri bir güven ilişkisidir ve MK. 2/I'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/I'de düzenlenmiş dürüstlük kuralına dayandığı belirtildikten sonra, yukarıda anılan 19. HD.nin 1.12.2005 tarihli kararına neredeyse tamamen uyan bir metin kullanılarak şöyle devam edilmektedir: "Buna göre görüşmeler esnasında, görüşmecilerin akdin muhtevası ve şartları hakkında birbirlerini aydınlatması, dürüstlük kuralına uygun davranması, birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermesi, koruma yükümlülüklerine uyması gerekir. Görüşmeciler bu yükümlülüklere kusurlu olarak aykırı davranıp görüşmelerin başlamasıyla aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlâl ettikleri takdirde 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.

11a *Culpa in contrahendo*'nun uygulandığı haller için şu örnekler gösterilebilir:

Örnek 1: A, bir mağazaya kumaş almaya gidiyor. Çeşitli kumaşlara bakar, fiyatları konusunda görüşürken, üst raflardan birinden bir top kumaş almak isteyen tezgâhtar T, kumaş topunu A'nın üstüne düşürüp hafif yaralanmasına sebep oluyor. Burada, henüz aralarında hiç bir sözleşme meydana gelmediği 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 oyalıyor 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, zarar verici kusurlu fiilin sözleşme müzakereleri sırasında işlenmiş olması gerekmektedir. Alman Hukukunda *Larenz*, yerinde olarak, bir adım daha atıyor ve *gerçek anlamda sözleşme müzakereleri başlamamış bile olsa, iş ilişkilerinin hazırlığına geçilmiş olması ile* yetinmek icap ettiğini belirtiyor[18]. 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 tâbi 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 liberté de rompre les négociations, JdT 2006.I, s. 163 vd.

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

düşürüp yaralanmasına sebep oluyor. Bu örnekte henüz gerçek anlamı ile sözleşme müzarekeleri başlamamıştır, fakat bir *alışveriş (iş) ilişkisini hazırlayıcı sosyal temas* gerçekleşmiştir ve o andan itibaren tarafların MK. m. 2'ye uygun biçimde karşılıklı davranış yükümlülüklerini içeren kanunî 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 ay- 13
dınlatmamız gerekiyor: Borç ilişkisi çerçevesinde, aslî (birincil) ve tâlî (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/I gereğince *"Kiralanan, kira müddeti zarfında zarurî tamirata muhtaç olduğu takdirde; kiracı, hakkına halel gelmemek şartiyle bu tamiratın icrasına müsaade etmeye mecburdur"*, keza, BK. m. 256/I 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. 14
m. 2'de yazılı dürüstlük (objektif iyiniyet) kuralı gereğince, *asıl edim yükümlülüğünün sözleşmenin amacına uygun biçimde yerine getirilmesine* ilişkin bulunan ve özellikle *Canaris* tarafından en geniş anlamda yan edim yükümlülüklerine dahil sayılan başka yükümlülükler de söz konusu olabilir[21]. Buna nazaran, durumun özelliğine göre, taraflar, asıl edim sonucunun

---

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

20) Aslî (birincil) – tâli (ikincil) edim yükümlülükleri ayrımı ile aslî (birincil) – yan edim yükümlülükleri ayrımını birbirine karıştırmamalıdır. *Birinci ayrımda*, borç ilişkisine özel tipini bahşeden, ilk plânda doğan borçlar ile, daha sonraki safhalarda borç ilişkisinin bir değişikliğe, hatta yerine göre genişlemeye uğraması sonucu, asli edim yükümlülüklerinin yerine geçmek yahut onların yanında yer almak üzere meydana gelen tâlî edim yükümlülükleri söz konusu oluyor. Tâlî (ikincil) edim yükümlülüğü, borç ilişkisinin doğduğu anda mevcut değildir. O, ilerki aşamalarda doğabilir. Oysa, *ikinci ayrımda*, yan edim yükümlülüğü (kanun 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. Örneğin, satıcı, sattığı fakat henüz teslim etmediği malı özenle muhafaza etmeli, onu paketler (ambalajlar) ve gönderirken hal ve şartların zorunlu kıldığı bütün dikkat ve ihtimamı sarf etmeli, satılan malın kullanılmasına ilişkin bazı tehlikeler mevcutsa bunlardan alıcıyı haberdar etmelidir. Görüldüğü gibi bütün *bu gibi yükümlülüklerin asıl edim yükümlülüğü dışında bir anlamı yoktur ve görevleri alacaklıyı asıl edim yükümlülüğünden sözleşmenin amacına 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 Aslî 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* diyorlar[22]. Bununla kastedilen şudur: Yine MK. m. 2 (dürüstlük kuralı) gereğince kanundan doğan bu yükümlülükler uyarınca, taraflar, *asıl edim yükümlülüğünden bağımsız biçimde* (şu halde asıl edim mükellefiyetinin yerine getirilmesine ilişkin menfaatleri dışında), bir hukukî 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 hukukî işlem sebebi ile temas kurmuş kişilerin, asıl edim yükümlülüğünden bağımsız biçimde, *birbirlerinin şahsı ve malvarlığı üzerinde etkili olma imkânlarının 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 dâva edilemeyecek bu yükümlülüklerin kusurlu ihlâli onları tazminat borcu altına sokabilecektir.

16 Bu anlamda, hiç bir aslî 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 aslî 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.; **Serozan**, Edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi, MHAD, yeni seri yıl 1, No. 3'den ayrı 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, koruma yükümlülükleri devam edebilir. Öyle ki, sözleşme (örneğin şekil noksanı veya imkânsızlık, kanuna aykırılık gibi bir sebeple) bâtıl olsa, yahut (örneğin hata sebebiyle) iptal edilse bile, davranış yükümlülüklerini doğuran borç ilişkisi bundan etkilenmez ve zarar görenin sözleşmeye aykırılık hükümleri (BK. m. 96 vd.) gereğince tazminat istemesini engellemez. Örnek: Antikacı A, tanınmış resim kolleksiyoncusu B'ye telefon ederek, Picasso'nun bir tablosunun eline geçtiğini, onu kendisine satmaya hazır olduğunu bildiriyor. Telefondaki müzakereler, sözleşmenin kurulması ile sonuçlanıyor. Tabloyu teslim almak için A'nın dükkânına 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 imkânsızlık sebebiyle kesin (mutlak) hükümsüzdür (BK. m. 20). Buna rağmen, bâtıl da olsa bir borç ilişkisine yönelmiş olarak taraflar arasında gerçekleşen sosyal temas, onlar arasında her türlü edim yükümlülüğünden bağımsız davranış yükümlülükleri içeren kanunî 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 dükkânına geldiği sırada, A'nın müstahdemi tarafından yaralansaydı, aynı sonuç *culpa in contrahendo* kuralı gereğince kabul edilecekti. Sözleşme kurulduktan sonra, onun bâtıl olması sadece aslî edim yükümlülüklerinin geçerli olarak doğumunu engelleyecek, yoksa edim mükellefiyetinden bağımsız davranış (koruma) yükümlülüklerini doğurucu borç ilişkisi üzerinde etkili olamayacaktır[23].

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

Şu halde, edim yükümlülüklerini içeren borç ilişkisi henüz kurulmadan (kanun gereğince meydana gelebilen) edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisinin, geçerli olsun veya olmasın edim yükümlülüklerini içeren borç ilişkisi ile birlikte devam etmesi mümkün olduğu gibi, söz konusu ilişkinin sona ermesinden sonra bile bir süre yürürlükte kalması imkân 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 mi 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 görüş[24] bize daha uygun gözükmektedir. Buna karşı edim yükümlülüklerini içeren ilişkinin sona ermesi üzerine, bu defa yukarıda işaret edildiği gibi, sırf koruma yükümlülüklerini içeren bir kanunî 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 (aslî ve yan edim yükümlülükleri) veya yenilik doğuran haklar, defiler vs. doğabileceği gibi, bazı davranış (koruma) yükümlülükleri de doğabilir, hatta hiçbir aslî (birincil) edim yükümlülüğü içermeyen, sırf davranış mükellefiyetlerine ilişkin bir borç ilişkisi dahi bulunabilir. Şu var ki, söz konusu davranış yükümlülüklerinin kusurlu ihlâli, bu defa de tâli (ikincil) bir edim yükümlülüğünün (tazminat) doğumuna yol açacaktır[25].

19 Alman Medenî 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, hukukî varlıklarını ve çıkarlarını gözetme yükümlülüğü altına sokabileceği (BGB § 241/II); diğer yandan da bu tip yükümlülükleri içeren bir kanunî borç ilişkisinin sözleşme görüşmelerinin başlaması ile (culpa in contrahendo) veya bundan önce (iki ayrı hal olarak düzenlenen) iş ilişkilerine yönelik sosyal temas ile kurulabileceği (BGB § 311/II) belirtilmiştir. Böylece, günümüz Alman Hukukunda, "culpa in contrahendo" açık bir kanunî 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; B, nişanlısına sigara içmemeyi vaat edebilir. Bu gibi vaatler, bir borç ilişkisine yol açmazlar. Zira, taraflarda, hukukî bir yükümlülük altına girme bilinç ve iradesi yoktur. Şüphesiz, 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 altına girip kendini bağlamak maksadı ile hareket etmediği, karşı tarafça (MK. m. 2 çerçevesinde) bilinebilir (anlaşılabilir) olmalıdır. İşte bu gibi taahhütler, hukukun dışında kalır ve ahlâk (adab), muaşeret (görgü) kurallarına tâbi olur, yerine göre centilmen anlaşmalarına *(Gentlemen's Agreement)* konu teşkil eder[26].

21 Acaba, hukuken bağlanmak irade ve bilinci (karşı tarafça anlaşılabilir biçimde) mevcut bütün taahhütler de, bir borç ilişkisinin doğumuna 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 hâkim olan fikir gereğince, bir borç ilişkisinin kurulması, şüphesiz alacaklının buna ilişkin *ciddi, korunmaya değer* bir menfaatinin bulunmasına bağlıdır. Fakat bu menfaatin mâlî bir değer arz etmesi, para ile ölçülebilir olması şart değildir. Sırf *mânevi* nitelikte menfaatler de ciddî bir borç ilişkisinin kurulmasına yetebilir[27]. Bir kimsenin belirli saatlerde piyano çalmamayı komşusuna taahhüt etmesi, bu gibi borç ilişkilerinin en başta anılan örneğini teşkil eder. Bunun gibi, A'nın haksız fiil sonucu B'ye sadece mânevî bir zarar vermesi halinde de, B'nin mânevî tazminat talebine dayanak olan bir borç ilişkisi A ile B arasında kurulabilecektir.

22 Bununla beraber, yukarıda söylenenler şu noktanın gözden kaçırılmasına yol açmamalıdır: Borçlar Hukukunda, sırf mânevi nitelikteki menfaatlerle ilgili borç ilişkileri çok ikinci, hatta üçüncü plânda kalır. Bunlarda dahi, ihlâl edilen mânevi menfaat karşılığı diğer taraftan bir tazminat istendiği vakit, yine para veya para ile ölçülebilen değerler ön plâna çıkar. Bu sebeple, Borçlar Hukuku'nun (tıpkı Eşya Hukuku gibi), ilke olarak, bir *malvarlığı hukuku* olduğundan söz açmak isabetsiz olmaz[28].

III. Borç İlişkisinin Nisbî Karakteri

1. Genel Olarak

23 Borç ilişkisinden doğan haklar ve borçlar, kural olarak, sadece o ilişki çerçevesi içinde ve taraflar (alacaklı ve borçlu) arasında *(inter partes)* hüküm doğurur. Alacaklı, borç ilişkisinden doğan *nisbî* hakkını, sadece *borçluya* karşı ileri sürebilir, edimin yerine getirilmesini münhasıran borçludan talep edebilir.

Alacaklıya borç ilişkisinin sağladığı bu hak daha yakından incelenecek olursa, bunun gerek borçlunun *şahsı*, gerek borçlunun edim *fiili* (davranışı),

---

26) **Schwarz**, s. 74; **Enneccerus/Lehmann**, § 1, IV, 2, s. 6.
27) **Schwarz**, s. 74-75; **Larenz**, SR I, s. 8.
28) Bkz. ve krş. **Larenz**, SR, I, s. 4.

gerekse edim konusu *şey* üzerinde bir *iktidar* sağlamadığı görülür[29]. Gerçekten, alacaklı (Anayasada kaynağını bulan temel eşitlik ve özgürlük kavramlarına aykırı biçimde) borçlunun *şahsı* üzerinde bir iktidar kazanmış değildir. O, borçlu üzerinde *doğrudan doğruya* kuvvet kullanarak, onu edimini yerine getirmeye zorlayamaz. Edimin zorla yerine getirilmesi ancak Devlet kuvvetlerine (mahkeme, cebrî icra makamları) başvurarak sağlanabilir. Bunun gibi, *Savigny* tarafından ortaya atılan görüşün aksine, alacaklının borçlunun şahsının tümü üzerinde değil de (bu halde borçlunun kişiliği = şahsiyeti tamamen bertaraf edilmiş olurdu), sadece borçluya ait bazı *fiil ve davranışlar* üzerinde iktidar sahibi olduğu, bu fiil ve davranışların borçluya ait özgürlük alanından ayrılarak alacaklının iradesine tâbi 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 imkân 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 yapılıp, malın mülkiyeti alıcı A'ya geçirilmeden önce, üçüncü bir kişi (Ü), bu halıyı çalsa veya yaksa, A doğrudan doğruya Ü'ye karşı harekete geçemez. Çalınan malı geri almak üzere Ü'ye karşı istihkak dâvası (veya zilyetliği koruyan dâvaları) açmak imkânı münhasıran satıcı B için mevcuttur. Bunun gibi, yanan halı sebebiyle Ü'den yalnız B tazminat isteyebilecektir. Çünkü Ü, davranışı sonucu, halı üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyeti devam eden B'nin mutlak bir hakkını ihlâl etmiş, sadece B'ye karşı BK. m. 41 anlamında "hukuka aykırı" bir fiil işlemiştir. A'nın B'ye karşı mevcut *nisbî* hakkı, onun Ü'ye karşı harekete geçmesine imkân 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, nisbî 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, hâkim fikre göre, bazı istisnaî 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 ahlâka 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, A bu maddeye dayanarak C'den haksız fiil hükümlerine göre tazminat isteyebilir. BK. m. 43/I gereğince "Hâkim hal ve mevkiin icabına ve hatanın *(kusurun diye anlamak gerekir)* ağırlığına göre *tazminatın suretini* ve şümulünün derecesini tayin" yetkisini haiz olduğundan, burada *aynen tazmine* (yani halının A'ya verilmesi suretiyle tazminata) hükmetmek ve söz konusu menfaat ihtilâfının bünyesine uygun bir çözüme varmak imkânına sahiptir[30]. 24

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 hakkı benimdir, başkasına değil sadece bana aittir ve bütün üçüncü kişiler bu hukukî durumu tanımak zorundadır. Şu halde, *bir alacak hakkının hukuken belirli bir şahsa ait olması, ona bağlanması (Rechtszuständigkeit, rechtliche 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 25

30) v. **Tuhr/Peter**, § 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. 41/II'yi karşılayan BGB § 826'ya dayandırılmaktadır – Şurasını ekleyelim ki, klâsik ve hâkim 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 ihtimalî (ihtimale dayalı) kastın (dolus eventualis) bulunması yeterlidir. Krş. **Grossen**, La responsabilité du tiers complice de la violation d'un contrat, Mélanges en l'honneur de W. Schönenberger, Fribourg 1968, s. 121 vd.

hukukî 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 ihlâl etmiştir[31]. 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 azaltmaktadır[32].

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.

aa. Üçüncü kişi lehine sözleşme (BK. m. 111)

28 A'nın, nişanlısı Ü'ye gönderilmek üzere çiçekçi B'den çiçek aldığı düşünülsün. Burada satış sözleşmesi A ile çiçekçi B arasında kurulmuştur. Ne var ki, satıcı B, borcunu, sözleşmeye yabancı olan 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. **Jäggi**, 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 hiç bir talep hakkı yoktur. O, sadece edimi kabule, almaya yetkili kılınmıştır. Çiçeklerin teslimi açısından alacaklı yine A'dır. Bu örnekte 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 doğurmaktadır. Bu gibi durumlarda *gerçek olmayan (eksik) üçüncü kişi lehine sözleşme*'den bahsedilir[33].

29 Asıl üçüncü kişi lehine sözleşme'de durum farklıdır. Aynı örnekte, Ü'nün sadece satıcının kendisine yapacağı edimi almaya yetkili kılınmakla kalmayıp, aynı zamanda doğrudan doğruya satıcı B'ye karşı öne sürülebilecek bir alacak hakkına sahip olacağının taraflarca kararlaştırıldığı farz edilsin. İşte, o zaman *gerçek (tam) bir üçüncü kişi lehine sözleşme* karşımıza çıkacaktır. Bunun, borç ilişkisinin yalnız taraflar arasında hüküm doğuracağı yolundaki kurala ciddi bir istisna getirdiği meydandadır[34]. Çünkü A ile B arasında yapılan bir sözleşme ile kurulan borç ilişkisine tamamen yabancı olan Ü, sözleşmenin yapılması ile birlikte, borçlu B'ye karşı bir alacak hakkı sahibi olmaktadır.

30 *Gerçek (tam) üçüncü kişi lehine sözleşme* halinde, dikkat edilecek nokta şuradadır: *Bütün borç ilişkisi* değil, sadece bu ilişkiden doğan *münferit bir alacak hakkı* Ü'ye aittir. İncelenen örnekte Ü, yalnız, satıcı B'den çiçeklerin kendisine (mülkiyeti de geçirilerek) teslimini istemek hakkını kazanmıştır. Bunun dışında *satış ilişkisi* yine A ile B arasındadır[35]. 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. Temsilci, *temsil olunan adına* hareket eder ve onun karşı tarafla yaptığı sözleşme sonucu kendisi değil, sadece temsil olunan alacaklı, borçlu olur; daha doğrusu, *borç ilişkisi karşı taraf ile temsil olunan arasında kurulur*. Verdiğimiz 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 kurulacaktı. 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. Tuhr/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**, Berner 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 doğmaktadır[36].

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 esasından hareket ediyor ve iki halde, üçüncü kişi lehine sözleşmenin gerçek (tam) hüviyetini kazanabileceğini kaydediyor: 1 — Tarafların anlaşması ile; 2 — Örf ve âdetin bu yolda olması ile (BK. m. 111/II)[37]. Bu kıstaslar her zaman yeterli olamıyacağı için, özellikle sözleşmenin amacından, hal ve şartlardan da tarafların iradesini tamamlamak üzere yararlanılabileceği kabul olunuyor[38,39].

bb. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme

32 Alman Hukukunda ortaya atılan, İsviçre Hukukuna girmesi hayli geciken bu kavramı anlıyabilmek 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 vd.), çok daha elverişsiz hükümler içeren *haksız fiil* hükümlerine (BK. m. 41 vd.) başvurmak zorundadırlar. Onların da sözleşme hükümlerine dayanarak B'den tazminat isteyebilmelerini sağlamak için üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kavramı geliştirilmiştir.

---

36) Taraflar arasında aksi kararlaştırılmamışsa, Ü, B'den borcunu yerine getirmesini doğrudan doğruya talep edebileceği gibi, taahhüt ettiren A da, 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 âdetten maksat, örf ve âdet hukuku olmayıp, iş (alış-veriş) hayatındaki âdet ve alışkanlıklardır (**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 221; **Weber**, not 35'de age, Art. 112, N. 50).

38) **v. Tuhr/Peter**, § 82, III, 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 salâhiyeti 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. 2/I hükmü (dürüstlük kuralı) uyarınca kanun gereği doğan (edim yükümlülüklerinden bağımsız) davranış ve koruma yükümlülüklerinin, sözleşmenin karşı tarafını oluşturmayan üçüncü kişilere 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 kanunî 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 edebileceklerdir[40].

İncelediğimiz konuda, tıpkı yukarıda incelenen taraflar arasında doğan koruma yükümlülüklerine ilişkin borç ilişkisinde olduğu gibi, A ile B arasındaki aslî 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. 33

Alman öğretisinde hâkim 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 uymak 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 ediyor[41]. 34

40) Özellikle bkz. **Larenz**, SR, I, s. 224 vd.; **Canaris**, JZ 1965, s. 477 vd.; **Wiegand**, recht 1997/3, s. 93; **Jauernig/Vollkommer**, § 328, N. 19; **Armbrüster**, Drittschäden und vertragliche Haftung, recht 1993/3, s. 90; **Weber**, Berner Kommentar, VI/1, 6, Bern 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 katılmadığımız 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 olacaktır[42].

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 sayılamaz[43]. Şu halde, sözleşmenin koruyucu etkisinden yararlanabilecek üçüncü kişileri sınırlamak gerekmektedir[44]. 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 alanı içinde* yer almalıdır. Borç ilişkisinin bünyesi icabı, *edime bağlı tehlikeler üçüncü kişiyi de en az alacaklı kadar güçlü biçimde tehdit ediyorsa*, bu şart gerçekleşmiş demektir[45].

— *İkinci 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, buna güvenmekte haklı sayılabilmelidir.* Buraya ilk plânda, 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, hukukî güvensizlik yaratacak biçimde üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kavramına yer olmadığı düşüncesinde: **Thévenoz**, 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/Schluep/Rey**, N. 4146; **Gonzenbach**, Basler Komm., Art. 112, N. 22; **Medicus**, SR, I, N. 773.

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

bakım yükümlülüğü altında olduğu kimseler girecektir[46]. Bu şart bazen, "üçüncü kişinin" taraflar arasındaki sözleşmenin koruma alanına dahil edilmekte korunmaya değer bir menfaati bulunmalıdır" şeklinde ifade edilmektedir[47].

— *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 yoktur[48].

— *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 edilmektedir[49].

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

— Evini A'ya kiralayan mâlik B'nin bir merdiveni tamir ettirmekte 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 ediliyor[50]. Buna karşı, bu örnekte, kiracı A'nın birlikte oturduğu eşinin, çocuklarının, evde çalışan hizmetçinin üçüncü kişiyi koruyucu sözleşme hükümlerinden yararlanmalarına bir engel yoktur[51]. Her gün, defalarla merdivenlerdeki tehlikeye maruz kalan bu kişi-

---

46) **Larenz**, SR, I, s. 227 vd.; **Larenz**, SR, I, 10.A., s. 169; **Gauch/Schluep/Rey**, N. 4143. Ayrıca karş. **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 krş. **Gauch/Schluep/Rey**, N. 4148; **Medicus**, SR, I, N. 776.

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

50) **Jauernig/Vollkommer**, § 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 yaptırımı 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, imkân 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 tarafça bilinebilir biçimde, alacaklının da kendilerini korumak için hukuken (veya ahlâken) 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 kimseler 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 halde[52], bize daha uygun gözüken görüşe göre[53], 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 kararında[54] 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) **Palandt/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 yaralanmasına yol açmıştır. Yüksek Mahkeme, üçüncü kişinin, alıcıya yardıma gelmekle satıcı ile alıcı arasındaki borç ilişkisinin güven ortamına dahil olduğunu kabul etmiş ve onun tüp satıcısına karşı açtığı tazminat davası ile ilgili olarak şunları kaydetmiştir: "Bir başka ifadeyle burada kanun (MK. m. m. 2) gereğince borçlu ile alacaklı arasında olduğu kadar, borçlu ile üçüncü kişi durumunda olan davacı arasında da hiçbir edim yükümlülüğü ihtiva etmeyen ve fakat koruma yükümlülüğüne dayanan üçüncü şahsı koruyucu etkili bir borç ilişkisi olmuştur. Dolayısıyle 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 yoktur[55]. 40

3. Borç ilişkisinden doğan (nisbî) hakların kuvvetlendirilmesi

Bazı hallerde, borç ilişkisinden doğan hakların yerine getirilmesini borçlu dışında bir takım üçüncü kişilerden de talep etmek imkân dahiline girmektedir. Daha ziyade Eşya Hukukunun konusuna giren bu mesele üzerinde daha fazla durmamak ve iki önemli hali kısaca belirtmekle yetinmek istiyoruz. 41

a. Tapu kütüğüne şerh edilebilen kişisel haklar

Kanun tarafından *açıkça öngörülen* ve *taşınmazlara* ilişkin bulunan bazı kişisel hakları tapu kütüğüne şerh verdirerek, bunların taşınmaz üzerinde 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 kanunî borç ilişkisinin de üçüncü kişiyi koruyucu etkili olması imkânı 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 tamiratı yaptırdığını sanmaktadır. O, frenlerin tamir edilmesi gerektiğini C'ye söylemiş, sonra bu tamiratın gerçekten yapılıp 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 kanunî borç ilişkisinin üçüncü kişiyi koruyucu etkisinden yararlanmaktadır.

ihtimal ile karşılaşıyoruz. Kişisel hak sahibi (özellikle bizi burada ilgilendiren alacak hakkı sahibi), şeyin *zilyetliğini* elde ettiği andan itibaren, *aynî hak gibi korunduğu* şüphe götürmeyen (MK. m. 894 vd.) zilyetlik sayesinde daha kuvvetli, üçüncü kişilere karşı da öne sürülmesi mümkün bir hukukî 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 getirmeyen B'ye başvurup tazminat talep edebilir[56]. 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 aynî 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 ettiği[57] zarar verici ve (mutlak veya nisbî anlamda) hukuka aykırı bir fiilden ötürü ona karşı sorumlu tutulması, yani bir tazminat ödeme yükümlülüğü altına girmesidir. Bir kimsenin haksız fiilinden yahut borca aykırı hareketinden sorumlu olduğunu söylerken bu anlamda sorumluluğu kastederiz. Bu gibi durumlarda "... den sorumluluk"tan bahsedilebilir[58].

b. Sorumluluk kelimesinin, bizi burada asıl ilgilendiren anlamı başkadır. Bununla, *borcunu yerine getirmeyen* borçlunun *malvarlığının*, alacaklının *el koymasına* konu olması; alacaklının bu malvarlığından zorla alacağını elde etmesi imkânı kastolunuyor. Başka 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.

borç = borçlunun alacaklıya karşı bir edimi yerine getirmeyi taahhüt etmesi

sorumluluk = edimini yerine getirmezse alacaklının malvarlığına el koyduracak alacağını zorla elde etmesine katlanması

verilmesini, yapılmasını, yapılmamasını) taahhüt etmesi; *sorumluluk* ise edimini yerine getirmemesi halinde, bunun sonucu olarak, alacaklının onun malvarlığına hukuken el koydurarak alacağını zorla elde etmesine katlanmasıdır.

Durumu iyi anlıyabilmek için biraz geriye dönelim. Borçlunun borç ilişkisinden doğan borcunu yerine getirmediğini 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 imkânı olabilir. Örneğin, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede, borçlu borcunu ifada gecikmiş (BK. m. 101 anlamında *temerrüde* düşmüş) olsun. Alacaklı, BK. m. 106 gereğince, ona ifa için *uygun bir mehil* tayin ettikten (veya hâkime ettirdikten) sonra, bu mehil içinde borç ifa edilmemişse üç imkândan birini seçmek hakkını kazanır: 45

1— Her zaman borcun ifasını talep etmek ve bunun yanında gecikme tazminatı istemek.

2— İfa ve gecikme tazminatı taleplerinden vazgeçtiğini derhal borçluya bildirmek kaydı ile, borcun ifa edilmemesinden doğan zararının tazminini istemek,

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

Alacaklının, ifa ile birlikte veya ifa yerine tazminat talep etmesi yahut sözleşmeden 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 dâva ettiği zaman söz konusu olacaktır. İcra ve İflâs Hukukumuzun sisteminde, para ve teminat borçları dışında, cebri icra yoluna başvurabilmek için, alacaklının önce bir *edim (ifa) dâvası* ile borçluyu dâva edip, cebrî icra takibatına dayanak olacak kesinleşmiş bir *mahkeme kararı* elde etmesi gerekir. Buna karşı, para ve teminat borçlarında doğrudan doğruya *icraya* başvurmak caizdir (İlâmsız icra) (İc. İf. K. m. 42 vd).

Görülüyor ki alacaklı, borcun (ister aslî edim yükümlülüğünün olsun, ister sonradan doğan tâlî edim yükümlülüğü niteliğindeki tazminat borcu- 46

Borcu borcun ödenmesi:
alacaklı

1-) borcun ifasını talep + gecikme tazminatı

2-) ifa ve gecikme tazminatı taleplerinden vazgeçtiğini borçluya bildirip, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın tazminini istemek

3-) ifa ve gecikme tazminatı taleplerinden vazgeçip, sözleşmeden dönmek

nun olsun) *zorla* yerine getirilmesini sağlamak üzere kural olarak, Devlet kuvvetlerinin yardımına muhtaçtır. Borçlunun borcunun bir taşınır malın tesliminden ibaret olduğunu 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 aslî edim yükümlülüğünün konusunu teşkil edebilir veya aslî edim yükümlülüğü bir mal teslimine, bir şey yapmaya veya yapmamaya ilişkin olduğu halde, sonradan bir tazminat ödeme ve dolayısıyla para borcuna dönüşmüş olabilir). Alacaklı, cebrî icra yolu ile borçluyu takip edip, onun alacağını karşılayacak miktarda malını haczettirebilir ve bu malların icra yolu ile satışından elde edilen bedelden alacağını alabilir. Bütün bu durumlarda, borcunu ifa etmeyen borçlu, *alacaklının Devlet kuvvetlerinin yardımı ile malvarlığına el koyarak alacağını bu malvarlığından zorla elde etmesine katlanmak* zorundadır. İşte borçlunun alacaklıya karşı *sorumluluğundan* bahsederken kastedilen de budur.

47 Kural, alacaklının Devletin (mahkeme, icra makamları) yardımı ile alacağını zorla elde edebilmesidir. Fakat bazı istisnaî sayılabilecek hallerde, alacaklı hakkını borçlunun rızası aranmadan elde etmek için Devlet kuvvetlerine muhtaç değildir. Bunun en iyi örneği *takastır*. Borçlar Kanunumuzda 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 en az olan nispetinde sona erdirebilir. Yeter ki, söz konusu alacaklar muaccel ve dâvası kabil geçerli alacaklar olsun. Takas yenilik doğuran bir hak, takas beyanı yenilik doğuran bir irade beyanıdır. Bu beyanın karşı tarafa vardığı anda, borçlar *"takas edilebilecekleri andan itibaren en az olan borcun miktarı nispetinde sakıt olmuş (düşmüş) addolunur"* (BK. m. 122/II). Örnek: A, B'den 100.000 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 etmektedir[59]. Bununla beraber, borçlunun sorumluluğundan söz açıldığı zaman, ilk plânda düşünülen, alacaklının mahkeme ve icra yolu ile borçlunun malvarlığına el koyabilme imkânına sahip olmasıdır, bu gibi devlet kuvvetlerinin aracılığı olmadan gerçekleşen hakkın yerine geti-

59) **v. Büren**, s. 10.

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

rilmesi yolları değil! Ne var ki, bu imkânın da borçlunun sorumluluğu kavramı içinde ele alınması gerektiği inkâr edilemez.

2. Sorumluluğun Çeşitleri

a. Kişi ile sorumluluk, malvarlığı ile sorumluluk

Eski devirlerde, borcunu yerine getirmeyen borçlunun şahsı ile sorumlu tutulması, alacaklının onun şahsına el koyması kabul ediliyordu. (Kişi ile sorumluluk)[60]. Borç için kölelik, borç için hapis bu anlamda sorumluluğun tarih içindeki çeşitli gelişme aşamalarını ifade eder. Modern hukukta, bu esas terkedilmiştir. Borçlu, şahsı ile değil, malvarlığı ile sorumludur. Borç ödenmediği zaman, alacaklı onun şahsına değil, kural olarak Devlet organlarının yardımı ile ancak malvarlığına el koyabilir[61]. 48

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

borçlu, borcunu ifa etmediği zaman alacaklıya karşı bütün malvarlığı ile sorumludur

aa. Sınırsız sorumluluk

Asıl olan budur. Borçlu, borcunu ifa etmediği zaman, alacaklıya karşı *bütün malvarlığı* ile sorumludur[62]. 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 istenir[63]. 49

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 *istisnaî hallerde*, kanunun açıkça öngördüğü şartlar gerçekleşmek kaydı ile, borçlunun *hapis yolu ile tazyik edilmesi* imkânı vardır. İc. İf. K. m. 344/I buna iyi bir örnek teşkil edebilir. Anılan hükme göre "Nafakaya ilişkin kararların gereğini yerine getirmeyen borçlunun, alacaklının şikâyeti üzerine, üç aya kadar tazyik hapsine karar verilir. Hapsin tatbikine başlandıktan sonra kararın gereği yerine getirilirse, borçlu tahliye edilir." (Ayrıca 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 hâkimi 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 bazı hallerde, borçlunun sorumluluğunu *malvarlığının* (özel bir malvarlığı teşkil eden) *bir parçasına* inhisar ettirmiş olabileceği gibi, tartışmalı olmasına rağmen, taraflar *anlaşarak* da bu sonucu elde edebilirler. 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 kalır[64].

Kanun yoluyla sınırlandırmaya verilecek en güzel örnek Devletin tereke alacaklılarına karşı, sadece kendisine intikal eden tereke ile sorumlu tutulmuş olmasıdır. Alacaklılar, Devletin bunun dışında kalan malvarlığına el koyamazlar. *"Devlet ... borçlardan sadece miras yoluyla edindiği değerler ölçüsünde sorumludur"* diyen MK. m. m. 631/II hükmü bunu yeterince başarılı biçimde ifade edebilmiş değildir.

bbb. Eşya ile sorumluluk (aynî sorumluluk) (Sachhaftung)[65]

51 Bazen konu bakımından sınırlı sorumluluğun özel bir hali olarak ele alınan bu ihtimali, ayrı bir sorumluluk şekli olarak incelemek daha doğru gözüküyor. Bu halde, malvarlığına dahil *belirli bir eşya* üzerinde bizzat borçlu veya üçüncü kişi tarafından alacaklı lehine bir sınırlı (mahdut) aynî hak, özellikle rehin hakkı tanınmakta ve (prensip olarak borçlunun bütün malvarlığına el koyma hakkını kaybetmeyen) alacaklıya, hakkını bu mal üzerinden *öncelikle* ve imtiyazlı olarak elde etme imkânı bahşedilmektedir.

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 ilişkinin kurulması ile, borcun ödenmemesi sonucu alacaklının borçlunun malvarlığına el koyduğu süre arasında, bahis konusu malvarlığı çeşitli değişikliklere uğrayabilir. 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. Tuhr/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 cebrî 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 imkânını kazanmıştır. Malın arada borçlunun malvarlığından çıkmış, üçüncü bir kişiye devredilmiş olması da, prensip olarak, alacaklının hakkı üzerinde olumsuz bir etki yapamayacaktır. Zira, alacaklı aynî bir hak olan rehin hakkını, malın yeni mâliklerine karşı da ileri sürebilir. Borçlu iflâs ederse, alacaklı rehin hakkına dayanarak söz konusu malın satış bedeli üzerinden alacağının tamamını yine öncelikle alır ve geriye bir şey kalırsa, iflâs masasına dahil diğer alacaklılar arasında paylaşılır. Görülüyor ki, sırf eşya ile (aynî) 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. B'nin A'ya olan 200.000 liralık borcu için, Ü'nün otomobilini A'ya rehnettiğini farzedelim. Bu durumda borçlu B'dir. Onun A'ya karşı bütün malvarlığı ile sorumluluğu (sınırsız sorumluluk) devam etmektedir. Şu var ki, otomobilin mâliki Ü, hiç bir şekilde A'ya *borçlu* olmadığı halde, B'nin borcu için *sadece otomobili ile* A'ya karşı *sorumludur* ve A, otomobil üzerinden alacağını, Ü'nün diğer bütün alacaklılarından önce tam olarak alma hakkına sahiptir[67].

ccc. Miktar itibarı ile sınırlı sorumluluk

Bazen borçlu bütün malvarlığı ile, fakat sadece belirli bir miktar için (örneğin 100.000 lira ile) sorumlu olabilir. Doktrinde hâkim olan fikir, yerinde olarak, bu gibi hallerde *sorumluluğun* değil *borcun* sınırlanmış oldu- 52

66) Yalnız, kanunun açıkça öngördüğü bazı şartların gerçekleşmesi halinde (İc. İf. K. m. 277 vd.), borçlunun, malvarlığına haciz veya iflâs yolu ile hukuken el konulmasından önce malvarlığından çıkarmış olduğu bir takım değerleri, alacaklılar iptal dâvası 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 mâliki, sırf bu taşınmaz ile sorumludur. Alacaklının, ayrıca onun bahis konusu taşınmaz dışındaki malvarlığı değerlerine başvurma hakkı hiç yoktur. Oysa alelâde 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. Büren**, s. 14).

ğunu kabul ediyor[68]. Şu halde *sırf belirli 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 firmasından 100.000 liralık veresiye yakıt ve kumanya almış ve Marsilya limanına yaklaştığı 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 brüt 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 TTK. m. 990 gereğince 4.000.000 TL.na satılmış ve bu tutar donatana teslim olunmuş ise, TTK. m. 1252 ve 1254 gereğince, donatan, yukarıda sözü geçen iki alacaklıya (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 değişiklik vuku bulmamıştır. Borç evvelce ne idi ise yine odur." Değişen sadece sorumluluğun çeşididir. Bundan böyle, A ve B, 5.100.000 TL. lık alacakları için donatanın bütün malvarlığına, fakat sadece 4.200.000 TL. için başvurma imkânına sahip bulunacaklardır, zira 5.100.000 TL. ile, sorumluluğu sınırlayan 4.200.000 TL. arasındaki farkı ifade eden 900.000 TL. donatanın tabiî (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 değişiklik vuku bulmadığı", borcun "evvelce ne idiyse yine o"olduğu yolundaki beyanları, borcun 900.000 TL. lık bölümü bundan böyle, yine kendi ifadesiyle tabiî (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 yanılgısı "tam ve gerçek anlamı ile borç" ve "tabiî borç" kavramlarını aynı statüde görmesinden ve (özel durumu olan zamanaşımına uğramış borçlar bir yana), tabiî (doğal) borçlar alanında, "hukukî anlamda" bir alacak hakkına yer kalmadığını gözden kaçırmasından kaynaklanmaktadır[71].

V. Borç ve Külfet→ kanun tarafından kendisine yüklenen davranış ödevlerini yerine getirmeyen kişinin haklarını tamamen veya kısmen kaybetmesi

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 hukukî durumu elde edememesi, ondan yoksun

---

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

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

70) **Kender**, Türk ve Alman hukuk sistemlerinde donatanın sınırlı sorumlululuğa tabi borçlarında temerrüt ve dava faizi, İBD, 1973, s. 1181 vd.

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

kalmasını ifade ediyor. Söz konusu külfeti yerine getirmekle yükümlü olan kişi, bir başkasına karşı belirli bir davranışta bulunmak, bir şeyi yapmak veya yapmamak 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 yegâne yaptırım, yükümlü olduğu külfeti yerine getirmeyenin *bazı haklarını (kendi yararına bir hukukî 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, yapılmamaları 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 müterafik 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 zarara veren faile karşı elde ettiği tazminat hakkında bu sebeple bir indirim (tenkis) yapılmasına, hatta yerine göre bu tazminatın tamamen kaldırılmasına katlanmak zorundadır[72].

§ 3. Edim

I. 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* (sarfiyatta) bulunur[1]. 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 mimarî proje hazırlanıyor) kullanılarak yapılan harcamalar da buraya girer. Diğer taraftan, edimle bazan "edim eylemi (fiili)" *(Leistungshandlung),* bazan ise "edim sonucu" 1

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

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

edim = borcun konusu

(Leistungserfolg) kastedilir. Bir hizmet sözleşmesinde işçi sözleşmeye uygun biçimde çalışarak, yani edim eylemi ile borcunu yerine getirir. Oysa bir eser (istisna) sözleşmesinde sadece çalışıp eylemde bulunmak yetmez, taahhüt edilen eserin (edim sonucunun) sözleşme çerçevesinde tamamlanıp teslim edilmesi gerekir, zira, burada alacaklının tatmin edilmesi belirli bir sonucun ortaya çıkmasına bağlanmıştır[2].

2 Çok defa edim, *borcun konusu* olarak ifade edilir[3]. Bu, şüphesiz doğrudur. Bu anlamda edim, borçlunun borcunu ifa etmek üzere vermesi, yapması veya yapmaması gereken şeyleri ifade eder. Doğru olmayan nokta, edimin her zaman bir borcun konusu olduğunu sanmaktır. Edim, borçtan bağımsız bir kavramdır. *Jäggi*'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 bâtıl olduğu için bundan geçerli borçlar doğmamıştır), o, bir edimi yerine getirmiştir (edada bulunmuştur). Ne var ki, bu edim, mevcut ve geçerli bir borcun konusu değildir; ifa sebebi ile *(solvendi causa)* değil, *sine causa* (sebepsiz olarak) gerçekleşmiştir[4].

3 Yukarıda edime ilişkin olarak verilen tarif, bu kavram ile *kazandırma (Zuwendung)* kavramı arasındaki farkın belirtilmesini zorunlu kılıyor. Kazandırma öyle bir fiildir ki, bununla bir kimse diğerine *malvarlığına ilişkin bir menfaat* (çıkar) sağlar. Edim ile karşı tarafa sağlanan menfaatin her zaman malvarlığına ilişkin bir menfaat olması şart olmadığından (örneğin belirli saatlerde piyano çalmama edimi alacaklıya hiç bir malvarlığı menfaati kazandırmaz), bir bakıma, edimin kazandırmadan daha geniş bir kavram olduğu söylenebilir. *Jäggi*'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 değildir[5]. 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 yapılmış 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) **Jäggi**, Vorbem, vor Art, 1, N. 26-27.

5) **Jäggi**, Vorbem. vor Art. 1, N. 32

leşmeye (BK. m. 22) dayanarak asıl borç sözleşmesinin kurulması halinde durum böyledir. Asıl sözleşmeyi yapmak için irade beyanında bulunan borçlu, bununla (şüphesiz karşı tarafın da buna uygun bir irade beyanı bulunmak kaydı ile) asıl sözleşmeye ilişkin bir borç altına girmekte (kazandırma), fakat aynı zamanda ön sözleşmeden doğan edimini yerine getirmektedir[6].

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

II. Edime İlişkin Çeşitli Ayrımlar[7]

§ 2'de incelenen aslî-talî (birincil-ikincil) ve aslî-yan (birincil-yan) edim yükümlülükleri ayırımları burada tekrar edilmeyecek 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 (şahsî) edimler*, 2 — *Maddî (şeye ilişkin) edimler*. 5

aa. *Kişisel edimler*, borçlunun bedenî veya fikrî gücü ile yerine getirdiği edimlerdir. Hizmet sözleşmesinde, işçinin işi yapma edimi; ön sözleşmeden doğan asıl sözleşme için irade beyanında bulunan edimi; vedia (saklama) sözleşmesinde, vedia alanın şeyi muhafaza etme edimi vs. hep bu kategoriye girerler.

bb. *Maddî (şeye ilişkin) edimler*, borçlunun kural olarak malvarlığından yerine getirdiği edimlerdir (satıcının şeyi teslim edip mülkiyetini alıcıya geçirme edimi, kiracının kira bedelini ödeme edimi, âriyet sözleşmesinde âriyet alanın şeyi âriyet verene geri verme edimi vs. gibi). Bir çok hallerde, borçlu hem *kişisel* hem de *maddî* edimleri bir arada borçlanmış olabilir. 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 lâzım olan vasıtaları ile âlet ve edevatı kendi masrafı ile tedarik" etme edimi 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 kazandırmada 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 imkânı olmayınca, bu edim bir maddî edime (tazminat) dönüşür.

Kişisel ve maddî edimler arasında yapılan bu ayrım, özellikle şu noktalarda pratik bir önem taşır:

— *Borcun sınırını tayin açısından: Kişisel edimlerde*, borçlunun bedenî ve fikrî durumuna göre yerine getirebileceğinden ve ondan ahlâk anlayışımıza göre alacaklı yararına yapması beklenebilecek olandan fazlası borçlanılmış sayılamaz. Özellikle, borçlu hayatını veya sağlığını tehlikeye koyan fiilleri, prensip olarak, yerine getirmek zorunda değildir. Buna karşı, *maddî edimler*, 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 dâva edip bunu ödemeye mahkûm ettirebilir. Yalnız, daha sonraki cebrî icra aşamasında, borçlunun sorumluluğuna konu olacak mal bulunamayacağından, hükmün icrası gerçekleşemeyecektir[8].

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

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

— *Borçlunun iflâsı halinde, onun kişisel edimleri iflâs masasına girmez.* Zira, İc. İf. K. m. 184, 198'den de dolayısı ile anlaşılacağı gibi, iflâs masasına giren alacaklar sadece borçlunun *malvarlığından* yerine getirilecek (şu halde borçlu açısından maddî bir edimi karşılayan) alacaklardır[9]. İflâs, borçlunun, bundan böyle üzerinde tasarruf yetkisini kaybettiği malvarlığından ödemelerde bulunmasını önler[10], yoksa onun kişisel edimlerini yerine getirmesine engel olmaz.

---

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

9) **v. Tuhr/Peter**, § 7, not 14.

10) **Fritzsche**, Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, 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 etmemeği tahahhüt etmesi gibi (rekabet yasağı sözleşmesi). 6

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 durumdadır[11].

bb. *Katlanma edimlerinde* ise, borçlu, genel hukuk kurallarına göre (örneğin, bir malın mâliki 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 kiralamışsa, o, kiracı A'nın kiralanan malı kira sözleşmesine uygun biçimde kullanmasına ses çıkarmamak, kira sözleşmesi ile yüklendiği katlanma edimi olmasaydı mâlik sıfatı ile MK. m. 618'e dayanarak ileri sürebileceği taleplerden vazgeçmek (hareketsiz kalmak) zorundadır.

2. Ânî, Sürekli ve Dönemli Edimler[12]

a. Ânî edimler, borçlunun zaman içinde bir tek hareketini gerektiren, onun tarafından bir defada yerine getirilen edimlerdir. Satıcının, satılan buzdolabını teslim etmesinde olduğu gibi. 7

b. Sürekli 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 (Kaneti)**, Akdin ifa edilmediği def'i, 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 de deniyor), ânî ve sürekli edimler arasında ortalama bir yer işgal eder. Bunlarda, borçlu düzenli veya düzensiz aralıklarla tekrarlanan davranışlarda bulunmak zorundadır. O, belirli zamanlarda tekrarlanan ânî 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 kararlaştırılır[13] (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 ânî 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 ânî edimlere girer.

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

8 Hukuken geçerli bir edimin mevcudiyetinden bahsedebilmek için, onun belirli (muayyen) olması gerekir. Satıcının, alıcıya 10.000 lira karşılığı "bir şey" devretmeyi taahhüt etmesi (ne olduğu belli değil!) veya alıcının satıcıdan "belirli bir antika vazoyu satın alması" (semen belli 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/I üzerinden varılabilir). Bunun yanında, tazminat borçlarının belirli hale gelmesi de ancak hâkimin kararı ile gerçekleşe-

13) Bkz. **Kuntalp**, s. 7.

cektir[14]. BK. m. 43/I uyarınca tazminatın şeklini ve miktarını belli etme yetkisi hâkime ait olduğundan, o ana kadar tazminat edimi sadece belirlenebilir (kabili tayin) bir edimdir.

BK. m. 182/III, satış sözleşmesi için, semenin (satış bedelinin) mutlaka belirli (muayyen) olmasının gerekmediğini, belirlenebilir (kabili tayin) bir semenin de yettiğini şöyle ifade ediyor. "*Hale göre tâyini mümkün olan semen, tesmiye edilmiş (adı konulmuş, adlandırılmış) hükmündedir.*" Yine satış sözleşmesine ilişkin BK. m. 209/I daha da ileri gidiyor. Bu hükme göre "*Alıcı kat'i sipariş yapmış, fakat semeni tayin etmemiş ise satım siparişin yapıldığı gün ve mahalde câri fiyat üzerinden aktedilmiş sayılır*"[15]. Ne var ki, hiç anılmamış semenin dahi belirlenebilir (kabili tayin) sayılmasını mümkün kılan bu hüküm, sadece câri fiatı olan mallarda uygulama alanı bulabilir[16]. Şu halde, yukarıda verilen örnekte olduğu gibi, alıcı, satıcıya evindeki antika vazoyu aldığını kesin olarak bildirmiş bile olsa, BK. m. 209/I uygulanamaz[17].

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

§ 4. Talep Hakkı Ve Alacak Hakkı Kavramları

I. Talep Hakkı Kavramı

BGB § 194/I, *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 1

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**, I/1, s. 91-92.

16) Câri fiyattan maksat, piyasası olan belirli bir cins malın, belirli bir ticarî 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. **Guhl/Koller**, § 8, N. 1-2).

eda davası = talep hakkının yerine getirilmesi için açılır

Maddî Hukuk (yani Medenî Hukuk) arasında kesin bir ayrım yapmayıp, dâva yolu ile korunmayı ön plâna alması; hakkı, o özel durum için tanınmış bir *actio*'nun (dava hakkının) bulunmasına bağlamasıydı. Bu sebeple, Roma Hukuku'nun tarih boyunca gelişmiş çeşitli *actio*'ların (dâvaların) bir sistemi olduğunu söylemek imkânı vardır[1].

2 *Windscheid*, maddî hukuk anlamında hakkı ön plâna alan ve bu hakkın mahkeme önünde *dâva* yolu ile takip edilebilmesini, söz konusu hakkın mevcudiyetine bağlanan doğal ve kendiliğinden anlaşılır bir sonuç sayan modern hukuk görüşüne uygun biçimde, *actio* kavramını Usul Hukukuna ilişkin unsurlarından sıyırmış ve talep hakkı kavramını yaratmıştır. Şu halde Maddî Hukuk yönünden asıl olan talep hakkıdır. Usul Hukukunun tanıdığı dâva hakkı (burada da Roma Hukuku gibi her hak için özel, bireyselleştirilmiş bir *actio* değil, genel bir dâva hakkı söz konusudur), daha önce Maddî Hukukça bahşedilmiş olan hakkın (bu hak itiraza uğradığı, özellikle ihlâl edildiği zaman) tespitine ve gerçekleşmesine yaramaktadır. Üstelik modern talep hakkı kavramı, ileri sürülmek ve gerçekleşmek için mutlaka bir dâva 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 imkân dahilindedir[2].

3 Talep hakkının yerine getirilmesini sağlamak amacıyla bir dâva açıldığı zaman, bu bir *edim* (eda, ifa) *dâvası (Leistungsklage)* olacaktır. Şu var ki, bütün dâvalar, edim dâvası gibi, karşı tarafın bir şey yapmaya ("verme"yi de içine alacak biçimde geniş anlamda kullanılıyor) veya yapmamaya mahkûmiyetini sağlamak amacı ile açılmaz. Bir *tespit dâvasında* veya *yenilik doğuran dâvada* da dâvacının *Usul Hukuku anlamında bir talebi* vardır (Örneğin bir sözleşmenin kesin hükümsüz olduğunun mahkemece tespit edilmesi veya bir ölüme bağlı tasarrufun iptali isteniyor). Fakat bu dâvalar (edim dâvasından farklı olarak) *Maddî Hukuk (Medenî Hukuk) anlamında bir talep hakkına* dayanmazlar. Ortada sadece usule ilişkin bir talep vardır. Zira, maddî hukuk (Medenî 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 bulunmamaktadır[3].

---

1) **Schwarz**, Roma Hukuku Dersleri, I cilt, (terc. T. Rado), 3. Bası, İstanbul 1948, s. 221 vd.
2) Bkz. **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, III, s. 89; **Larenz/Wolf**, 9. A., § 15, N. 57; § 18, N. 69.

Talep haklarını *yenilik doğuran haklar*dan da dikkatle ayırmalıdır. Yenilik doğuran hak sahibi, bir taraflı irade beyanı ile yeni hukukî durumu yaratmak imkânına 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 doğabilir[4]. Örneğin, alım (iştira) hakkı sahibi A, yenilik doğuran hakkını kullanarak karşı taraf B ile aralarında satış ilişkisini kurunca, bu ilişkiden A ve B lehine talep hakları da doğar[5]. 4

II. Talep Hakkına İlişkin Ayrımlar

1. Talep Hakkının Kaynağına Göre

Bu açıdan, talep hakkı, bir borç ilişkisinden veya Eşya Hukukuna (aynî talepler), Miras Hukukuna, Aile Hukukuna yahut Kişiler Hukukuna ait ilişkilerden doğmuş olabilir[6]. 5

2. Talep Hakkının Bağımsız Bir Nitelik Taşıyıp Taşımamasına Göre[7]

Bazı talep hakları *bağımsızdır*. Bunlar, daha önce mevcut, hizmetinde oldukları bir başka hakka bağlı olmaksızın, tek başına bir anlam taşıyan, kendi kendine yeten talep haklarıdır. Örneğin, bir satış ilişkisinden doğan satıcının ve alıcının talep hakları böyledir. Aynı şey Aile Hukukundan doğan nafaka talepleri için tekrar edilebilir. Buna karşı *bağımlı* (gayrı müstakil) talep hakları, mevcut bir diğer hakkın (mutlak hakkın) gerçekleşmesine yarar, ona hizmet ederler. *Aynî talepler* buna güzel bir örnek olabilir. Bir mal üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan kişi, mal üzerindeki mutlak iktidarı dolayısı ile, herkesten bu hakka riayet olunmasını, onun ihlâl edilmemesini isteyebilecek durumdadır. Şu var ki, bu safhada bir talep hakkından bahsetmek doğru değildir. Zira mâlikin yeryüzündeki bütün kişileri ilgilendiren bu isteği, henüz *belirli bir kişiye* yönelmemiştir. Talep hakkının karakteristik özelliği ise, belirli bir kişiye karşı yönelmiş olmasıdır. Fakat bir üçüncü kişinin Ü, mâlikin mülkiyet hakkına tecavüz ettiği anda (Ü örneğin malı çalıyor), mâlikin *ona karşı, mevcut mülkiyet hakkının korunmasına hizmet eden, bu hakka uygun durumun yeniden gerçekleşmesini* (malın Ü'den alınıp tekrar mâlikin zilyetliğine geçirilmesini) sağlamak amacını 6

4) **v. Tuhr**, AT, § 15, II, s. 244.
5) Önalım (şuf'a) 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. **Larenz/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 (aynî) nitelik taşıyan bağımlı taleplerdir. Bazen böyle bir talep, mutlak hakka belirli bir kimse tarafından yapılması çok muhtemel bazı tecavüzlere karşı yönelen bir *içtinap (kaçınma, önleme)* talebi şeklinde de karşımıza çıkabilir.

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

III. Alacak Hakkı Kavramının Talep Hakkı Kavramı Karşısındaki Durumu

7 Alacak haklarının kaynağı borç ilişkileridir. Talep haklarının kaynağı ise borç ilişkilerinden ibaret değildir. Şu halde, talep hakkı, alacak hakkına nazaran daha geniş bir kavramdır. Bir alacak hakkı niteliğini taşımayan talep hakları da vardır. Örneğin, aynî talepler için durum böyledir. Mâlik, mülkiyet hakkını ihlâl eden kişiye karşı aynî talebini ileri sürerken, ondan kendisi lehine (özellikle malvarlığından) bir edimde bulunmasını değil, sadece ihlâl edilen (çiğnenen) mutlak hakka uygun durumun yeniden gerçekleşmesini istemektedir. Bu açıdan *alacak hakları, talep haklarının sadece bir çeşidi sayılabilir*[8].

8 Acaba, meseleye *sadece borç ilişkisinden doğan talepler* açısından bakıldığı 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*, herşeye rağmen, *talep ve alacak kavramlarının aynı şey sayılamayacağını* savunuyor[9]. *v. Tuhr*'a göre, talep hakkı, alacak hakkının alacaklıya bahşettiği en önemli yetki olmakla beraber, alacak hakkının içeriği bundan ibaret değildir. Özellikle, alacaklının borcunu ödemeyen borçludan alacağını cebri icra yolu ile elde etme veya tazminata dönüştürme hakları, yahut alacak hakkının içeriğine

---

8) **v. Tuhr/Peter**, § 2, IV, 2, b. s. 13; VI, s. 15. – Bir mutlak hakkın (örneğin mülkiyet hakkının veya kişilik hakkının) ihlâli sebebiyle uğranılan maddî veya manevi zararların tazminine ilişkin talepler ise gerçek anlamda bir *alacak hakkı* niteliğini taşırlar (**Jäggi**, 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, Umumî Esaslar, 7. bası, İstanbul 1968, s. 358; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 12.

dahil olabilen yenilik doğuran haklar (BK. m. 312 gereğince muacceliyet ihbarında bulunmak, BK. m. 71 uyarınca seçimlik borçlarda seçim hakkını kullanmak vs. gibi) bir talep hakkı sayılamaz. Bunun gibi, alacak hakkından alacaklı lehine doğabilen defi hakları (örneğin sözleşmenin ifa edilmediği defi, 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 yetkilerdir. *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 100.000 lira ödemek borcu altına girerse (vâdeli borç, BK. m. 75 vd.) A'nın alacak hakkı derhal doğduğu halde, onun talep hakkını kazanabilmesi için vâdenin gelmesini (borcun muaccel olmasını) beklemek icap edecektir[10].

Alman ve İsviçre Hukuklarında yaygın olan bir fikir[11], bu izah tarzına katılmıyor 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 mümkündür[12]. Yegâne 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 düşünceyi 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, II, 2, s. 87; **Enneccerus/Nipperdey**, § 222, II, 2,3, s. 1365, 1366; § 223, I, 1, s. 1370; **Heitz**, Die unvollkommene Obligation in schweizerischen Recht, Bern 1940, s. 36; **Hellwig**, Anspruch und Klagerecht, Leipzig 1924, § 1, III, s. 5 vd. Ayrıca krş. **Jäggi**, Vorbem, vor Art. 1, N. 85 vd.

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

muaccel alacak hakkı ile talep hakkı arasında bir ayrım yapmamakla yetinmek mümkün olabilir. Buna karşı, birçok Alman yazarı, daha da ileri gitmek suretiyle, bu farkı da inkâr ediyor ve muaccel olmayan (örneğin vâdeye veya geciktirici şarta bağlı) talep haklarından da bahsedilebileceğini ileri sürüyor[13].

§ 5. Doğal (Tabiî) veya Eksik Borçlar

I. Genel Olarak

1 Medenî Hukuk alanında öyle bazı borçlara rastlanıyor ki, bunlar borçlu tarafından rızası ile yerine getirilmediği zaman, alacaklının (borcun ifasını sağlamak üzere) borçluyu dâva etmesi ve cebrî icra yoluna başvurması caiz sayılmıyor. Buna karşı, borçlu rızası ile bir ifada bulunursa, bu geçerli oluyor ve geri alınamıyor. Bu gibi hukukî himayeden az veya çok yoksun bırakılmış bulunan ve herhalde "tam ve gerçek anlamda borçlarla" bir tutulmaması gereken borçlara, doğal (tabiî) 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 vardır[1]. 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 doktrininde[2] gittikçe daha fazla taraftar toplayan bir görüşe göre, doğal (eksik) borçların mahiyetini *borç (Schuld, dette)* ve *sorumluluk (Haftung, responsabilité)* kavramları arasındaki ikilik aydın-

---

13) Bu fikirde: **Hellwig**, not 11'de age, § 1, III, 3, s. 7-8; **Enneccerus/Nipperdey**, § 222, II. 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 (ayniyet) kuran Gernhuber. Ayrıca bkz. **Larenz/Wolf**, 9.A., § 15, N. 56.

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

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

latacaktır[3]. Kaynağını Cermen Hukukunda bulan, borç ve sorumluluk kavramlarının birbirinden bağımsız tek başına mevcut olabileceğini kabul eden *ikici (düalist)* borç görüşü açısından, *doğal (eksik)* borçlar, *borçlunun sorumluluğunu içermeyen (sorumluluk unsurundan yoksun) bir borçtan (Schuld ohne Haftung, dette sans responsabilité, devoir sans engagement)* başka bir şey değildir[4].

— Bunun karşısında yer alan ikinci bir görüş ise, sorumluluktan yoksun (şu halde borçlunun zorlanmasına imkân vermeyen) borçların mevcudiyetine izin vermiyor. Bu fikre göre, *hukukî 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, ahlâk veya muaşeret (görgü) kurallarının yüklediği bir yükümlülükten bahsedilebilir. Ne var ki, bu görüş taraftarları arasında da, bahis konusu *zorlamadan* ne anlaşılması gerektiği hususunda fikir birliği bulunmuyor. Bir kısmına göre, bundan maksat dâva edilebilir olmadır. İsviçre Hukukunda *Jäggi* alacak hakkını, bir edimin yerine getirilmesini istemeye ilişkin *dâva edilebilir* hak diye tanımlıyor[5]. Diğer bazı yazarlar[6], yukarıda incelenmiş olduğu gibi, borçlunun sorumluluğunun bazen mahkeme dışı yollardan da (örneğin takas) gerçekleşebileceğini nazara alarak, şu esası kabul ediyorlar: Hukukî anlamda bir talep (alacak) hakkından bahsedebilmek için bunun şu veya bu şekilde (şu halde *dâva* 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, Bern 1940, s. 43; **Pelet**, La théoire 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) **Jäggi**, Vorbem. vor Art. 1, N. 10, 15. Keza: **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 29, 47-49, 82. Alman Hukukunda "dâva edilebilir" olmayı alacak ve talep haklarının özüne dahil, zorunlu bir nitelik sayan yazarlara örnek olarak **Lehmann** (AT. § 13, I, 2, s. 85) ve **Enneccerus/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 hukukî anlamda bir borcun bulunmadığı vurgulanıyor. Başka türlü: **Larenz**, SR, I, s. 20.

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

şart değil) borçlunun iradesine bakılmaksızın zorla yerine getirilebilenler ve her türlü zorlama unsurundan yoksun olanlar. Bu sonunculardа hukukî 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 sürülüyor[7]. 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 hukukî 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 deyime ihtiyaç vardır. Buradaki "tabiî" (doğal) sözcüğü, ortada "hukukî" anlamda bir alacak bulunmadığını göstermesi bakımından bu fonksiyonu yerine getirmeye elverişlidir.

Bu bilgilerden sonra, şimdi doğal (eksik) borçlara ilişkin en yaygın bazı örneklerin incelenmesine geçebiliriz[8].

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

1. 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 alacak hakkının 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 imkânsız denecek zor dâvalarla yüklü olmaktan kurtarmanın kamu yararına olduğu da inkâr edilemez. Nihayet, son derece eski bir talep hakkı öne sürüldüğü vakit, hayat tecrübelerine göre, bu hakkın hiç doğmamış yahut sonradan (meselâ ifa ile) düşmüş olması büyük bir ihtimal dahilindedir. Kaldı ki, hak henüz mevcut olsa bile, alacaklı zamanaşımını defi ile karşılaşmasının sebebini, hakkını aramak hususunda gösterdiği ihmalde aramalıdır[9]. 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. Tuhr/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. **Nabholz**,

yapılabilecek bu gibi düşüncelerle, kanun talep (alacak) haklarının zamanaşımına (müruruzamana = yıllanmaya) uğramasını kabul etmiş ve zamanaşımı BK. m. 125-140'da borcun sukut (düşme) sebepleri arasında düzenlemiştir. Gerçekte, biraz sonra açıklanacağı üzere, zamanaşımı 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.

Zamanaşımı alacak (= talep) hakkı üzerinde nasıl bir etki yapar? Bu so- 6
runun 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 dâva hakkını düşürür[10]. Yargıtay'ın da bu doğrultuda bazı kararları vardır[11]. Bu görüş doğru değildir. *Zamanaşımı süresinin geçmesi ile alacak (= talep) hakları hiç bir şekilde düşmediği gibi, dâva hakkı da düşmez*[12]. Bu nokta zamanaşımının hâkim tarafından re'sen (kendiliğinden, görevinden ötürü) nazara alınamayacağını bildiren BK. m. 140'dan da açıkça anlaşılır. Dâvacının dâva hakkı hiç mevcut olmadığı halde, hâkimin, borçlu tarafından zamanaşımı defi öne sürülmedikçe eli kolu bağlı kalması ve dâvayı sonuçlandırmak zorunda olması izah edilemez. Yukarıda açıklandığı gibi, talep ve dâva 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 Rechtsuntergangsgründe 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. éd., 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 gerçekleşememekte ve ancak borçlunun iradesine bağlı bulunmaktadır." denilmektedir (**Kuru**, cilt 2, s. 1764).

12) **Lehmann**, § 45, III, 1, b, s. 344; **Jäggi**, Vorbem. vor Art. 1, N. 73; **Enneccerus/ Lehmann**, § 3, II, 4, s. 15.

7 Şu halde, zamanaşımı süresinin geçmesinin sonucu, *alacaklının devam edegelen alacak ve dâva haklarına* karşı, borçlunun bir *defi* öne sürerek borcunu ifadan kaçınmak hakkını kazanmış olmasıdır[13]. Bu defi hakkını kullanıp kullanmamak tamamen borçluya kalmış bir iştir. O, borcunun mevcudiyetini bildiği halde, yine defi hakkını kullanıp dâvayı reddettirebilir. Yargıtayın ifadesi ile kanun, burada *borçlunun vicdanını hakem kılmayı* uygun görmüştür[14]. Bu ifade, şaşılacak şekilde Alman Hukukçusu Kohler'in, zamanaşımı defi için kullandığı "Vicdan defi" *(Gewissenseinre-de)* deyimini hatırlatmaktadır[15]. Kısaca, zamanaşımına uğrayan alacak mevcut, fakat borçlunun elde ettiği bir karşı hak (defi hakkı) dolayısı ile zayıflamış bir alacaktır[16].

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 karşılaşıyoruz:

— Bazı yazarlara göre[17], borçlu defi hakkını kullanınca, *alacak hakkı* kesin olarak düşer. Buna karşı çoğunluk[18], 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 (güçsüz) bırakılır*. Bundan böyle, geriye, dâva yolu ile elde edilmesi imkânı kalmamış bir alacak (daha doğrusu borçlu açısından bir eksik borç) kalır[19]. Borçlar Kanununun, zamanaşımına uğramış alacaklara bağladığı çeşitli hüküm-

---

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

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

15) **Staudinger/Coing**, Kommentar zum BGB, I., Band: Allgemeiner Teil, 11.A., Berlin 1957, § 222, N. 2'den naklen.

16) Alacak ve talep hakları arasında fark gözeten **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 **Jäggi**'ye göre (Vorbem. vor Art. 1. N. 73, 75) açılan dâva, borçlunun ileri sürdüğü bir daimî defi (olayda zamanaşımı defi) dolayısı ile reddedilmişse, alacak hakkı bir *tabiî (doğal) borç* durumuna düşer. Bundan böyle, tıpkı kumar, bahis vs. borçlarında olduğu gibi, zamanaşımına uğramış borç, hukukî 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) geçerlidir ve ödeme hataen olsa bile geriye istenemez (BK. m. 62/c. 2)[20]. 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 gerekiyor: Borçlu zamanaşımı defini, mutlaka mahkeme önünde (alacaklı tarafından aleyhine açılan dâva sırasında) öne sürmek zorunda sayılamayacağına göre, alacaklının *mahkeme dışı* talebine karşı zamanaşımı savunmasını yapan borçlunun sonradan açılan dâvada susması halinde, hâkim dava malzemesinden (dosyadan) defi hakkının daha önce kullanılmış olduğunu anlarsa, davayı *re'sen* reddedebilir mi? Hâkim fikre göre, evet! Zira, daha önce zamanaşımı definin kullanılması 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 hâkim tarafından re'sen (kendiliğinden, görevinden ötürü) göz önünde tutulması gerekir[22]. 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 *ahlakî 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 ahlâkî 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 Verjährungs-Verwinkungsund Fatalfristen, Band I, Bern 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 dâvalı İcra takibine karşı mürur zaman def'inde bulunmuş ise de, işbu dâvada böyle bir defi ileri sürmemiş olduğu ve Borçlar Kanununun 140 ıncı maddesi hükmü gözönünde tutulmadan dâvanın mürurzaman 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 (**Karahasan**, TBH, GH, III, 1992, s. 1219); **Buz**, Medenî Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 105 vd.. Ayrıca bkz. **Kuru**, cilt 2, s. 1766. Krş. **Postacıoğlu**, 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) defi hakkının kullanılmış bulunduğu dava malzemesi içinde yer alsın. Ancak, borçlunun zamanaşımı definden, zamanaşımı gerçekleştikten sonra[23] alacaklıya yöneltilecek bir taraflı, geçerliliği açısından hiçbir şekle bağlı olmayan, varması gerekli bir beyanla her zaman (hatta defi *hakkını kullanmış bile olsa*) *vazgeçmesi* caiz olduğundan[24], o, dâva sırasında önceden yapmış olduğu defi hakkına ilişkin beyanını geri alıp dâvanın yürümesine imkân sağlayabilir[25]. Bu da gösteriyor ki, zamanaşımı definin, kesin (= geri alınması mümkün olmayan) tarzda sonuç doğurması, ancak dâvanın kesin hükme bağlanması ile gerçekleşecektir[26].

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 itibarı ile dâvayı biçimleyen bir kavram olarak düşünüldüğü için, olsa olsa, defi hakkının mahkeme dışı kullanılmış olmasından hareket ederek, onun dâvada da kullanılmak istendiği sonucuna varılabileceği kabul edilmelidir (Ayrıca krş. **Buz**, s. 106). **Larenz**'in eserinin **Wolf** tarafından yapılmış yeni basısında, yukarıdaki yollamadan anlaşılacağı gibi, bu görüşe yer verilmemiştir.

23) BK. 139/I gereğince zamanaşımından *önceden* vazgeçmek bâtıldır.

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

25) *Defi hakkı, bir yenilik doğuran hak* sayılabilir mi? Yenilik doğuran hak, bir kimsenin, özel bir hukukî duruma dayanarak, bir taraflı irade beyanı ile yeni bir hukukî durum yaratmak hakkı olduğuna göre, öne sürülmesi ile yeni bir hukukî duruma yol açan defi hakkı da bu kategoriye sokulamaz mı? Bu mesele tartışmalıdır. Alman Hukukunda çoğunluk defi 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). Defi hakkının kullanılması ile alacağın düşmediği esasından hareket edilirse, aradaki benzerliğe rağmen, defi hakkı ile yenilik doğuran hakların aynı şey olmadığını kabul etmek daha uygun gözüküyor (Gerek geciktirici, gerekse sürekli defilerin 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, defi 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 kullanmış olduğu bir defi hakkından bir taraflı irade beyanı ile vazgeçebilir, onu geri alabilir. Böylece, karşı tarafın talep (alacak) hakkı, kendisini engelleyen defi hakkının baskısından kurtulmuş, tam bir talep hakkı niteliğini kazanmış olur. Oysa, yenilik doğuran hakkın kullanılması ile meydana gelen yeni hukukî durum kesindir. Ondan bir taraflı irade beyanı ile vazgeçilemez. Olsa olsa tarafların bir sözleşme ile, eski hukukî durumu yeniden kurmaları söz konusu olabilir. (Bkz. **Larenz**, AT, s. 250-251; **L. Huillier**, La notion du droit formateur en droit privé suisse, Genève 1947, s. 92 vd.; **v. Tuhr/Peter**, § 3, IV, s. 31-32). Ne var ki, bütün bunlar Alman öğretisini, sadece, defi haklarının 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: **Koller**, I, N. 75-76).

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

sayılı kararında bu iki kavram arasındaki farka şöyle işaret ediyor: "Mahkeme kararının yazılışından, hak düşüren süre ile zamanaşımı süresinin arasındaki nitelik ayrımına (farkına) iyice dikkat edilmediği görülmektedir. Zamanaşımını Borçlar Yasasının 140. maddesi uyarınca, hâkim *kendiliğinden* 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 et- 11
tiği hakkı düşüren sürelerin ne olduğunu anlıyabilmek 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 hak 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 anılabilir[28].

Hak düşürücü süre (Verwirkungsfrist, délai de péremption) denince, 12
bundan farklı bir durum anlaşılır. Burada, hak sahibinin kendisine tanınan belirli bir süre içinde, *kanun* (maddî hukuk) *tarafından öngörülen bir davranışta* (bir irade beyanında bulunmak veya dâva açmak gibi) *bulunmaması* yüzünden hakkını kaybetmesi söz konusu olur[29]. Görüldüğü gibi, süreye bağlı haklarda olduğu gibi, süre devam ettikçe hakkın da devam edeceğini söylemek imkânı yoktur. İntifa hakkı sahibi olan tüzel kişi, yüz yıl süre ile bu intifa hakkından yararlanır. Onun hakkının devam etmesi için sürenin tamamlanmamış olması yeter. Yoksa hak sahibinden, ayrıca bu süre içinde belirli bir davranışta bulunması beklenmez. Oysa hak düşürücü sürede, hak sahibinin hakkını muhafaza etmek veya kullanıp tüketmek için *belirli süre zarfında harekete geçmesi*, kanunun örgördüğü biçimde *davranması* şarttır.

---

27) **Olgaç**, not 11'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, hâkimin itirazı re'sen (kendiliğinden) nazara alabilmesi için, itiraza esas olacak olgunun dâva malzemesinde (dosyada) yer alması şarttır.

28) Bu konuda bkz. **Wyss**, La péremption 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 çıkabilir[30]:

— Hak sahibinin, sözü geçen davranışı, bazen, doğrudan doğruya *kaybedilmesi önlenmek istenen hakkın kullanılması* şeklinde belirir. Bu kullanma ile hak da tükenmiş olabilir. Örneğin, BK. m. 31 gereğince, hata, hile veya ikrah altında bir sözleşme yapan kişi bir yıl zarfında iptal hakkını kullanmalıdır. Süreyi kaçırırsa, iptal hakkı düşer. İptal hakkını zamanında kullanırsa, bu hak ona elde etmek istediği amacı sağlayarak (sözleşmenin kesin hükümsüz hale gelmesi) tükenir.

— Bazen hak sahibinin belirli süre zarfında yapması gereken hareket (hukukî fiil), *kaybedilmesi bu yoldan bertaraf edilen hakkın kullanılması niteliğini taşımayabilir*. Yani, hak sahibinin bazı haklarının düşmesini önlemek üzere, doğrudan doğruya bu hakların kullanılması ile ilgili olmayan *başka hukukî fiilleri* yerine getirmesi gerekebilir. Örneğin, satıcıya karşı satılan maldaki ayıplardan doğan haklarını muhafaza etmek isteyen alıcının, BK. m. 198'in (TTK. m. 25/b. 3) öngördüğü süreler içinde şeyi muayene ettirmesi ve ayıp ihbarında bulunması zorunluluğu 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 iki halde de bir hak düşürücü süre vardır[31].

13 Şimdi, kısaca şu noktayı belirtmemiz gerekiyor: *Hak düşürücü süreler*, kural olarak, *yenilik doğuran haklarda* söz konusu olur[32]. 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 alanda kaldığı, uygulamada her iki kavramın da prensip olarak aynı kurallara tâbi olduğu genellikle kabul olunuyor. Bununla beraber, bu iki kavramın tamamen aynı tutulamıyacakları ihtimaller de düşünülebilir. **Wyss** (not 28'de age, s. 17), haklı olarak, şu farka işaret ediyor: *Süreye bağlı hakta*, hak sahibi, hiç bir zaman kendisine yeni (ek) bir süre tanınmasını isteyemez. Çünkü, onun hakkını kaybetmesi, münhasıran *sürenin geçmesine* (yoksa süre içinde belirli bir davranışı ihmal etmesine değil) dayanmaktadır. Oysa, *hak düşürücü sürelerde*, hak sahibinin, kendi kusuruna dayanmıyan bazı sebeplerden ötürü süresi içinde gerekli davranışta bulunamadığını ispat ederek bir *ek süreden* yararlanabilmesi pekâlâ tasavvur edilebilir. Belirli bazı durumlarda, zamanaşımı süresinin geçmesine rağmen, davacıya altmış günlük bir ek süre tanınmasına ilişkin BK. m. 137 hükmünü hak düşürücü sürelere 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 olması gerekmez. Mahkeme bu süreyi olayın özelliklerini dikkate alarak belirler (Ayrıca bkz. **Däppen**, Basler Komm., Art. 139, N. 3, 4; **Pichonnaz**, CR, Art. 139, N. 6). Şu var ki, mesele çok tartışmalıdır. BK. m. 137 hükmünün kıyas yolu ile hak düşürücü sürelere uygulanmasını reddeden yazarlardan birisi de **Wyss**'dir (not 28'de age, s. 126, 131 vd.).

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

talep (alacak) hakları *zamanaşımı* sürelerine bağlanmıştır[33]. İstisna olarak, kanun bir alacak hakkı için hak düşürücü süre öngörmüş olabilir[34].

2. Kumar ve Bahis Borçları

Borçlar Kanununun, özel borç ilişkilerine ayrılan İkinci 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. 14

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

Kanun, kumar ve bahis kavramlarını tarif etmemiştir. *Kumar*, genel olarak "Birden fazla kişinin eğlenmek, kazanç sağlamak yahut fikrî veya bedenî ustalıklarını geliştirmek amacıyla, az veya çok ustalığa veya talihe bağlı birbirine zıt şartlar altında, karşılıklı olarak aralarından kazanacak olana bir edim taahhüt ettikleri bir sözleşmedir" şeklinde tarif edilebilir[35]. Buna karşı, *bahis* denince, bundan tarafların karşılıklı ve birbirine zıt iddialarını pekiştirmek (takviye etmek) için yaptıkları öyle bir sözleşme anlaşılır ki, bununla taraflardan her biri, kendi iddiasının yanlış çıkması hali için diğerine bir edim vaat eder[36].

Kumar ve bahsi birbirinden ayırmaya yarıyan kriterin ne olduğu Ortak Hukukta (Pandekt Hukukunda) çok tartışılmıştır. Bunun sebebi, orada, bahisten alacaklı lehine bir dâva hakkı doğduğu halde, kumarda bu imkânın tanınmamış olmasıdır[37]. Yukarıda verilen tariflerden anlaşılacağı gibi, bugün hâkim olan görüşe göre, söz konusu iki kavram arasındaki fark *saikte*, daha doğrusu taraflarca güdülen *amaçta*dır. Taraflar *kazanç veya eğlence* gibi saikler altında (bu amaçla) hareket ediyorlarsa kumar; belirli bir konuya ilişkin ciddî 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- 15

33) Bununla alacak hakkı niteliğini taşıyan, yani borç ilişkisinden doğan talep haklarını kastediyoruz. *Aynî talepler* (örneğin, MK. m. 683 gereğince mâlikin istihkak talebi) İsviçre-Türk Hukuklarında 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, 1, 2, s. 752; **Schönenberger**, Zürcher Kommentar, Bd. V; Obligationenrehct, 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; **Schönenberger**, not 35'de age, Art, 513, N. 3, **Enneccerus/Lehmann**, § 189, I, 2, s. 752.

rında kumar ve bahsi ayırmanın pratik bir önemi kalmamıştır. Çünkü, kanun, her ikisini de aynı hükümlere tâbi tutmaktadır.

16 Kanunun, kumar ve bahisten tam bir borç doğmasını önleyen hükmü, bu gibi durumlarda, tarafların malvarlıkları arasında (bunlardan biri yararına, diğerine aleyhine) meydana gelen değişikliklerin, gerçek, ciddî, korunmaya değer gözüken ekonomik bir amaçtan yoksun sayılmasına dayanmaktadır. Bunun yanında, bu yoldan elde edilen kazanç ciddî ahlakî bir temele de dayanmaz. 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 ahlâka aykırılık sebebiyle bâtıl sayacak kadar ileri gitmemekle birlikte) rıza ile ödenen kumar veya bahis borcunun geri alınamaması dışında (BK. m. 505/II) ilgisiz kaldığını, bu tip borçları hukukî himaye dışı tuttuğunu izah eder[39]. Şurasını eklemek gerekir ki, gerçek anlamı ile kumar ve bahis dışında kalan bazı işlemler de, kumar ve bahis ile aynı hükümlere tâbidir. 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 fiat farkı esası üzerine yapılan *vâdeli alışverişler* (BK. m. 504/c. 2) buraya girer[40]. Nihayet BK. m. 506 gereğince *"Hükümet tarafından müsaade edilmiş olmadıkça, piyango hiç bir alacak hakkı tevlit 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 göre[42], kumar ve bahis sözleşmeleri geçerlidir. Bunlardan borç doğar. Ne var ki, söz konusu borca dayanarak borçluyu borcunu ifa etmek üzere zorlamak (dava açmak, icra takibi yapmak, takas beyanında bulunmak) imkânı yoktur. Bu borç, dâva hakkından ve diğer zor kullanma imkânlarından yoksun, eksik bir borçtur.

---

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

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

41) Yurdumuzda, Millî 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: **Schönenberger**, Art. 513, N. 48-49; **Akev**, not 4'de age, s. 121 ve s. 116'da anılanlar; **Tandoğan**, Notions, s. 57; **Eren**, s. 84; **Bauer**, Basler Komm., Art. 513, N. 13.

— Alman Hukukunda hâkim olan, İsviçre'de de hayli taraftar toplayan ikinci bir fikre nazaran[43], kumar ve bahisten hukukî anlamda bir "borç" doğması bahis konusu değildir. Zira bu "borçtan" dolayı, borçluyu ne dâva yolu ile, ne de mahkeme dışı zorlamak imkânı mevcuttur. Kanunun, "borçlu"nun rızası ile yaptığı ödemenin geçerli olduğunu bildiren hükmü, onun bu durumda (önceden hukukî 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, hukukî olmasa bile, ahlâkî bir vazifenin mevcut olduğunu, bu sebeple de rıza ile verilenin geri istenemeyeceğini bildiren BK. m. 505/II hükmünün, "ahlâkî bir vazifeyi ifa için verilen şey geri alınamaz" diyen BK. m. 62/c. 2'nin özel bir uygulama şeklinden ibaret kaldığı görüşünü benimsediklerini belirtmek gerekir[44].

Her iki fikrin de üzerinde birleştiği nokta, kumar ve bahis (keza onlarla bir tutulan ilişkilerden) doğan "borçların", rıza ile ödenenin geri alınaması dışında hiç bir hukukî hüküm doğurmamasıdır. Gerçekten, zamanaşımına uğramış borçlardan farklı olarak, hâkim dava edilen alacağın bir kumar veya bahis alacağı olduğunu dâva malzemesinden (dosyadan) anlarsa, dâvalı bir beyanda bulunmasa bile re'sen (kendiliğinden) dâvayı reddeder. Bunun gibi, bu borçların, teminat altına alınması (örneğin geçerli bir şekilde rehinle temin edilmesi) imkânı da yoktur. Bu sebeple, bu gibi durumlarda hukukî 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 tevlit etmez" diyen BK. m. 504/c. 1'in sözüne daha uygun düşmektedir[45]. 18

---

43) **Larenz**, SR, I, s. 20, **Ennencerus/Lehmann**, § 3, II. 4, s. 15; **Heitz**, not 6'da age, s. 84 vd.; **Pelet**, not 4'de age, s. 146 vd. (yazarın, 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; **Jäggi**, 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/Altop**, 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) Dâvasız borç fikrini savunanlar, BK. m. 504'ün kenar başlığındaki "Alacağın dâva edilememesi" ibaresine dayanıyorlar. **Akev**'in çok tartışma götürür fikrince, (not 4'de

19 Şu noktayı ekleyelim ki, tartışmalı olmasına rağmen, hâkim ve isabetli olan görüşe göre, ifanın rıza ile gerçekleşmiş sayılması için borçlunun ifa ettiği borcun hukukî niteliği hakkında doğru bir tasavvur sahibi olması aranmaz. Şu halde, borçlu, borcun kumar borcu olduğunu bilmeden (örneğin M'nin A'ya olan kumar borcunu, onun ölümünden sonra borcun kaynağını bilmeyen mirasçısı B ödüyor) veya kumar borçlarından ötürü de ifaya zorlanabileceğini sanarak ödemede bulunursa, bu ödeme yine geçerli olur ve geri istenemez[46]. Gerçekten, önceden eksik 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, kanun, sadece ifanın bir kumar veya bahis ilişkisine dayanarak borçlu tarafından zor altında olmaksızın yapılması olgusuna hukukî 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 karıştırılmaması bu temel anlayışa uygun düşer. Kumar ve bahis borçlarının 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 Tellâllığından Doğan Borç

20 İsv. BK. m. 412 hükmüne göre anlaşılması gereken BK. m. 404/I uyarınca, tellâllık öyle bir sözleşmedir ki, bununla tellâl, bir ücret karşılığında bir sözleşmenin yapılması fırsatını göstermeğe veya bir sözleşmenin kurulmasına aracılık etmeğe memur edilir. BK. m. 408, evlenme tellâllığı için özel bir hüküm içermekte ve *"Evlenme tellâllığı ücrete hak bahşetmez"* demektedir. Kanunun bu hükmü kabul etmesinin sebebi, evlenme tellâllığını evlenmenin ahlâkî niteliği ile bağdaşmaz saymış olmasıdır[47].

---

age, s. 119 vd), gerçi TBMM'nin doktrinde haklı eleştirilere uğrayan 26.11.1944 tarih ve 1367 sayılı yolu tarih ve 1367 sayılı yorum kararı ile matlapların (kenar başlıklarının) kanun 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 Medenî Kanununun ayrılmaz bir cüz'üdür" demek sureti ile, Medenî Kanun ve Borçlar Kanununda da kenar başlıklarına dayanmak imkânını 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 tellâllığına ilişkin (bizdeki BK. m. 408'i karşılayan) m. 416 hükmü 1998 yılında yürürlükten kaldırılmış ve bunun yerine vekâlet sözleşmesiyle ilgili hükümlere, bir eş veya sürekli birlikte yaşanacak kişi (istikrarlı bir hayat arkadaşı) bulmak üzere ücret karşılığı bir kimseye vekâlet verilmesine dair ("eksik" değil hukukî anlamda "tam" borç doğuran) yeni bir sözleşme tipi eklenmiştir (İsv. BK. m. 406a vd.) İsviçre'de eski rejimin en büyük sakıncalarından birisi, ücret alacaklarının tahsili için mahkemeye başvuramayan "tellâlların" 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 bulunmamıştır[48]. 21

4. Ahlâkî Bir Ödevin Yerine Getirilmesi

Bir kimsenin kendilerine karşı nafaka ile yükümlü olmadığı (MK. m. 364'deki sınırın dışında kalan) bazı hısımlarına, geçimlerini sağlamak üzere yardım ettiğini veya bir trafik kazasında hayatını kurtaran bir şahsa ödül olarak bir miktar para tediye ettiğini farzedelim. Bu gibi durumlarda, BK. m. 234/III gereğince bir bağışlama bahis konusu değildir[49]. Fakat ifada bulunan kişi önceden mevcut hukukî bir yükümlülüğünü yerine getirmiş de sayılamaz. O halde, ahlâkî bir ödevin ifası için verilenin geri istenemeyeceğini bildiren BK. m. 62/c. 2 hükmünden, kanunun burada dâva edilmesi mümkün olmayan (hukukî anlamda) bir borcun varlığını kabul ettiği sonucu çıkarılamaz. Gerçekte, BK. m. 62/c. 2, önceden hukukî anlamda hiçbir borç mevcut olmadığı halde, karşı tarafa, verileni muhafaza yetkisini tanıyan, yani bu durumu bir kazanma (= iktisap) sebebi olarak değerlendiren bir hükümden başka bir şey değildir[50]. 22

III. Sonuç

Buraya kadar yapılan ve doktrinde doğal (tabiî) 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, ahlâkî vazifenin ifasının kavram olarak bağışlama dışı tutulduğu anlaşılabileceği gibi; sadece (aynı zamanda bağışlama niteliğini taşısın veya taşımasın), ahlâkî ödevin ifasına bağışlama hükümlerinin uygulanamıyacağı anlamı da çıkarılabilir (Özel olarak bkz. **Heitz**, not 4'de age, s. 65) – Bu konuda, tartışmalı olan bir mesele de şudur: Ahlâkî 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/I'deki yazılı şekil şartına tâbi olmaz. Bize daha isabetli gözüken fikre göre (**Kramer**, Allg. Einl. in das schweizerische OR, N. 111), kanun sadece ahlâkî 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 tâbidir.

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

adlandırılan durumların sadece bir kaç tanesine inhisar eden bu açıklamalar, en başta belirttiğimiz esası doğruluyor: Doğal veya eksik 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, zamanaşımına uğramış borçlar için, zayıflamış da olsa hukukî anlamda bir borcun varlığını sürdürdüğü dikkate alınarak "eksik borç" denmesinin daha isabetli olması gibi).

§ 6. Çeşit Ve Parça Borçları

I. Genel Olarak

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 âriyet 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 nitelikte 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 lâzım gelen şey yalnız neviyle tâyin edilmiş ise işin mahiyetinden hilâfı anlaşılmadıkça bu şeyin intihabı borçluya aittir."

Şu var ki, borçlu bu seçimi yaparken tamamen serbest bırakılmamış ve aksi belirtilmiş olmadıkça, *orta kaliteden* aşağı mal verememesi öngörülmüştür (BK. m. 70/c. 2). Tarafların borç konusu malın niteliği üzerinde daha ayrıntılı bir anlaşma yapmış olmalarına pek tabiî hiç bir engel görülemez, örneğin şu nitelik ve kalitede buğday verileceği açıkça kararlaştırılabilir.

Çeşit borçlarının özel bir tipi de *sınırlı çeşit borçlarıdır* (mahdut nevi borcu). Bu durumda borçlu borcunu münhasıran "belirli" veya "kendi ürettiği mallarla ilerde gerçekleşecek" bir *stoktan* ifa etmek yükümlülüğü altına girmiştir[1]. 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. 3

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

Sayı, ölçü ve tartı'ya göre belli edilmesi âdet olan[2] ve iş (alışveriş) hayatında hâkim telâkkilere göre belirli bir parçanın özel nitelikleri bir rol oynamadığından, onun aynı nitelikte başka parçalarla değiştirilmesi (biri yerine diğerinin geçirilmesi) mümkün sayılan taşınır (menkul) eşya *mislî eşyadır*. Buna karşı, iş (alışveriş) hayatında hâkim olan görüş ve anlayışlar, bir eşyayı kişisel nitelikleri dolayısı ile diğerlerinden ayrı ve farklı olarak görüyor, onun yerine aynı nitelikte sayılabilecek başka eşyaların geçirilmesi bu sebeple mümkün olamıyorsa, *mislî olmayan eşya* söz konusudur[3]. Mislî eşyaya örnek olarak para, tarım ürünleri (buğday, arpa vs.), kömür, kitap, seri halinde yapılan endüstri mamülleri (radyo, buzdolabı vs.) gösterilebilir. Özellikle sanat eserleri (bir ressamın tablosu, bir heykeltraşın yaptığı heykel), bir terzi tarafından dikilmiş ısmarlama elbise, ısmarlayan için özel olarak hazırlanmış mobilya ise, mislî olmayan eşya örnekleri olarak anılabilir. 4

Mislî olan ve olmayan eşya ayırımında esas olan kıstas tamamen *objektiftir*, iş (alışveriş) hayatının bu konuya ilişkin görüş ve anlayışlarıdır. Oysa çeşit borcu-parça borcu ayrımında tamamen *sübjektif* bir kıstas (tarafların iradesi) hâkim bulunmaktadır[4]. Gerçi çok defa, çeşit borcunun konusunu 5

---

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.

mislî eşya teşkil eder (yüz ton buğdayın satışında olduğu gibi). Fakat tarafların anlaşarak mislî olmayan eşyayı da çeşit borcunun konusu olarak düzenlemiş olmaları imkân 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 mislî olmayan eşya çıkacaktır (meselâ tanınmış ressamlardan A'nın "Güneşin Batışı" adlı tablosu satılmıştır). Fakat mislî 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 Ayrımının Pratik Önemi

6 Bu ayrımın 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 hasarı, 2 — Karşı edim hasarı[5,6].

7 1 — *Edim hasarı* kavramı şu sorunun cevabını veriyor: İster iki tarafa, ister sadece bir tarafa borç yükleyen bir sözleşme bahis konusu olsun, borcun konusu borçlunun kusuru olmaksızın yerine getirilemiyorsa, borçlu borcundan kurtulacak mıdır, yoksa alacaklıya karşı sorumluluğu devam edecek 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 tehlikesidir[7]. Borçlunun borcundan kurtulduğu kabul edilirse hasar alacaklıdadır. Borçlunun bu duruma rağmen yükümlülüğü (ister aslî edim yükümlülüğü, ister onun yerine geçen bir tazminat yükümlülüğü şeklinde olsun) devam ediyorsa, edim hasarı borçludadır.

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

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

---

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

6) Bu konuda bkz. **Heck**, Grundriss des Schuldrechts, Nachdruck 1958, s. 29 vd.; **Larenz**, SR, I, s. 153, 308, 310; **v. Tuhr/Peter**, § 8, III, 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 olunamıyan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa borç sâkıt olur."

Şu halde parça borçlarında, edim hasarı alacaklıdadır.

— *Çeşit borcunda*, durum aksinedir. Borçlunun, sözleşmenin kurulmasından sonra, borcuna konu olan yüz ton buğdayı piyasadan sağlayıp bir depoya koyduğunu farz edelim. İfadan önce depo tamamen yanarsa, borçlunun borcu (parça borçlarından farklı olarak) düşmez. Borçlu, o çeşitten mal yeryüzünde mevcut ve sağlanabilir oldukça, onu temin edip borcunu yerine getirmek zorundadır. Kural budur. Şu halde *çeşit borçlarında edim hasarı borçludadır*. (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, borçlunun 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 girmiştir[8]. Depo veya gemi kısmen yanarsa, borçlunun 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 gerekir[9].

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 şarttır*[10]. 8

Buradaki soru şöyle sorulabilir: Borçlu, ifada imkânsızlık 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/Jeanprêtre**, Jurisprudence du Tribunal Fédéral sur la partie générale 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 Liefe-rung, 3.A., Zürich, 1993, Art. 185, N. 28, 31, 32.

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

Görüldüğü gibi, *kural olarak, karşı edim hasarı borçludadır. O, ifada kusursuz imkânsızlık dolayısı ile borcundan kurtulunca (BK. m. 117/I), alacaklıya karşı olan alacak hakkını da kaybeder.* Alacaklı edimini daha önce yerine getirmiş bulunuyorsa, borçlunun sebepsiz iktisap hükümleri gereğince aldığını geri vermesi icap eder.

Temel kural bu olmakla beraber, BK. m. 117/II, c. 2, kanun veya sözleşmenin bu esastan ayrılabileceklerini kaydediyor. Bizzat *kanun* tarafından öngörülen en önemli istisna, satış sözleşmesi dolayısı ile BK. m. 183/I'de yer almaktadır. Söz konusu hükme göre:

"Halin icabından veya hususî şartlardan mütevellit istisnaların maadasında satılan şeyin nefi ve hasarı akdin inikadı anından itibaren alıcıya intikal eder."

Buna nazaran, satış sözleşmesinin yapıldığı andan itibaren, ilke olarak (BK. m. 117/II, c. 1'deki ana kuralın aksine) karşı edim hasarı alıcıya (alacaklıya) geçmektedir. Öyle ki, satılan şey henüz alıcıya teslim edilmeden satıcının kusuru bulunmayan bir olay sebebiyle yok olursa, satıcı borcundan kurtulur, fakat alıcıya karşı semen alacağı buna rağmen devam eder. Alıcı, bu ihtimalde, hem edim hasarına hem de karşı edim hasarına katlanmak zorundadır[11].

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 öğretide çeşit borcunun temerküzü (belli eşya üzerinde toplanması) veya somutlaşması deniyor[12]. Kanun, satış sözleşmesinde açık bir hükümle bunu kabul etmiştir. BK. m. 183/II'ye nazaran, hasarın alıcıya geçmesi için *"yalnız nev'en tayin edilmiş olan satılanın ayırt edilmiş olması da lâzımdır"*[13]. Şu halde, çeşit satışlarında, satıcı satılanı ayırt etmiş ise, o andan itibaren münhasıran ayırt edilen kısım sözleşmenin konusunu teşkil etmektedir ve onun yok olması edim hasarının alıcıya geçmesi (yani satıcının borcundan kurtulması) sonucunu doğuracaktır.

---

11) 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 taşımaktadır[14]. 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/I'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 suretiyle satıcının ikametgâhında (yerleşim yerinde) veya malın bulunduğu yerde ifa edilecekse, BK. m. 183/II'de sözü edilen ayırt etme'den ne anlaşılacağı son derece tartışmalı bir konudur. Kabulü imkânsız gözüken en aşırı görüşlerden birisi, satıcının bir taraflı olarak yapacağı ayırt etmeyi yeterli sayan görüştür[15]. 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 aranır[16]. 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 tanımaktadır[17]. 9

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 olmasıdır[18].

---

14) **v. Büren**, s. 27.

15) Bu sebepledir 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 II 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; **Jauernig/Vollkommer**, § 243, N. 9. Ayrıca bkz. Yarg. 13. HD., 15.2.1985, E. 7828, K. 1010 (**Karahasan**, TBH, ÖBİ, cilt 3, 2004, s. 187).

17) Ayrıntıları ve incelikleri üzerinde durmadığımız bu görüş, Türk Hukukunda **Tandoğan** (I/1, 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/II 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

I. 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 olabilir[1]. BK. m. 71, aksi anlaşılmadıkça, bu hakkın *borçluya* ait olmasını kabul ediyor.

2 Seçimlik borcun mevcut olabilmesi için, seçim hakkının çeşitli *edimlere* ilişkin olması gerekir. Yoksa, ifanın ne yolda gerçekleşeceği konusunda tanınan çeşitli imkânlar (örneğin, borçluya borcunu nakden ödeme veya banka havalesi ile gönderme imkânları arasında bir seçim hakkı tanınmıştır) bir seçimlik borca yol açmaz[2].

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* gelecekte yer alan, gerçekleşip gerçekleşemeyeceği şüpheli bir olaya bağlanmıştır. Seçimlik borçlarda ise borç mevcuttur. Geleceğe bırakılan ve şimdiden kesin olarak bilinmeyen husus, bu borcun *konusunu* çeşitli edimlerden hangisinin teşkil edeceğidir[3].

4 Seçim hakkı, bu hakka sahip olan kişi tarafından karşı tarafa *varması gerekli bir taraflı irade beyanı* ile kullanılır. Bu bir *yenilik doğuran hak*, seçim beyanı ise yenilik doğuran bir beyandır. Bu beyan karşı tarafa varıp yeni hukukî durum meydana geldikten sonra, kıyas yolu ile uygulanabilecek BK. m. 9'daki sınırlar dışında, bunu geri almak imkânı kalmaz[4]. Seçim hakkının zımnî (örtülü) bir beyan ile de kullanılması mümkündür. Örneğin, seçim hakkı borçluda ise, onun edimlerden birini yerine getirmesi veya alacaklıya arz (teklif) etmesi bu anlamı taşır[5].

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/ Schönenberger**, 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, II, s. 79.

II. Seçimlik Borç ile Çeşit Borcunun Karşılaştırılması

Çeşit borcunda da, borçlu, sözleşmeye tahsis edeceği çeşit konusu mal- 5
ları seçme hakkına sahip bulunduğundan, seçimlik borçlar ile çeşit borçlarını (özellikle sınırlı çeşit borçlarını) birbirinden ayırmak güçlük arz edebilir.

Bu iki kavram arasında mevcut belli başlı farklar şunlardır:

— Bir defa, seçimlik borçlarda, borcun konusu olabilecek edimler, çeşitli borçlarından farklı olarak, *aynı çeşide* (nev'e, cinse) dahil olmak zorunda değildir. Birbirinden çok farklı çeşitlere giren şeyler seçimlik olarak borçlanılmış olabilir (örneğin, yüz ton buğday veya 2005 modeli Ford marka 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 bulunabilir[6].

— Asıl önemli olan nokta şuradadır: Aynı çeşide dahil şeyler borcun konusunu teşkil ediyorsa, seçimlik borçlar ile (özellikle sınırlı çeşit borcu şeklinde karşımıza çıkabilecek) çeşit borçları hangi kritere göre birbirinden ayrılacaktır?

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

Hâkim ve doğru olan fikre göre[8], şu noktaya bakılacaktır: Acaba çeşitli edim imkânları, taraflarca her biri kendisine has *özellikleri, ferdiyeti (bireyselliği)* olan birbirinden *farklı* imkânlar olarak mı düşünülmüştür, yoksa bunlar borçluya ait bir yığına (stoka) dahil eşit imkânlar olarak mı ele alınmış, *ortak* tarafları mı ön plânda tutulmuştur? Birinci halde seçimlik borç, ikinci halde (sınırlı) çeşit borcu vardır. Bu sonuca varabilmek için ise tarafların 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/Schönenberger**, Art. 72, N. 3; **v. Büren**, s. 28.

de seçim imkânının 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 imkânların 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 ayrı özellikleriyle, bireysellikleriyle (eşi olmayan ayrı 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 bahşettiği ortak yanları ile düşünülmüş ise sınırlı çeşit borcu; bu devrede varlık kazanan her tablo, kendisini diğerlerinden ayıran özellikleriyle bağımsız ve ayrı bir edim imkânı 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 olmadığından*[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 edemeyecekti[10].

---

9) **v. Tuhr/Peter**, § 11, II, s. 79. Bu esas, Yargıtay tarafından da benimsenmiştir (4 HD., 18.6.1964, E. 963/12046, K. 3582, **Karahasan**, TBH, GH, cilt 5, 2004, s. 43).

10) Özel olarak bkz. not 8'de anılan **Larenz**.

III. Seçimlik Yetki

Seçimlik borçlara çok benzeyen, fakat onlardan ayrılması gereken bir kavram da (yerine göre sözleşmeden veya kanundan doğan) *seçimlik yetki (facultas alternativa)* kavramıdır. Bu kavramın özelliklerini anlıyabilmek için *iki ihtimali* ayrı ayrı ele almak gerekir: 6

1 — Seçim yetkisi borçluda ise

Seçimlik borçlarda borçlu, iki (veya yerine göre ikiden fazla) *aslî edim*'den birini seçmek hakkına sahip olduğu halde, seçimlik yetki söz konusu olduğu zaman borçlunun sadece *bir tane aslî edim borcu* vardır. Ona, bunun yanında, önceden taraflarca kararlaştırılmış başka bir edimi yerine getirerek borcundan kurtulma imkânı tanınmıştır. Şu halde, aslî edim dışında kalan edim bir *yedek edimdir*[11]. Örnek: A, B'den satın aldığı otomobilin bedeli olan altmış bin yeni türk lirasını, dilerse evindeki çok değerli antika bir halıyı vererek ödemek yetkisine sahip bulunmaktadır. Burada, A'nın borcunun konusu (seçimlik borçlardan farklı olarak) sadece altmış bin liranın ödenmesidir. Halı, borcun konusuna dahil değildir, hiç bir şekilde A tarafından B'ye borçlanılmamıştır. Sadece, borçlu A'ya, halı ile ilgili olarak, bir yetki tanınmıştır. O dilerse, altmış bin liralık borcunu bahis konusu halıyı teslim ederek ifa edebilecektir. Bu açıklamaların ortaya koyduğu gibi, seçimlik yetki halinde, gerçekte alacaklı veya kanun tarafından *önceden* (belirli bir edim ile ilgili olarak) *ifa yerine edim'e (datio in solutum), yani borcun borç konusu olan şeyden farklı bir şey verilerek ifa edilmesine izin verilmiş* olması durumu vardır[12,13]. 7

Borçlu, sadece asıl edimin borçlusu olduğu için, yedek edimin konusunun kendi kusuru bulunmadan imkânsız hale gelmesi asıl edim borcu üzerinde etkili olmaz. O, artık, borcunu asıl edimi yerine getirerek ifa etmek zorunda kalır. Buna karşı, *asıl edimin ifası* (yine borçlunun kusuru olmaksızın) *imkânsızlaşırsa* (örneğin, asıl edime konu olan buzdolabı yanıyor), *borç düşer*. Bu açıdan, durum seçimlik borçlardan tamamen farklıdır. Seçimlik borçlarda (her iki edim de, seçimlik olarak, asıl edim sıfatı ile borçlanıldığı için), edimlerden birinin ifasının (borçlunun kusuru bulunmaksızın) imkânsızlaşması, bu defa diğerinin borcun konusu olmasına yol açar. Seçimlik yetkide ise, yedek edim *borçlanılmış* değildir.

---

11) Bu sebeple Türk Hukukunda **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, (s. 817), *seçimlik yetki* deyimi karşılığı, *yedek edim yetkisi* deyimine üstünlük tanıyorlar.

12) **Enneccerus/Lehmann**, § 10, I, 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/II buna iyi bir örnek teşkil eder.

Seçimlik borçlara nazaran kendini gösteren diğer bir fark şuradadır: Seçimlik borçta, borçlunun alacaklıya karşı yaptığı *bir taraflı* varması gerekli irade beyanı ile (değiştirici yenilik doğuran beyan), edimlerden sadece biri borcun kesin konusu durumuna geçer. Oysa, seçimlik yetkide borçlunun alacaklıya yedek edimi *sözlü olarak* teklif etmesi ile (bu sözler yazıya dökülmüş olsa bile) borç ilişkisinde hiçbir değişiklik olmaz. O, yine eskisi gibi, sadece *asıl edimin* borçlusu kalmaya devam eder. Alacaklı, bu aşamadan sonra yine eskisi gibi münhasıran kendisine borçlanılmış *asıl edimi* (yoksa yedek edimi değil) talep ve dâva etmek hakkına sahip olur. Görüldüğü gibi, burada borçluya bir yenilik doğuran hak tanınmış değildir[14].

Yaygın olan görüşe göre, borçlunun asıl borcunun düşmesi için, ya yedek edim yerine getirilmeli ya da yedek edimin ifası *fiilen (eylemli olarak)* alacaklıya teklif edilmiş olmalıdır[15]. Fiilî (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 bulunmaktadır[16].

8 Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, borçlu yedek edimi fiilen teklif etmiş olsa bile, bu teklif bağlayıcı değildir. Şu halde o, bu teklifin alacaklı tarafından kabul edilmesinden önce, bunu geri alıp asıl edim borçlusu konumuna dönebilir. Ancak alacaklının bu teklife güvenip bazı hazırlık eylemlerine girişmiş olması halindedir ki, borçlunun teklifini geri alması MK. m. 2/I gereği dürüstlük kuralına aykırı sayılabilir[17]. Federal Mahkeme tarafından da benimsenen diğer bir görüşe göre ise, usulüne uygun biçimde gerçekleşmiş fiilî (eylemli) teklifin geri alınması mümkün değildir[18].

Bizce, bir yandan fiilî (eylemli) teklifle asıl borcun düştüğünü kabul eden, diğer yandan ise borçluya bu teklifi geri alma hakkını tanıyan çözüm açık bir çelişki içermektedir. Bu açıdan Federal Mahkeme ve onunla aynı doğrultuda olan yazarların düşüncesi isabetlidir. Borçlunun yaptığı fiilî 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/1e, 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**, Berner Kommentar, VI/1, 4, 2. Auflage, Bern 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; **Guhl/Koller**, § 8, N. 14. Ayrıca bkz. **v. Tuhr/Escher**, § 87, s. 281, not 37.

düşmesi için fiilî (eylemli) teklifi yeterli görmeyip mutlaka ifanın gerçekleşmiş olmasını arayan düşünce çerçevesinde bir anlam kazanır[119,220]

2 — Seçim yetkisi alacaklıda ise

Bu ihtimalde de, borçlu alacaklıya karşı sadece asıl edimi borçlanmıştır. 9
Yalnız, alacaklı dilerse asıl edim yerine yedek edimin ifasını talep etme yetkisine sahiptir. Alacaklı bu yetkisini kullanmadıkça, borçlu sadece asıl edimi ifa ederek borcundan kurtulabilir[21]. Asıl edimin ifası, borçlunun kusuru olmadan imkânsızlaşırsa, borç düşer. Alacaklı, bundan sonra yedek edimin ifasını talep yetkisini kullanamaz.

Acaba, alacaklının yedek edimin ifasını talep yetkisini kullanması hukuken 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 fikir[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 hukukî 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- 1

19) "Fiilî" 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) Hâkim 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. Tuhr/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, II, 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 değildir[1].

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

2 İlk kaynak olarak anılan *sözleşme* deyimi biraz dardır. Borç doğuran hukukî işlemlerin büyük çoğunluğunu borç sözleşmeleri teşkil etmekle beraber, borç sadece sözleşmeden doğmaz. İstisna olarak, bir taraflı bir hukukî işlemden borç doğması da mümkün olabilir. Çoğunluğun fikrince, BK. m. 8'de düzenlenen alenî ödül vaadi 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 *hukukî işlem* olmak gerekirdi. Ne var ki, pratik ihtiyaçları ve realiteyi daima ön plânda göz önünde tutan İsviçre Borçlar Kanunu, hukukî işlemler kategorisi içinde sözleşmenin diğer hukukî 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 hukukî 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 içtihada karşı, ortada bir kanun 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 responsabilité fondée sur la confiance dans le domaine des assurances, **Chappuis/Winiger** yönetiminde çıkan "La responsabilité fondée 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 yazarlarca, Ortak Hukukta olduğu gibi, *haksız fiil benzerleri* olarak adlandırılmak istenen bu gibi fiiller de geniş anlamda haksız fiillere dahildir ve herhalde BK. m. 41-60 hükümleri bunlara da doğrudan doğruya uygulanır[1a].

2. Borçlar Hukuku Dışındaki Borç Kaynakları

Borçların sadece Borçlar Kanunu çerçevesinde doğduğunu sanmak doğru değildir. Borçlar Kanunu dışında 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 yakın hısımlar arasındaki dayanışma ilişkisine bağlı olarak doğan nafaka borcu (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 Hukukunda*, TTK. m. 762 vd. da düzenlenen taşıma sözleşmesinden doğan borç ilişkisi, hep kaynağı Borçlar Hukuku dışında bulunan borçlara örnek teşkil ederler. 3

3. Borç Kaynaklarına İlişkin Üçlü Ayrımın Sınırlayıcı (= Tahdidî) Olmaması

Borçlar Kanununun ilk 66 maddesinde düzenlenen üç borç kaynağının (hukukî işlem, haksız fiil, sebepsiz iktisap) hiçbir şekilde bütün borç kaynaklarını içine alacak güçte olmadığını anlamak için yukarıda verilen bazı örnekleri hatırlamak yeter. Nafaka borcu bu üç kategoriden hangisine sokulabilir? Gerçek şudur ki, kanun, hayatta en çok rastlanan, en tipik sayılan bazı borç kaynaklarını ayrıca düzenlemekle yetinmiş, yoksa bütün borç kaynaklarını bu başlık altında toplamak istememiştir. 4

Hukukî işlem, haksız fiil veya sebepsiz iktisap kategorilerine girmeksizin bizzat Borçlar Kanunu tarafından, kanunun başka yerinde hükme bağlanmış borç ilişkileri de vardır. Burada, özellikle *vekâletsiz iş görme* (BK. m. 410-415) üzerinde durmak gerekir. Borçlar Kanununun, özel borç ilişkilerine ayrılmış İkinci Kısmında düzenlenen vekâletsiz iş görmenin biri *gerçek*, diğeri *gerçek olmayan* diye anılan her iki çeşidi de bağımsız ve özel bir borç kaynağıdırlar. Öyle ki, bu açıdan vekâletsiz iş görme hükümlerinin kanundaki yerini eleştirmek ve neden dolayı, borçların kaynaklarına ayrılan ilk 66 maddenin sonuna dördüncü tipik bir kaynak olarak eklenmediklerini sormak imkânı vardır[2]. 5

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

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

Gerçek vekâletsiz 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 kırılan 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. m. 410)[3]. *Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme* durumunda ise, bir kimse, başkasının işini *kendi işiymiş gibi ve kendisine menfaat sağlamak üzere* görmektedir (BK. m. 414)[4,5].

Gerçek vekâletsiz iş görmede taraflar arasında bir sözleşme yoktur. Esasen bizatihî gerçek vekâletsiz iş görmenin kendisi bir hukukî işlem teşkil etmeyip, hukukî işlem benzeri fiil mi, maddî fiil mi olduğu tartışmalıdır[6].

Özel olarak, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme açısından, bu kavramın haksız fiil veya sebepsiz iktisaptan doğan talepler karşısındaki yerinin ne olduğu akla gelebilir. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ilişkin bir kaç örnek vererek durumu aydınlatmaya çalışalım: Hırsız H, mâlik A'dan çaldığı malı yüksek fiatla Ü'ye satıyor (H, işgören durumundadır) veya B, A'ya ait bir ihtira beratını (patenti) haksız yere kullanıp kâr 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 talep hakkı*, sebepsiz iktisap talebinde olduğu gibi *dâvacının fakirleşmesiyle* yahut haksız fiile dayanan tazminat talebinde olduğu üzere onun *zararı ile* (yani, şu veya bu şekilde malvarlığında meydana gelen azalma ile) *sınırlı değildir*. Şu halde, dâvacı BK. m. 414'e dayanarak fakirleşmesini veya zararını aşan menfaatleri de iş görenden talep etmek imkânına sahiptir. Böylece, başkasının hakkını kendi men-

---

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

4) Bu halde, bazan *iş gasbından (Geschäftsanmassung)* veya başkasının hukuk alanına *müdahale ederek haksız kâr 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 girişildiği 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 ayrım 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, hukukî işlem benzeri fiil görüşüne üstünlük tanıyor).

faatine kullanan kişi, kendi özel imkânları ile iş sahibinin elde edemeyeceği bir kâr 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 buradadır[7].

Sebepsiz zenginleşme alacağının, karşı tarafın fakirleşmesiyle sınırlı tutulmasını reddeden yeni eğilimler açısından, yukarıda söylenenlerin önemli ölçüde değerini kaybedeceği kuşkusuzdur[87a].

II. Kanundan Doğan Borçlar Kavramı ve Bunun Eleştirilmesi

Borç kaynaklarını sınırlayıcı bir ayrıma tâbi tutmak için Roma Hukukundan beri yapılagelen ve hiçbiri 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 *hukukî işlem* dışı kaynaklardan doğan borçlar[8], bazen *hukukî işlem* ve *haksız fiil* dışındaki kaynaklara dayanan borçlar[9], bazen de (İsviçre-Türk Hukuklarında), *hukukî işlem, haksız fiil ve sebepsiz iktisaplar* dışındaki kaynaklara ilişkin borçlar[10] için kullanılmaktadır. 6

Gerçekte, kanundan doğan borçlar (yahut kanunî borç ilişkileri) deyimi, şimdi açıklanacağı gibi, bir bakıma bütün borçlar kanundan doğuyor sayılabileceği için yanıltıcıdır. Borcun doğrudan doğruya *kanundan* doğduğunu sanmak da isabetli değildir. Borçlar, kanundan değil, kanunun kendilerine borç doğurucu etki (hüküm) bağladıkları *olgulardan* (vakıalardan) doğarlar[11].

Durumu anlamak için meseleyi daha genel biçimde ele alalım[12]:

---

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/Schaufelberger**, 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**, I, 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 gore "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**, Théorie des sources de l'obligation, Paris 1968, s. 172-173, 199, 261 vd.; **Enneccerus/Nipperdey**, § 136, s. 858 vd.; **Lehmann**, § 20, s. 119 vd.; **Germann**, Grundlagen der Rechtswissenschaft, 2 Aufl., Bern 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 (sebep-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), hukukî 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, *fiilî durum* veya *fiilî (somut = müşahhas) olaylar (Sachverhalt)* diye adlandırıyoruz.

2 — Bir hukukî 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. Hukukî sonuç ile geniş anlamda olgu arasında (şüphesiz doğa bilimlerinden farklı anlamda) bir illiyet bağı (sebep-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 dükkânın 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 hukukî sonucu bağlar[13].

---

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

3 — Nihayet, *fiilî olaylar ve geniş anlamda olgu* yanında bunlardan ayrılması gereken üçüncü kavram, hukuk düzenince, gerçekleşmiş geniş anlamda olguya bağlanan *hukukî sonuçtur (hukukî hüküm, Rechtsfolge)*. Verdiğimiz örnekte, Mehmet'i dövüp yaralayan Ahmet'in bu davranışı *(fiilî, somut olay)*, BK. m. 41 anlamında haksız fiilin bütün unsurlarını içerdiği, haksız fiil *olgusunu* gerçekleştirdiği için, kanun, Ahmet'i Mehmet'e karşı bir *tazminat ödemek borcu* altına sokmaktadır *(hukukî sonuç)*.

Borç kaynakları problemini de işte bu açıdan ele almak gerekir. O za- 8
man 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 kurmak 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 *hukukî sonucu* ifade etmekten öteye geçmiyor[14].

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 hukukî 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 olgunun dışında tutabilir. O zaman, geniş anlamda olgu *tamamlandığı* ve işlem kurulduğu halde hukuken 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 hukukî sonucun *sebebi* sayılacağı ve bu sıfatla geniş anlamda olguya dahil bulunacağı, hangilerinin ise geniş anlamda olgu dışında tutulup sadece hukukî 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. **Enneccerus/Nipperdey**, § 136, I, s. 859 ve not 7; **Flume**, § 2, 3, c. 26/27; **Larenz**, AT, s. 316).

14) Şu halde hukukî işlem olgusu sebebiyle hukukî sonucun doğması, ne tek başına tarafların (veya tarafın) bu sonucu *istemiş* olmalarına *(irade özerkliği)*, ne de sadece *hukuk düzeninin* söz konusu sonucu tanıyıp ona yürürlük kazandırmasına dayanır. Bu sonuca yönelen irade beyanları ile onlara hüküm bağlayan hukuk düzeni *birlikte* hukukî sonucu meydana getirirler. Borç doğuran kaynaklar arasında sadece hukukî işlem olgusunda, borç ilişkisinin taraflarının (veya içlerinden birinin) *borcun doğumuna 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* (hukukî işlem), *haksız fiil* ve *sebepsiz iktisap* olguları bu kategoriye girerler. Bunun dışında kalan ve kanun tarafından kendilerine borç doğurucu hüküm tanınan *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* kanundan doğmamakta, bunun için kanunun kendisine borç doğurucu etki tanıdığı bir olgunun gerçekleşmesi gerekmektedir. Alışkanlık sebebiyle kullanılsa bile, bu deyimle kastolunanın, *kanunun özel olarak düzenlediği tipik bazı olgular dışında kalan diğer olgulardan doğan borçlar* anlamına geldiği hiç unutulmamalıdır.

III. Fiilî Sözleşme İlişkileri

9 Almanya'da, 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 nitelenecek[15] bir düşünce, *Günther Haupt* tarafından 1941 yılında *Leipzig*'deki açılış dersinde ortaya atılmıştır[16]. Buna göre, sözleşme ilişkilerinin kurulması için her zaman karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunması şart değildir. İrade beyanları olmaksızın, sadece *fiilî olgular* dahi bazen doğurdukları hükümler bakımından alelâde sözleş-melerle bir tutulması gereken sözleşme ilişkileri kurabilir. Özellikle 1950 yılından sonra, Almanya'da, Alman Medeni Hukukunun 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 fiilî sözleşme ilişkileri görüşü gerek Alman öğretisinde gerekse Alman uygulamasında tamamen terk edilmiştir[17]. 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 fiilî sözleşme ilişkileri görüşünün, kişinin irade özerkliğini kullanarak *iradesi* ile hukukî ilişkilerini belirleme yetkisini kaldıran, korporatist bir anlayışa dayanan ve buna uygun bir toplumsal düzeni varsayan ideolojik arka plânına **Würsch/Dallafior** (Können Fakten Verträge 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 müzakeresine 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., Einf. vor § 145, N. 25. Vaktiyle bu görüşün Almanya'da baş savunucusu olan **Larenz** (AT, s. 535, 536) dahi, BGB'nin Genel Hükümlerine ilişkin

sonra aynı görüş (kısmen büyük muhalefetle karşılaşmasına rağmen) yavaş yavaş İsviçre'ye, oradan da Türkiye'ye nüfuz etmeye başlamıştır[18].

Açıklamalarımıza devam etmeden önemle belirtelim ki, genellikle kullanılan, bu sebeple de bizim başlığa geçirdiğimiz "fiilî sözleşme ilişkileri" deyimi kendi içinde çelişkilidir[19]. Bir "sözleşme ilişkisi" ancak sözleşmeden doğabileceğine, burada ise bir sözleşme kurulmaksızın fiilî olgulardan meydana gelen ilişkiler söz konusu olduğuna göre, "fiilî borç ilişkilerinden" bahsetmek daha yerinde olurdu. 10

Diğer taraftan, aşağıda bu görüşün kurucusu *Haupt*'un bütün düşüncelerini ve fiilî borç ilişkilerinin uygulama alanı olarak gösterdiği üç grup ilişkiyi ayrı ayrı ele alacak değiliz. Bunların büyük kısmı, fiilî borç ilişkileri kavramını kabul edenler tarafından dahi bir köşeye bırakılıyor ve problemin sadece şu iki grupta güncelliğini koruduğu belirtiliyor[20]: 11

— *Birinci grupta*, geçersiz sürekli borç ilişkileri (özellikle hizmet ve şirket sözleşmeleri) yer alıyor. 12

> Sürekli borç ilişkileri denince, bir defada yerine getirilecek edimler içermeyen öyle ilişkiler anlaşılır ki, bunlarda, az veya çok devam edecek bir zaman dilimi içinde, ya belirli bir davranışı sürdürmek veya münferit dönemli edimleri aralıklarla yerine getirmek söz konusu olur. Görüldüğü gibi, bu tip ilişkilerde zaman unsuru ön plâna çıkmakta ve süre uzadıkça borcun miktarı ve kapsamı da buna bağlı olarak artmaktadır. Şu halde, taraflar arasında önceden belirlenmiş kapsam ve miktarda bir edim (örneğin kömür), belirli dönemlerde parça parça teslim edilecekse, ortada sürekli bir borç ilişkisi yoktur. Zira, bu örnekte, toplam borç miktarı zamana bağlı olarak artmamaktadır[21].

---

eserinin 1989 yılında yayımlanan basısında, bu konudaki düşüncelerinin gittikçe daha fazla hukukçu tarafından reddedildiğini kaydettikten sonra, artık bu görüşten vazgeçtiğini açık seçik 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.), **Schwenzer** (N. 28.58 vd.) gibi yazarlar tarafından reddolunuyor. Federal Mahkeme, taraflarca yıllar boyu yerine getirilen bâtıl bir *leasing* (finansal kiralama) sözleşmesinde, kiralayanın, kiracının üç yıldan fazla bir zamandır kullandığı bir otomobil için, fiilî bir sözleşme ilişkisine dayanmak suretiyle uygun bir yararlanma bedeli isteyebileceğini kabul etmiş bulunuyor. (BGE 110. II. 246; Praxis 74, 1985, 22). Başka türlü: BGE 119.II.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.) fiilî 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, I, 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 nunc)* sonuç doğurmasını sağlamak amacı ile, taraflar arasında fiilî bir sözleşme (borç) ilişkisinin kurulduğu iddia edilmiştir[22]. Oysa öğretide yerinde olarak belirtildiği gibi, (olayda geçersiz de olsa) bir hukukî 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 fiilî borç ilişkileri kavramına başvurmak gereksizdir[23]. Şurasını ekleyelim ki, günümüzde hâkim olan görüşe göre, ifa edilmeye başlanmış sürekli borç ilişkilerinde hükümsüzlüğün geriye yürümemesi (yerine göre bazı istisnalarla da olsa) genellikle kabul edilmektedir[24]. 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 fiilî borç ilişkisi kavramına başvurmaya gerek bulunmadığı görüşündedir[25].

14 — *İkinci grupta* karşımıza çıkan olgu, *Larenz*'in terminolojisi ile, toplumsal (sosyal) açıdan tipik davranışlarla kurulan fiilî borç ilişkileridir. İddia edilmiştir ki, çağımızın kitlesel ilişkilerinde, örneğin taşıma işlerinde yahut su, elektrik vs. gibi vazgeçilmez ihtiyaçların temin ve tedarikinde, bunlar taraflardan biri tarafından önceden belli edilmiş şartlarla umuma arz edilmekte ve kişilerin bunları talep etmeleri halinde, artık bildiğimiz anlamda karşılıklı irade beyanları ile bir sözleşme kurulmasına ihtiyaç olmaksızın, fiilî bir borç ilişkisi meydana gelmektedir. Bu anlayış çerçevesinde, umuma açık paralı bir park yerine arabasını park eden sürücü ile park yerini işleten arasında, sırf *fiilî 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.III.320, JdT 2003.I.331. Bu konunun "esnek hükümsüzlük" görüşü çerçevesinde çözüme bağlanması için bkz. aşağıda. § 43, N. 32.

doğrudan doğruya fiilî binme olgusu üzerine bir borç ilişkisi kurulmuş sayılmaktadır[26].

Durumu daha iyi anlayabilmek için, Alman Federal Mahkemesinin, çok büyük tartışmalara yol açan ve orada "park yeri olayı" olarak klasikleşmiş 14 Temmuz 1956 tarihli kararına[27] 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 Eylülden 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 fiilî 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. 15

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, fiilî 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 gerçekleştirilmesine yönelik davranışlar) yolu ile kabul etmiş bulunuyordu[28]. Onun, arabasını park ederken ücret ödemeyeceğini beyan etmesi ise, MK. m. 2'ye dayalı *protestatio facto contraria non valet* (eyleme ters düşen söz geçerli sayılmaz) kuralı uyarınca hukukî bir değer taşımıyordu[29]. 16

Meselenin bu şekilde çözümüne karşı, şu düşünce öne sürülmüştür: Bu kabul edilirse, süper marketten bir mal çalan (örneğin bir çikolata paketini elindeki sepete değil, cebine koyan) müşterinin de, bu anlayışa dayanarak bir sözleşmenin kurulduğunu[30], 17

---

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 konması 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, hukukî işlemler alanının dışına çıkan, bu sebeple de üzerinde durduğumuz çözümden yararlanma imkânından yoksun kalan bir kişidir. O, haksız fiil ve Ceza Hukuku ilkelerine göre sorumlu tutulmaya katlanmak zorundadır[32].

18 Fiilî borç ilişkileri kavramını desteklemek üzere, genel ulaşım araçlarına (örneğin tramvaya veya otobüse) binerek bedava seyahat etmek isteyen ehliyetsiz kişilerin de, bu yoldan (meydana geldiği ileri sürülen fiilî sözleşme ilişkisi uyarınca) taşıma ücretini (hatta cezalı olarak) ödemek zorunda kalacakları belirtilmiştir. Ne var ki, bugün baskın olan görüş, bu sonucu ehliyetsizleri 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 etmektedir[33].

19 Bütün bu açıklamalar gösteriyor ki, toplumsal açıdan tipik sayılan davranışlar ile fiilî borç ilişkisinin kurulduğu iddia edilen durumlarda, meseleleri klasik hukukî işlem teorisi içinde kalarak çözüme bağlamak imkânı vardır[34]. Esasen, özellikle bu düşünceyledir ki, *Larenz* vaktiyle öncülüğünü yaptığı bu görüşü (halen Alman öğretisinde ve uygulamasında mutlak biçimde hâkim olan düşünceye uygun biçimde) terk etmiş bulunmaktadır. Bu hususu dikkate alarak, biz de fiilî 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, bilerek hukuku çiğneyen bir hırsız vs. ile bir tutmaya imkân 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; **Brox**, N. 194.

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

BİRİNCİ BÖLÜM

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

BİRİNCİ ALT BÖLÜM

HUKUKİ İŞLEM KAVRAMI VE ÇEŞİTLERİ

§ 9. Hukukî İşlemin Hukukî Fiiller (Eylemler) İçindeki Yeri[1]

I. Hukuken Önemli Olan ve Olmayan Olgular

Hayatta karşımıza çıkan olguları en başta iki kategoriye ayırabiliriz: Hukuken önemli olmayan, hukukî sonuç doğurmayan olgular (A'nın sabahleyin uyanması, giyinmesi, yürüyüşe çıkması v.s. gibi) ve hukuken önemli olan, hukukî sonuç doğuran olgular. Burada bizi sadece bu ikinciler ilgilendiriyor. 1

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

Hukuken önemli olan olguların bazılarında, bilinçli insan iradesinin bir rolü yoktur: Doğum, ölüm, zamanın geçmesi gibi. Hukukî işlemleri bunlar değil, *geniş anlamda hukukî fiiller* diye adlandırdığımız diğer grupta arıyacağız. Geniş anlamda hukukî fiilerden maksat, insanların (yerine göre *olumlu* veya *olumsuz* biçimde beliren) bilinçli bir irade sonucu meydana gelmiş ve dış âlemde ifadesini bulan davranışlarıdır. Şu halde, sırf iç dünyada kalan olaylar (bir karar vermek için düşünmek), yahut bilinçsiz olarak yapılan bir hareket (örneğin bir kimse uyuşturucu ilâçların etkisinde, yahut hipnotize edilmiş durumda bir takım davranışlarda bulunuyor), yahut iradî bir karara dayanmaksızın, dıştan gelen mutlak bir cebir (zor) *(vis absoluta)* altında yapılan hareketler (örneğin, B, A'nın şakağına tabancasını dayıyor, sonra elini tutup kâğıt üzerinde yürüterek zorla bir senedi imzalatıyor), hukukî bir fiil teşkil etmezler. 2

Şurasını ekleyelim ki, burada sadece Özel Hukuka ilişkin fiiller bahis 3

---

1) Bu konu için bkz. **Lehmann**, § 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, Kamu Hukukuna ilişkin fiiller üzerinde durulmamaktadır.

III. Hukuka Aykırı Fiiller ve Hukuka Uygun Fiiller

4 Geniş anlamda hukukî fiilerin 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.

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

IV. Hukuka Uygun Fiillerin Çeşitleri

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

6 **1. İrade açığa vurmaları,** insan iradesini açığa çıkaran (dış dünyaya yansıtan) fiillerdir. Bunlar da üç biçimde karşımıza çıkabilir:

a. Hukukî işlemler, geniş anlamda irade beyanları içindeki en önemli kategoriyi meydana getirirler. Hukukî işlemler, hukukî bir sonuç doğurmak amacını güden öyle irade beyanı veya beyanlardır ki, bu irade beyanlarına dayanarak hukuk düzeni, irade beyanına uygun (taraf yahut taraflarca istenen) hukukî sonucu gerçekleştirir.

Hukukî 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. Hukukî sonuç, *istendiği için* meydana gelmektedir.

b. Hukukî işlem benzeri fiiller

Öyle bazı irade açığa vurmaları vardır ki, bunlarda irade doğrudan doğruya *fiilî bir sonuca* yönelmiş olduğu halde, hukuk düzeni bu irade açığa vurmasına bir *hukukî* sonuç bağlar. Ancak, bu durumda, hukukî sonuç, irade beyanının içeriğinden çıkmaz. İradesini açığa vuran kişinin, bahis konusu irade açığa vurmasına bağlanan hukukî sonucu istemesine, hatta bilmesine dahi gerek yoktur.

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

Hukukî işlemlere ilişkin kuralların çoğu (örneğin, ehliyete, irade beyanlarının varmasına, 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[2].

c. Maddî Fiiller

Bu halde de, irade dış âlemde *fiilî* bir değişikliğe yönelmekte, fakat hukukî sonuç *irade açığa vurmasına değil* (bu noktada maddî fiiller, hukukî muamele benzeri fiillerden ayrılmaktadır), bahis konusu irade açığa vurması ile dış âlemde meydana gelen *fiilî (maddî) değişikliğe* bağlanmaktadır.

Örneğin, işleme (hukukî tağyir) (MK. m. 775) halinde durum böyledir. A, B'ye ait mermerden bir heykel yaparsa, A'nın emeğinin değerinin mermerin değerinden fazla olması halinde, şeyin mülkiyeti (tazminat ve sebepsiz iktisap talepleri saklı kalmak üzere), kural olarak A'ya ait olacaktır. Bu hukukî sonucun doğması için, A'nın mermeri işlerken bu sonuçlara yönelmiş bir irade açığa vurması hiç bir şekilde gerekli değildir. Onun içindir ki, burada bir hukukî işlem yoktur. Bunun yanında, hukukî sonuç, A'nın mermeri işlemeye yönelmiş irade açığa vurmasına değil, meydana gelen *fiilî (maddî) sonuca*, yani heykelin yapılmış olmasına bağlandığından, durum hukukî işlem benzeri fiillerden de farklıdır[3].

Maddî fiillere örnek olarak, bir yazarın yazdığı roman üzerinde fikrî hak kazanması, zilyetliğin (teslim yolu ile) devri (MK. m. 977), define bulmak (MK. m. 772), sahipsiz bir malın mülkiyetinin sahiplenme (ihraz) yolu ile *(occupatio)* kazanılması (MK. m. 767)[4], yerleşim yeri (ikametgâh) edinilmesi (MK. m. 19/I) anılabilir.

Hukukî işlemlere ilişkin kurallar, prensip olarak, maddî fiillere uygu-

---

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

3) MK. m. 776'da düzenlenen *karışma* veya *birleşme* halinde ise, hukukî bir fiil söz konusu değildir. Zira karışma ve birleşme olgusunun gerçekleşmesi için, bunun bir *insan fiili* sonucu olması gerekmez. 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: **Oser/Schönenberger**, Vorbem. zu Art. 1-40, N. 16).

4) Sahiplenmenin (ihrazın) hukukî niteliği çok tartışmalıdır. İsviçre-Türk Hukuklarında hâkim olan ve Alman Hukukunda da bazı taraftarları olan fikir, bunu *bir taraflı bir hukukî işlem* olarak gören fikirdir (**v. Tuhr/Peter**, § 20, III, s. 145; **Haab/Simonius/Scherrer**, Komm. 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 Medenî Kanunumuz "(m. 767) *sahipsiz bir taşınırı mâlik olmak iradesiyle zilyetliğine geçiren kimse, onun mâliki olur*" diyerek bu görüşe katılmıştır. Bu konuda ileri sürülen "maddî fiil" (Realakt) görüşü için bkz. **Flume**, § 9, 2, s. 110.

lanmaz. Bu sebeple de, maddî fiil yolu ile hukukî sonuçların doğması, bu fiili işleyenin fiil ehliyetine sahip olmasını zorunlu kılmaz[5].

2. Tasavvur (Görüş, Bilgi) Açığa Vurmaları

7 Burada bir *irade* değil, belirli bir konuya ilişkin *tasavvur* (görüş), *kanaat* veya *bilgi* açığa vurulmaktadır. Kanunun çeşitli yerlerinde öngörülen *ihbarlar* bu kategoride yer alır. Örneğin, BK. m. 165 uyarınca, alacağın temlik edildiğinin, devreden veya devralan alacaklı tarafından borçluya ihbar edilmesi (haber verilmesi) bir tasavvur açığa vurmasıdır. Bu beyan hiç bir iradeyi ihtiva etmemekte, sadece gerçekleşmiş bir olgu (alacağın temliki) hakkında borçluya bilgi verilmektedir. Bu ihbarın (taraflarca bilinmesine veya istenmesine lüzum olmaksızın kanun gereğince gerçekleşen) hukukî sonucu, borçlunun, bundan böyle, iyiniyetle devreden alacaklıya ödemede bulunup borcundan kurtulma imkânını 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.

3. His (Duygu) Açığa Vurmaları

8 Bir kimsenin hislerini (duygularını) açığa vurmasına, kanun, açık hükümle ancak af halinde hukukî sonuç bağlıyor (MK. m. 161/III, 162/III uyarınca, af halinde, zina veya hayata kast yahut pek kötü veya onur kırıcı davranışlar sebeplerinden biri ile açılabilecek boşanma dâvası 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 açabilir[7].

V. Hukukî İşlemler ve Dar Anlamda Hukukî Fiiller

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

---

5) Örneğin, fiil ehliyetine sahip olmayan bir şahıs da define bulabilir, işleme yolu ile bir malın mülkiyetini yahut meydana getirdiği fikrî eser üzerinde fikrî hak kazanabilir. Yalnız yerleşim yeri (ikametgâh) 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/Ertaş/Albaş**, Miras Hukuku, 6. bası, Ankara 2006, s. 374; **Dural/Öz**, Miras Hukuku, 2. bası, İstanbul 2003, s. 209).

7) **Schwarz**, s. 160-161.

lamda hukukî fiiller içinde, *irade açığa vurmaları* arasında yer alıyor ve diğer hukukî fiillerden, hukukî sonuca yönelmiş bir irade beyanı unsurunu zorunlu kılması sebebiyle ayrılıyor.

Doktrinde, *hukukî işlem* dışında kalan ve *hukuka aykırı bir fiil de teşkil etmeyen* diğer bütün hukukî fiillere *dar anlamda hukukî fiiller* deniyor[8]. Bunların hukukî işlem karşısındaki özelliği ise, meydana getirdikleri hukukî sonucun, fiili işleyenin bu sonucu *istemesi* gerekmeksizin, doğrudan doğruya *kanun* tarafından *(ex lege)* gerçekleştirilmesinde görülüyor.

Modern Alman doktrininin, geniş anlamda hukukî fiillere ilişkin ayrımı, bizim yukarıda verdiğimiz klâsik, Türk Hukukunda genel olarak benimsenmiş ayrımdan[9] biraz ayrılıyor. Bu ayrıma göre, 1 – Hukuka aykırı fiiller, 2 – Hukukî işlemler, 3 – Dar anlamda hukukî fiiller bahis konusu oluyor. Yukarıd aki ayırımdan farklı olan nokta, dar anlamda hukukî fiillerin içeriğinde kendini gösteriyor. Bunlar genellikle iki kategori içinde inceleniyor: a – Hukukî işlem benzeri fiiller, b – Maddî fiiller. Maddî fiillerde, hukukî sonuç dış âlemdeki fiilî (maddî) sonuca bağlandığı halde, hukukî işlem benzeri fiillerde, açığa vurulan irade veya tasavvur (içerikleri itibarı ile söz konusu hukukî sonuca yönelmiş olmaları gerekmeksizin) kanun icabı hukukî sonuçlar doğurabiliyor. 10

Görüldüğü gibi, bu son ayrımda, hukukî işlem benzeri fiillerin kapsamı genişlemiştir. Artık, hukukî işlemler dışında kalan irade açığa vurmaları gibi, tasavvur (bilgi) açığa vurmaları da hukukî işlem benzeri fiil kavramı içinde bir araya getirilmiş bulunuyorlar[10].

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

§ 10. Hukukî İşlem Kavramı

I. İrade Beyanı ve Hukukî Sonuç İlişkileri

Daha önce de görüldüğü gibi, hukukî işlemde hukukî sonuç, taraf veya taraflarca istendiği için meydana gelmekte, fakat bu sonucu sadece irade beyanlarına bağlamak isabetli bir düşünce tarzı teşkil etmemektedir. Zira, hukukî sonuca yönelmiş irade beyanlarına bu hukukî sonucu bağlayan gerçekte *kanundur, hukuk düzenidir*. Bu sebepledir 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 istesinler, hukuk düzeninin tanımadığı, uygun görmediği sonuçları meydana getiremezler. Örneğin konusu ahlâka aykırı bir sözleşme bu sebeple bâtıl olur (BK. m. 20/I). *v. Tuhr* durumu şöyle izah ediyor: Her hukukî sonuç bir *hukuk kuralının* ve ona uyan bir (geniş anlamda) *olgunun* mevcudiyetini gerektirdiğine göre, bakış açısına göre, hukukî sonucun, hukuk düzeninin (kanunun) veya olgunun (burada irade beyanı) hükmü olarak anlaşılması mümkündür[1]. Şu halde, irade beyanı ile hukuk düzeninin (kanunun), hukukî sonucu *birlikte* meydana getirdiklerini kabul etmek gerekecektir[2].

2 Üzerinde hayli tartışılmış bir mesele de şudur: Tarafların iradelerinin her zaman *hukukî sonuçlara* yöneldiğini söylemek doğru mudur? Hukukçu olmayan, hele fazla öğrenim de görmemiş bulunan kişiler, bahis konusu hukukî sonuçların ne olduklarını dahi bilmezler, bilemezler. Bu sebeple, iradenin mutlaka *hukukî* bir sonuca yönelmiş olmasını arıyan *hukukî sonuçlar teorisi (Rechtsfolgentheorie)* terk edilmek ve tarafların *ekonomik, sosyal, pratik* sonuçlara yönelmiş irade beyanlarını yeter sayan *temel sonuçlar teorisi (Grundfolgentheorie)* üstün tutulmak gerekmez mi? Fikrimizce, bugün hâkim olan görüşle birlikte, hukukî sonuçlar teorisi aşağıdaki açıklamalar çerçevesinde muhafaza edilmelidir. Hukukî işleme taraf olan kişilerin, bahis konusu hukukî sonuçlar hakkında (bilhassa bunlar hukukçu olmadıkları vakit) kesin, açık, ayrıntılı bir fikir sahibi olmaları mümkün olmadığı gibi şart da değildir. Onlarca, ilk plânda bazı *ekonomik, sosyal, maddî* sonuçlar arzu edilse bile, bu sonuçlar kendilerince *hukuken teminat altına alınmış* bir sonuç olarak tasavvur ediliyorsa, hukukî sonuca yönelmiş irade beyanlarından bahsetmek imkânı vardır. Şu halde, tarafların irade beyanında bulunurken hukuk alanında harekete geçtiklerini, bundan hukukî sonuçlar, hukukî yükümlülükler doğacağını bilmeleri, ekonomik veya sosyal sonucu hukukî yoldan, hukuken temin edilmiş bir sonuç olarak istemeleri yeter. Kaldı ki, bir çok hallerde, tarafların hukukî sonuçlar hakkında bunun da ötesinde, daha kesin ve açık bir kanaatleri bulunacaktır. Örneğin, evlenen veya tapuda bir taşınmaz satışı yapan kişiler, hukuka ne kadar yabancı olurlarsa olsunlar, bu işlemlerin doğuracağı belli başlı sonuçları (birinci halde çeşitli yükümlülükleri ile evlilik durumunun meydana gelmesi, ikinci örnekte semen karşılığı taşınmazın mülkiyetini geçirme taahhüdü altına girilmesi) gayet iyi bilirler[3].

---

1) **v. Tuhr**, AT, § 43, I, s. 4.

2) **Flume**, § 1, 2, s. 2; **Larenz**, Die Methode der Auslegung des Rechtgeschäfts, 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 *kanunî* 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. Hukukî İşlem Kavramının Bir Soyutlamadan İbaret Olması

Bugüne kadar yeryüzünde, iki kişinin bir araya gelerek bir "hukukî işlem" yaptıkları görülmüş müdür? Siz hiç, hayatınızın her hangi bir safhasında bir "hukukî işlem" yapmayı düşündünüz, buna ihtiyaç duydunuz mu? Şüphesiz ki hayır! Çünkü kişiler soyut (mücerret) olarak "hukukî işlem" değil, satış, kira, âriyet, hizmet vs. sözleşmeleri yaparlar, ölüme bağlı "hukukî işlem" değil, vasiyetname düzenlerler. Kısaca, var olan, gerçek olan, *soyut hukukî işlem* kavramı değildir, *somut (müşahhas) hukukî işlemlerdir* (kira, satış, vekâlet, evlât edinme, vasiyetname vs. gibi). Hukukî işlem kavramı, mevcut somut hukukî işlem tiplerinden *soyutlama (tecrit)* yolu ile (yani gerçekte ayrı ve başlı başına bir varlığı olmadığı halde, zihnin onu maddesinden soyarak göz önüne alması, ayrı tasarlaması sonucu) meydana gelmiştir[4]. Fransız Medenî Kanununda yapılması düşünülen reforma ilişkin hazırlık çalışmalarında, tanınmış Fransız Hukukçusu *Julliot de la Morandière* şöyle demiştir: "Bizatihi hukukî işlemin mevcut olduğunu sanmıyorum. (Sadece) hukukî işlemler mevcuttur"[5]. 3

Hukukî işlem kavramının tarihine şöyle bir göz atmak dahi, bu gözlemi doğrulayacaktır. Roma Hukukunda soyut bir kavram olarak hukukî işlem tanınmıyor, sadece münferit hukukî işlem tipleri düzenleniyordu. Roma Hukuku kaynaklarında rastlanan ve bugün işlem diye çevirdiğimiz *"negotio"* ve *"actus"* kelimeleri teknik hukukî deyimler değildi[6]. Bu kavramın ortaya çıkması ancak 18. yüzyılın Tabiî (Doğal) Hukuk ilminde gerçekleşmiştir[7]. Bundan sonra hızlı bir gelişme gösteren hukukî 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, hukukî işlemi değil, onun en önemli, en çok uygulanan çeşidi olan sözleşmeyi (özellikle borç sözleşmesini) düzenlemekte, fakat burada yer alan kurallardan, niteliklerine uygun düştüğü ölçüde diğer hukukî işlemlerde de yararlanmak imkânı bulunmaktadır. İsviçre-Türk doktrininde ise hukukî işlem kavramı iyice yerleşmiştir. 4

Alman Hukukunda *Larenz*[8], burada benimsenen, hukukî işlemin bir soyutlamadan ibaret kaldığı yollu görüşe karşı çıkıyor ve özel hukukî işlem tiplerine varabilmek için, *a pri-* 5

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 orada 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 hukukî işlem kavramının mevcut bulunması gerektiğini ileri sürüyor. Yazar, böylece, ilk önce 1930 yılında yayımlanan doçentlik tezinde[9] savunduğu fikirlerden de vazgeçiyor. Aynı tezin, 1966 yılında yapılan değiştirilmemiş 2. basısına eklediği bir notta[10], hukukî işlemin özü icabı, pozitif hukukun bir ürünü olmadığını iddia eden *Larenz*, tıpkı mülkiyet, sözleşme, haksız fiil gibi, hukukî işlem kavramının da pozitif bir hukuk düzeninden tamamen bağımsız olarak düşünülmesi mümkün, ondan önce de mevcut sayılmak gereken *a priori* (önsel) bir kavram olduğunu belirtiyor.

6 *Fikrimizce*, bu konuda böyle *a priori* (önsel) kavramlarla hareket etmek tatmin edici gözükmüyor. Gerçekçi bir görüş tarzı, hukukî işlem kavramının, tarihin en eski devirlerinden itibaren ortaya çıkan, satış, kira vs. gibi özel hukukî işlem tiplerinden soyutlama yolu ile ve sonradan elde edildiğini ortaya koymaktadır. Fakat çeşitli tip hukukî 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 hukukî işlem kavramı ile ilişkileri çok ayrıntılı bir şekilde incelenip ortaya konabilmiştir. Hukukî işlemin, tıpkı sözleşme, haksız fiil, mülkiyet kavramları 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 ahlâkî yükümlülüğün sebebi, iradeyi bağlıyan bir kanunda aranmak, bir taahhüdün ahlâk açısından bağlayıcı olabilmesi bir ahlâkî kurala dayanmak zorunda ise, hukukî bağlılık da ancak bir hukuk kuralından 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, fiilî iktidar ilişkileri bulunabilir. Şu halde, bir hakkın mevcut olabilmesi veya bir irade beyanının hukukî sonuç doğurabilmesi ve onu yapanı hukukî yükümlülük altına sokabilmesi için, bu sonucu tanıyan, onu yürürlüğe koyan bir hukuk düzeninin mevcut olması şarttır[11]. Böylece, *a priori* (önsel) bir hukukî işlem kavramı inkâr edilince de, geriye kalan tek çözüm, bu kavramın tarih boyunca hukuk düzenlerince tanınıp yaptırıma bağlanan özel işlem tiplerinden soyutlama yolu ile elde edildiğini kabul eden çözümdür.

III. İrade Beyanı ve Hukukî İşlem Kavramları Arasındaki İlişkiler[12]

1. Genel Olarak

7 Hukukî işlem, zorunlu olarak, hukukî sonuca yönelmiş bir veya birden fazla irade beyanından meydana gelir. Hukukî işleme ilişkin geniş anlamda olguda (olgular bütününde) yer alan en önemli unsur irade beyanıdır. *En azından bir irade beyanı içermeyen bir hukukî işlem düşünülemez.*

Bu söylenenlerden, irade beyanı ile hukukî işlemin aynı şey olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Çünkü bazı hallerde hukukî 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 krş. **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, II, s. 896, s. 904 vd.

bilmesi, irade beyanı veya beyanları olgularının yanında *başka olguların* gerçekleşmesini de gerekli kılabilir. Şu halde, sadece irade beyanlarından kurulu 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 İrade Beyanı Dışında Kalan Başka (Dar Anlamda) Olguların Yer Alabilmesi

Hukuk düzeni, hukukî işlem olgusunun *(Tatbestand)* tamamlanması için, irade beyanından başka olguların gerçekleşmesini aramışsa, bu olgular gerçekleşmedikçe hukukî işlem henüz *tamamlanmamıştır, yoktur.* Bu gibi durumlarda, (dar anlamda) kurucu olgulardan bahsedilir. *İrade beyanı* veya *beyanları* her zaman *kurucu olgu* kategorisine girerler. A'nın B'ye evini kiralamak üzere yaptığı icaba, B henüz cevap vermemişse, taraflardan birinin uygun irade beyanı bulunmadığından sözleşme henüz mevcut değildir. *İrade beyanı dışında kalan olguların* kurucu olgu rolünü oynamalarına şu gibi durumlar örnek olabilir: 8

— Bazan, resmî bir makamın iştiraki veya huzuru, hukukî işlemin tamamlanması için şart koşulmuştur. Aksi halde kurucu olgulardan biri eksiktir ve hukukî işlem hiç meydana gelmemiştir. Hâkim fikirle birlikte bir Aile Hukuku 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 (âriyet, karz, vedia, rehin) ancak bu yoldan *(consensus+res)* meydana gelebiliyordu.

Real borç sözleşmesi kavramı, İsviçre-Türk Hukuklarına geniş ölçüde yabancıdır. Bizde, özellikle âriyet, 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 kabul ettiği anda, ayrıca 100 YTL'nin A'ya ödenmesi aranmaksızın, karz (ödünç) sözleşmesi meydana gelir ve B'yi, 100 YTL'yi A'ya ödünç olarak 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-

vakafatleri ve eşyanın taşıyıcıya teslimi ile sözleşme taraflar arasında tamam olur"[13].

3. Hukukî İşlemin Hükümlerini Doğurması İçin Gerçekleşmesi Gerekli Diğer Şartlar

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

Durumu anlıyabilmek 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 olarak satış sözleşmesi olgusu içinde yer alır. Her iki taraf da tam ehliyetli ise, hukukî sonucun doğması, yani geçerli bir satış ilişkisinin kurulması için başka bir şeye de ihtiyaç yoktur. Şimdi, B'nin sınırlı ehliyetsiz olduğunu farz edelim. O, satış sözleşmesini yaparken kanunî (yasal) temsilcisinin iznini almamışsa, bu sözleşmeye ilişkin (geniş anlamda) olgu gerçekleştiği halde, geçerli bir borç ilişkisinden bahsedilemeyecektir. Kanunun, tarafların irade beyanlarına, arzu ettikleri hukukî sonucu bağlaması (yani satış ilişkisinin hüküm ifade etmesi için), doğrudan doğruya hukukî işlem olgusu içinde yer almayan, onun dışında kalan diğer bir olgunun (kanunî temsilcisinin icazeti) gerçekleşmesi aranacaktır. Görülüyor ki, bu gibi durumlarda, *tamamlayıcı olgu*, (kurucu olgulardan farklı olarak) hukukî işlemin *tamamlanması*, var olması için zorunlu olmayıp, sadece onun *hükümlerini doğurmasının bir şartıdır*. Kanunî temsilcisinin icazetinden önce, taraflar arasında bir satış ilişkisi meydana gelmiştir. Fakat bu ilişki henüz hüküm doğurmamaktadır, askıda hükümsüzdür[14].

---

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

14) Kanunî temsilci icazet verirse, bu icazetin hükmü geçmişe etkili (mâkable şâmil) olur, yani satış ilişkisi icazetin verildiği değil de, yapıldığı andan itibaren hüküm kazanır. Bu örnek üzerinden *geçmişe etkili olmayı* şöyle izah edebiliriz: Hukukî 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, fiksiyon) gereği, hukukî 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 kanun hükmüne İsviçre-Türk Hukuklarında rastlamak imkânı 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 yollu düşünceye dayanır. (**v. Tuhr/Peter**, § 20, not 71).
Şu noktayı ekleyelim ki, yalnız *kanun koyucu*, bazı olgulara geçmişe etkili olma gücünü bahşedebilir. Taraflar için bu imkân kapalıdır. Örneğin A taşınır bir malını bugün satıp 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, hukukî işlemin kurulmasından sonra yer alıyor ve bir *kanun* hükmüne dayanıyorsa, bir *kanunî şart (conditio iuris)* söz konusudur[15]. 10

Tamamlayıcı olgulara ilişkin diğer bir örnek, bazı durumlarda, irade beyanlarına eklenmesi gereken *resmî fiiller* olabilir. Örneğin, taşınmaz üzerindeki mülkiyetin alıcıya geçmesi için, satış sözleşmesinden sonra tasarruf işleminin yapılması gerekir. Çok tartışmalı olmasına rağmen, öğretide hâkim olan fikir, bahis konusu tasarruf işleminin satıcı tarafından MK. m. 1013/I gereğince tapu idaresine yapılacak bir taraflı yazılı tescil talebinde yer aldığını kabul ediyor[16]. Ne var ki, bu tescil talebi (daha doğrusu, onun içerdiği mülkiyetin geçişine ilişkin irade beyanı) tek başına hukukî sonucu doğuracak güçte değildir. Mülkiyet, ancak satıcının yazılı talebine uygun biçimde taşınmaz alıcı adına tapu kütüğüne *tescil* edilince geçecektir (MK. m. 705/I, 1021, 1022/I). Tescil ise, tasarruf işleminin hüküm doğurması için ona eklenmesi gereken bir resmî fiilden (devlet fiili) başka bir şey değildir[17]. 11

---

hukukî durum daha önceki bir tarihte gerçekleşmiş olsaydı, elde etmiş olacaklarını vermeyi birbirlerine taahhüt edebilir, hukukî işlemin *içeriğini* (yoksa *yürürlük tarihini* değil) bu yoldan düzenleyebilirler. Örneğin, olayda A, malın 8 aylık semerelerini (ürünlerini) 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 (şüphesiz sözleşme dışındaki hukukî işlemler de şarta bağlanabilir) şartlı olarak kurabilirler. Bu durumda BK. m. 149 vd. uygulanır. Kanunî şart halinde, yapılan muamelenin hükümlerinin bağlı kılındığı, gelecekte yer alan ve gerçekleşip gerçekleşmeyeceği şüpheli olan olay (metinde verilen örnekte kanunî temsilcinin icazeti) taraf iradelerine dayanmaksızın, doğrudan doğruya *kanun* gereğince bu niteliği kazanmıştır. Yargıtay bir kararında, bu iki kavramın birbirine karıştırılmaması gerektiğine şöyle işaret ediyor: "Bu itibarla mahkemenin kanun hükümlerince konulmuş olan şart ile (yani kanunî 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. **Kocayusufpaşaoğlu**, Türk Medeni Hukukunda Gayrımenkul Satış Vaadi, İstanbul 1959, s. 11 vd.), burada hâkim görüşü nakletmekle yetiniyoruz.

17) Bu sebeple **Schwarz**'ın (s. 162, 259) tapu kütüğüne yapılan tescili bir *tasarruf işlemi* olarak nitelemesi doğru değildir. Tescil bir tasarruf işlemi olmayıp, tasarruf muamelesinin hüküm doğurması için ona eklenmesi gereken resmî bir fiildir. – Şu noktayı ekleyelim ki, hukukî işlemin *hüküm doğurması* için zorunlu bazı olguların, geniş anlamda olguya 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 durduğumuz 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 (resmî 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, hukukî sonuç ancak son olgunun (tescilin) gerçekleşmesi ile yürürlüğe girecektir.

§ 11. Hukukî İşlemin Çeşitleri

I. Genel Olarak

1 Hukukî işlemler çeşitli açılardan ayrımlara tâbi tutulabilir[1]. Genellikle Medenî 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 durulacaktır.

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

II. Hukukî İşlem Olgusu Açısından Hukukî İşlemin Çeşitleri

2 Burada karşımıza *bir taraflı* ve *iki* veya *çok taraflı hukukî işlemler* ayrımı çıkmaktadır.

1. Bir Taraflı Hukukî İşlemler

Bu tip hukukî işlemlerin olgusunda sadece bir tarafın irade beyanı yer almakta, bu beyan hukukî sonucun doğması için (şüphesiz gereğinde irade beyanı dışında bazı olguların da eklenmesi ile) yetmektedir.

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

Acaba vakıf üç kişi tarafından birlikte kuruluyorsa, yahut bir daireyi birlikte kiralayan dört kişi, kiraya verene karşı yine birlikte fesih (=bozma) beyanında bulunmuşlarsa, bu gibi hukukî işlemlere de, olgularında birden fazla irade beyanı yer aldığı halde, bir taraflı hukukî işlem gözü ile bakabilir miyiz? Bu sorunun cevabı olumlu olmalıdır. Verilen örneklerde, birden fazla kişinin aynı hukukî sonuca yönelmiş birbirine *paralel* irade beyanları söz konusudur. Şu var ki, bahis konusu kişilerin tümü *tek bir taraf* teşkil ettiklerinden, bu işlem yine bir taraflı niteliğini muhafaza etmektedir[2]. Esa-

---

1) Bu konuda bkz. **Köhler**, 28.A., § 5, N. 8 vd.; **Larenz/Wolf**, 9.A., § 23, N. 1 vd.; **Lehmann**, § 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 kurulmakla vakıf kurma işleminin; bir fesih beyanı birden fazla kişi tarafından yapılmakla fesih beyanının çok taraflı olduklarından bahsetmek anlamsız olurdu. Bu gibi işlemlere ortak (= müşterek) hukukî işlemler denir. Bazan *toplu işlem* (Gesamtakt) deyiminin bu durum için de kullanıldığı görülüyor. Bununla beraber, toplu işlem başka işlemleri açıklamak için de başvurulan, henüz gereği kadar aydınlanmamış, bu sebeple de bazı yazarlarca tehlikeli veya herhangi bir anlamdan yoksun sayılan bir kavramdır[3].

2. İki Veya Çok Taraflı Hukukî İşlemler

Bunlarda, hukukî işlem olgusunda iki veya daha fazla tarafın irade beyanları yer almaktadır. 3

Bu gruba giren hukukî işlemler arasında yapılan en klâsik ayrım *sözleşme* (akit) ve *karar* ayrımıdır.

a. Sözleşme

aa. Genel Olarak

Sözleşme, hukukî bir sonuç doğurmak üzere, iki veya daha ziyade kişinin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile uyuşmasını ifade eder (Krş. BK. m. 1/I). Söz konusu irade beyanlarından, zaman itibarı ile önce olanı *icap*, sonra geleni *kabul* adını taşır. 4

BK. m. 1-40'da, sözleşme borç kaynağı olarak düzenlenmiştir. Bu gibi borç doğuran, bir borç ilişkisi kurmak amacıyla yapılan sözleşmelere *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 Medenî Hukukta rastlanır. Kişiler Hukukunda dernek kurma sözleşmesi (tartışmalıdır); 5

---

3) Toplu işlem kavramına, *sözleşme* kavramı yanında bağımsız bir yer tanıyanlar, onu sözleşmeden ayıran kıstası, *karşılıklı* değil de *aynı yöne* yöneltilmiş irade beyanlarının mevcudiyetinde buluyor. Bu görüşe göre, ortak bir amaca ulaşmak için çeşitli kişilerin güçlerini 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. Tuhr/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. Tuhr** (AT, § 53, not 165) ve **Flume**'nin (§ 33, 2, s. 603) adları sayılabilir. *Kararları* da toplu hukukî işlem kavramı ile izah etmek görüşünün eleştirilmesi için bkz. **v. Tuhr**, AT, § 53, IV, 2, s. 234 vd.

Aile Hukukunda evlenme, evlât edinme gibi Aile Hukuku sözleşmeleri; Miras Hukukunda miras sözleşmesi; Eşya Hukukunda aynî sözleşme bunun en başta gelen örnekleridir.

6 Son olarak anılan *aynî sözleşme* (aynî akit = *dinglicher Vertrag*) kavramı üzerinde biraz duralım. Aynî sözleşmeden, bir aynî hak kuran, aynî hakkı değiştiren, özellikle aynî hakkın devrini gerçekleştiren sözleşme anlaşılır[4]. Aynî hakların en başta geleni olan mülkiyet hakkına ilişkin bir örnek verelim: B, A'ya taşınır bir malını sattığı vakit, satış sözleşmesi malın mülkiyetinin B'den A'ya geçmesi için yeterli değildir. Zira, satış bir borç sözleşmesidir, taraflar arasında bir borç ilişkisi kurar ve bu borç ilişkisi gereğince satıcı, satılan malı alıcıya teslim etmek ve mülkiyetini ona geçirmek borçları altına girer (BK. m. 182/I). Malın mülkiyetinin alıcıya geçmesi, bir borçlanma işleminden ibaret kalan satış sözleşmesinden sonra, ikinci bir hukukî işlemin (bu defa bir *tasarruf işleminin*) yapılmasını zorunlu kılar. Bahis konusu tasarruf işlemi ise, satılan malın zilyetliğinin alıcıya nakledilmesi sırasında, tarafların zilyetliğin naklinin mülkiyeti alıcıya geçirmek amacı ile yapıldığı konusunda anlaşmaları ile gerçekleşecektir. İşte, satıcı ve alıcının teslim sırasında doğrudan doğruya mülkiyetin geçmesine ilişkin olarak yaptıkları bu sözleşme, bir çeşit tasarruf işlemi olan aynî sözleşmeyi meydana getirir. Şu noktaya dikkat edilsin ki, mülkiyetin geçmesi sadece tarafların bu konuda uyuşması ile değil, bu uyuşmaya (aynî sözleşmeye) hukuken bir *maddî fiil* olarak nitelendirilmesi gereken *zilyetliğin* (şey üzerindeki fiilî iktidarın) *devrinin* de eklenmesi ile sağlanacaktır. Klâsik diye adlandırılabilecek görüş gereğince, taşınır (menkul) mülkiyetinin geçmesine ilişkin tasarruf işlemi, aynî sözleşme ve zilyetliğin devrinden ibarettir[5].

Aynî sözleşme ile *(dinglicher Vertrag) real sözleşme (Realvertrag)* birbirine karıştırılmamalıdır. Yukarıda bir vesile ile görüldüğü gibi, real ("teslimli") sözleşmeden, sözleşme olgusunun tamamlanması veya hüküm ifade etmesi için, tarafların irade beyanları dışında maddî bir olayın (*şeyin karşı tarafa tesliminin*) gerçekleşmesi zorunlu olan durumlarda bahsedilir. Bu anlamda bir real sözleşme bir borçlanma işlemi niteliğini taşıyabileceği

4) **v. Tuhr**, AT, § 53, II, 1, s. 221.

5) Burada açıklanan klâsik fikir, özellikle menkul mülkiyetinin geçirilmesini illî (sebebe bağlı) bir işlem sayan görüşün yaygınlaşmasından sonra bazı hukukçularca eleştirilmiş, tasarruf işleminin illîliğini kabul eden bir sistemde, ayrı bir aynî sözleşmeye gerek kalmadığı iddia edilmiştir. (Bu konuda bir fikir edinmek için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Türk Medenî Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul, 1959, s. 33 vd. ile orada anılan yazarlar). Bu anlayış günümüzde geniş ölçüde terk edilmiş bulunmaktadır.

gibi, tasarruf işlemi niteliğini de taşıyabilir[6]. Oysa aynî sözleşme her zaman bir tasarruf işlemidir.

Real borç sözleşmelerinin, Roma Hukukunun aksine, modern hukukta önem ve uygulama alanlarından çok şey kaybettiklerini daha önce de belirtmiştik. Örneğin âriyet sözleşmesi, Roma Hukukunda real bir borç sözleşmesiydi. Çünkü *borç ilişkisinin doğması* için şeyin âriyet alana teslim edilmiş olması gerekiyordu. Bugün durum farklıdır ve âriyet sözleşmesi real bir sözleşme olmaktan çıkmıştır. Buna göre, sözleşme şeyin karşı tarafa teslimine gerek bulunmaksızın tarafların anlaşmasıyla kurulur ve hükümlerini doğurur. Buna karşı TTK. m. 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 hukukî sonuç doğurması için, şeyin karşı tarafa teslimi gibi maddî bir fiil zorunlu kılınmışsa, real tasarruf işlemi söz konusu olur. Yukarıda incelenen, taşınır mülkiyetinin alıcıya geçmesini sağlayan aynî sözleşmede durum böyledir. Mülkiyetin geçmesi sadece tarafların mülkiyetin geçmesine dair karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile gerçekleşemeyip ayrıca şeyin zilyetliğinin alıcıya devredilmesi de arandığına göre, burada bir *real tasarruf işlemi* vardır.

2 — Sözleşme kavramının borç sözleşmesi ile aynı şey olmadığını gösteren ikinci nokta şuradadır: Sözleşme, sadece bir hukukî ilişkiyi (özellikle borç ilişkisini) *kurmak* için değil, yerine göre böyle bir ilişkiyi *değiştirmek* veya *ortadan kaldırmak* için de yapılabilir[7]. Borç sözleşmeleri, sözleşmenin bahis konusu görevlerinden sadece bir tanesini ifade ederler. Mevcut bir borç ilişkisini değiştiren (örneğin kararlaştırılmış bulunan ifa yeri sonradan yine tarafların anlaşması ile değiştiriliyor yahut borç ilişkisinden doğan alacak alacaklı tarafından üçüncü bir kişiye temlik ediliyor) veya borcu ortadan kaldıran sözleşmeler (örneğin alacaklı borçluyu ibra ediyor)[8], hep borç sözleşmesi niteliğini taşımayan sözleşmelerdir. 7

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 ayırmak 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 *sözleşme*nin yapılmasına muhtaç bulunmaktadır.

8 Bütün bu açıklamalardan şu sonuç çıkıyor: Sözleşme deyince, bunun yalnız bir borç sözleşmesi (borçlanma işlemi) olabileceğini sanmak doğru değildir. Tasarruf işlemi niteliğinde sözleşmeler de bulunabilir (Örnek: aynî sözleşme, borçtan ibra 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 imkânı vardır.

9 Son olarak, bir noktaya işaret etmek istiyoruz. Burada kullanılan sözleşme deyimi karşılığı Borçlar Kanunu *akit* diyor[9]. Sık sık rastlanan diğer bir deyim de *mukaveledir*[10]. Acaba mukavele ile akit arasında bir fark var mıdır? *"Gerek bu kanunda, gerekse diğer kanunlardaki mukavele ve akit sözleri aynı mânaya gelir"* diyen TTK. m. 1464 karşısında bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir[11]. Şu halde Türk pozitif hukuku açısından, *sözleşme, akit, mukavele* eş anlamlı kelimelerdir.

bb. Borç sözleşmesinin çeşitleri

Burada iki ayrım üzerinde durulacaktır:

aaa. Birinci Ayrım: *Bir tarafa ve iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler*

10 *Bir tarafa borç yükleyen sözleşmelerde* (bütün sözleşmeler iki taraflı oldukları yani iki tarafın irade beyanına ihtiyaç gösterdikleri için, bazan 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 tarafa borç yükleyen sözleşmeler ise her iki tarafı da borç altına sokmaktadır. Bunlar da iki gruba ayrılır:

11 1 — *Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler*, karşılıklı edimlerin değiş tokuşunu (mübadelesini) amaç edinen sözleşmelerdir. Bunlarda, taraflardan her biri diğer tarafı kendisine karşı borç altına sokmak için borçlan-

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

10) Mukavele yine Arapça olan kavl (=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 anlaşılıyor (Bkz. **Carbonnier**, Droit civil, tome 4, Les Obligations, 16.éd., Paris 1992, s. 42; **Karayalçın**, not 9'da age, s. 538).

mıştır. Görüldüğü gibi borçlar, sözleşmenin niteliği gereği, karşılıklı ve birbirine bağlıdır. Her iki taraf, hem alacaklı hem borçludur. Bunlara Yunanca bir deyimden yararlanarak *sinallagmatik (karşılıklı)* sözleşmeler de denir[12]. Satış, trampa, kira, hizmet, istisna (eser) vs. sözleşmeleri bu kategoriye girer.

2 — Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler

Bu deyim birbirinden farklı çeşitli ihtimalleri içine almak üzere kullanılıyor: 12

a — Ariyet (BK. m. 229), karz (=ödünç) (BK. m. 306), vedia (= saklama, 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 vermek üzere bir ödünç sözleşmesi yapmışsa, önce B taahhüt ettiği miktarı ödemek üzere A'ya karşı borçlanır. O, borcunu ifa edip parayı A'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: vekâlet, BK. m. 386 vd.), taraflardan biri, sözleşmenin yapıldığı anda kesin olarak borç altına girmekte, diğerinin borçlanması ise, olayların gelişmesine göre muhtemel bulunmaktadır. Ücretsiz bir vekâlet sözleşmesinde, sadece vekil üzerine aldığı işi görmek borcu altına girmiştir. O, borcunu yerine getirirken bazı masraflar (giderler) yaparsa, vekâlet veren (müvekkil) de kendisine karşı borçlanacaktır (BK. m. 394/I)[13].

Yukarıda (a) ve (b) altında açıklanan her iki durumda da tarafların borçları *karşılıklı* değildir. Ariyet, karz, vedia sözlemelerinde, geri verme borcu *karşı edim* niteliğini taşımayıp, şeyin karşı tarafa verilmesinin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Vekâlet örneğinde, vekilin masraflarına ilişkin alacak hakkı hiç bir şekilde onun gördüğü işin *karşılığı* değildir. Tarafların edimleri arasında bir değiş tokuş ilişkisi bulunmadığı, bu edimlerden

12) **v. Tuhr/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, vekâlet sözleşmesi ücretsiz olabileceği gibi tarafların anlaşması veya teamül sonucu ücretli 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 yükleyen sözleşme saymak doğru değildir. Vekâlet 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/Jäggi**, Art. 1, N. 118).

her biri diğerinin karşılığını teşkil etmediği için, bu gibi sözleşmelere *eksik* iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler diyoruz[14].

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

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

aaaa. Ön sözleşme kavramı[16]

14 Ön sözleşme öyle bir borç sözleşmesidir ki, bununla taraflardan biri veya her ikisi, ilerde *asıl sözleşme* adı verilen bir borç sözleşmesini yapma borcu altına girerler.

Şu nokta önemlidir: Sonradan yapılacak asıl sözleşme mutlaka bir borçlanma işlemi niteliğini taşımalı, yani bir *borç sözleşmesi* olmalıdır. Sonradan yapılacak sözleşme bir *tasarruf işlemi* ise, onu hazırlayan borç sözleşmesi bir ön sözleşme değildir, Aksi halde, en önemli bütün borç sözleşmelerini (örneğin otomobilini A'ya satan B'nin yaptığı bu satış işlemini sonradan yapılacak tasarruf işlemine nispetle) ön sözleşme saymak icap edecekti. Bu da gösteriyor ki, satış sözleşmesi hiç bir zaman bir ön sözleşme olamaz. Buna karşı *satış vaadi sözleşmesi* (bununla bir borç sözleşmesi olan satış sözleşmesinin yapılması taahhüt edildiğinden) ön sözleşmedir.

Yukarıda verilen tarifin gösterdiği gibi, ön sözleşme *bir tarafa* veya *iki tarafa borç yükleyen* bir sözleşme niteliğinde olabilir. A ile B arasında yapılan ön sözleşmede, sadece B (hiç 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 sokmuştur[17].

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 kılıyorsa, şey teslim edilmeden tarafların bağlanması ancak bir ön sözleşme çerçevesinde ger-

---

14) **v. Tuhr/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; **Henrich**, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, 1965, s. 1 vd., s. 59 vd.; **Herzog**, Der Vorvetrag im schweizerischen und deutschen Schuldrecht, Zürich 1999.

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

çekleşebilecektir. Ne var ki, âriyet, karz (ödünç), vedia gibi sözleşmeler bugünkü hukukumuzda real sözleşme olmaktan çıkmış bulunuyorlar. Bu durumda ayrı bir ön sözleşme kavramına gerek olup olmadığı haklı olarak sorulabilir.

Öğretide, bu konuda, iki farklı görüş karşımıza çıkıyor:

— Birinci görüş, modern hukukta ön sözleşme kavramını, özellikle *her iki tarafın* da asıl sözleşmeyi kurma taahhüdü altına girdikleri ön sözleşmeleri gereksiz ve anlamsız buluyor.[18] Örneğin, A ile B, B'nin altı ay sonra boşalacak evine ilişkin olarak şimdiden kira bedelini ve kira süresini de belirlemek suretiyle bir ön sözleşme yaptıkları takdirde, altı ay sonra tarafların aynı içerikte olmak üzere kuracakları asıl kira sözleşmesinin, önceden ön sözleşmede kararlaştırılmış olanın hukuken bir anlam taşımayan biçimde taraflarca doğrulanıp onaylanmasından ibaret kalacağı belirtiliyor[19]. Gerçekten, bu örnekte, tarafların altı ay sonra yürürlük kazanmak üzere vâdeye bağlı bir asıl kira sözleşmesini şimdiden yapmalarına bir engel bulunmuyordu. 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. 16

Diğer taraftan, ön sözleşmede asıl sözleşmenin konusunun kesin olarak belirtmek zorunluluğu bulunmadığı, bu belirlemenin ilerdeki bazı hal ve şartlara bırakılabileceği, bu bakımdan ön sözleşmeye başvurmanın bir anlam taşıdığı yolundaki düşünce de haklı olarak eleştiriliyor. Zira, modern hukukta, sözleşmenin konusunun mutlaka *belirli* (=muayyen) olması aranmayıp, sadece *belirlenebilir* olması ile yetinildiğine, bahis konusu belirlenebilir olma şartı ilerde yapılacak asıl sözleşmenin esaslı noktalarına ilişkin olarak ön sözleşmede de gerçekleşmek zorunda bulunduğuna göre, bu bakımdan da ön sözleşmeye başvurmanın bir ihtiyaca cevap verdiği açıklanmış olmuyor[20].

— Alman Hukukunda hâkim olan, İsviçre Hukukunda çok sayıda yazarın desteğini sağlayan, bizim de üstün tuttuğumuz ikinci görüş ön sözleşme 17

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 Grundstückkauf, Bern 1997, Art. 216, N. 33; Sungurbey, Modern Hukukta taraflar arasında ön sözleşmeye yer yoktur (Medenî 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 temel taşlarından birisini oluşturan *sözleşme serbestisi* ilkesi açısından, tarafların arzu ettiği sonuca götürecek daha direkt ve elverişli yollar varken, onların dolambaçlı sayılabilecek formüllere başvurması hiçbir şekilde yasaklanamaz. Sözleşme serbestisinin esas olduğu bir sistemde hangi hukukî formüle üstünlük tanınacağını belirlemek hukuk öğretisine değil, doğrudan doğruya ve sadece taraf iradelerine ait olmak gerekir[21]. Kaldı ki, yerine göre, gereksiz gibi gözüken bir çözüm pekâlâ çok anlamlı da olabilir[22]. Bunu açıklamak üzere şu örnek verilebilir[23]: A tarafından inşası plânlanan büyük bir binanın zemin katında içkili bir restoran açmak isteyen B, bu katı kiralamak istemektedir. Ne var ki, inşaatın ne zaman başlayıp ne zaman biteceği, orada içkili bir restoran açmak için yetkili idarî mercilerin ruhsat verip vermeyeceği henüz belli değildir. Bu durumda, yıllar sonra işlerlik kazanacak asıl kira sözleşmesi yerine tarafların sadece bir ön sözleşme ile yetinmeleri çok normaldir. Böylece, ön sözleşmenin kurulduğu anda hukukî veya fiilî bazı engeller dolayısıyla yeterince olgunlaşmamış bir konuda, şimdiden sadece ilerde kurulacak asıl kira sözleşmesine ait esaslı noktaların belirtilmesi ile yetinmek suretiyle bir bağlılık yaratılmakta[24], 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 tarafların gözünde asıl önem taşıyan husus, ilerde *asıl sözleşmeden doğacak edimler* değil, doğrudan doğruya asıl sözleşmenin yapılmasıdır. Ön sözleş-

---

21) Bu açıklamalar için bkz. **Kramer**, Art. 22, N. 95; **Gauch/Schluep/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 Alman Federal Cumhuriyetinin özgürlüklere ve piyasa ekonomisine dayalı ekonomik düzeninde sözleşme serbestisinin bir görünümü olarak ortaya çıktığını belirten kararı da bu anlayışı desteklemektedir (**Herzog**, not 16'da age, N. 24).

22) **Koller**, 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; **Henrich**, not 16'da age, s. 115; **Larenz**, SR I, s. 86.

me, herşeyden önce *asıl sözleşmenin kurulmasını* teminat altına bir kurumdur ve bu niteliğiyle bir anlam taşır[25]. Yukarıda verdiğimiz kira örneği bunu çarpıcı biçimde kanıtlar.

Nihayet, öyle durumlar vardır ki, bunlarda derhal asıl sözleşmeyi yap- 18
mak hukuken mümkün olmadığı halde, ön sözleşme bakımından böyle bir engel yoktur. Örneğin, Türk Hukukunda ön sözleşme olarak kabul edilen taşınmaz satış vaatleri açısından, bir kimsenin bir taşınmazın henüz ifraz edilip (parsellenip) bağımsızlık kazanmamış belirli bir bölümünü veya kendisine ait olmayan bir taşınmazı (ölüm döşeğinde yatan babaya ait bir taşınmaz oğlu ve tek mirasçısı tarafından satılmak isteniyor) satmak istemesi halinde, tapuda resmî satış senedi düzenlemek mümkün olmadığı halde, noter önünde bir taşınmaz satış vaadi yapmak imkânı açıktır[26,26a,27].

---

25) Özellikle bkz. **Herzog**, not 16'da age, N. 283; **Reber**, not 21'de age, s. 97; **Ayrancı**, not 21'de age, s. 61. **-Gauch/Schluep/Schmid**'e göre (N. 1087), her iki taraf yine kendi aralarında asıl sözleşmeyi kurmak üzere taahhütte bulunmuş olsalar bile, "kurulması taahhüt edilen" bir sözleşme hiçbir zaman "kurulmuş" bir sözleşme sayılamaz.

26) İsviçre-Türk Hukuklarında, Yargıtay tarafından da benimsenen hâkim görüşe 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**, I/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 kullanılmasıyladır ki, satış vaadine dayalı olarak asıl sözleşmeyi yapma (satma veya satın alma) borçları varlık kazanacaktır. Biz bu görüşe hiçbir şekilde katılamıyoruz. İsviçre BK. m. 22/I, 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 Türkiye Büyük Millet Meclisinin yorum kararı kenar başlıklarının kanun metninden sayılamayacağı sonucuna varmışsa da, öğretide bu yasak sadece kenar başlıklarının doğrudan doğruya uygulanmasını engellemeye yönelik olarak anlaşılmakta ve yorum yapılırken kenar başlıklarından da yararlanılabileceği kabul edilmektedir (**Oğuzman/Barlas**, Medenî 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 yolunda 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 resmî şekilde yapılması (MK. m. 706/I, BK. m. 213/c. 1) ve resmî senedin tapu sicil müdürü tarafından düzenlenmesi gerekir (Tapu K. m. 26/I). 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/II'ye bir istisna teşkil eder mi? Her iki halde de resmî şekle uyulmak şart olduğundan (sadece resmî senedi düzenleyebilecek resmî 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 ihtimaller de vardır. Biz, şu örneklerle yetiniyoruz[28]:

— Aşağıda göreceğimiz gibi, BK. m. 22/II uyarınca, kanun tarafları koruma amacıyla asıl sözleşmeyi bir geçerlilik şekline bağlamışsa, ön sözleşmenin geçerli olması da aynı şekle bağlıdır. Buna karşı, bu şekil tarafları koruma amacına yönelik değilse, asıl sözleşmenin geçerliliği şekle bağlı olduğu halde, ön sözleşmeyi bu şekle uymadan yapmak mümkündür.

— Yine aşağıda göreceğimiz gibi, ön sözleşmeden doğan borç yerine getirilmediği takdirde, asıl olan, borcun aynen yerine getirilmesi (yani asıl sözleşmenin kurulmuş sayılması) için dava açılmasıdır. Bu bakımdan, taraflarca bunun aksinin kararlaştırıldığı ve aynen ifa talebi bertaraf edilip sadece bir tazminat yaptırımı ön görüldüğü vakit, böyle bir ön sözleşmeyi asıl sözleşme ile bir tutmak söz konusu olamaz.

— 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 yapması öngörülmüşse, yani ön sözleşmenin tarafları ile asıl sözleşmenin tarafları aynı değilse (A ile B arasındaki ön sözleşmede, B, A'ya, Ü ile asıl sözleşmeyi yapmayı vaat ediyor) ön sözleşmenin asıl sözleşmeden farklı bir kavram olduğu genellikle kabul edilmektedir. Bu gibi durumlarda, üçüncü kişinin asıl sözleşmenin kurulmasına yönelik olarak doğrudan doğruya B'ye yönelik bir talep hakkına sahip olup olmayacağı (yani ortada "tam" üçüncü kişi yararına bir sözleşmenin bulunup bulunmadığı) BK. m. 111 hükmü çerçevesinde çözüme bağlanmak gerekir[29].

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 bâtıl 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 resmî satış sözleşmesinin düzenlenememesi tapu mevzuatında yer alan ve böyle bir satışa imkân 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.

şimdiden asıl sözleşmeyi kurmak istedikleri, yani gerçek iradelerinin bu yolda olduğu anlaşıldığı zaman, BK. m. 18/I'de yer alan *falsa demonstratio non nocet* (yanlış belirtme zarar vermez) kuralı uyarınca asıl sözleşme olarak değerlendirilmesine bir engel yoktur[30].

bbbb. Ön sözleşmede şekil

Kanun, tarafları korumak amacıyla bir sözleşmenin geçerli olmasını şekle bağlamışsa, ön sözleşmede de aynı şekle uyulmak gerekir (BK. m. 22/II). Aksi halde ön sözleşme geçerli olmaz. Bu hüküm çok yerindedir. Şekle bağlı sözleşmeye ilişkin ön sözleşmenin şekilsiz geçerli olacağı kabul edilseydi, şeklin koruyucu etkisinden yoksun kalan borçlu, alacaklı tarafından asıl sözleşmeyi yapmaya (aşağıda görülecek esaslar dahilinde) zorlanabilecek ve asıl sözleşmenin yapılmasını, borçluyu düşünceye sevketmek, acele kararlardan korumak için şekle bağlayan kanun hükümleri bu yoldan uygulamasız bırakılabilecekti[31]. 21

cccc. Ön sözleşmeden doğan borcun ifa edilmemesi

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

— *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 dâva etmesi mümkün değildir. O, borcun yerine getirilmemesinden doğan zararının tazminini istemekle yetinmek mecburiyetindedir[32].

Bu görüşün modern ve değişik bir versiyonu *Bucher* tarafından savunulmuştur[33]. 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 temliki* sözleşmesinin geçerli olması yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlandığı halde, *alacağın temliki vaadini* içeren sözleşme şekilsiz muteberdir (BK. m. 163). Bu hüküm, BK. m. 22/II'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, Berner FG zum Schweizerischen Juristentag 1979, s. 183 vd.; **Bucher**, Basler Komm., Art. 22, N. 36 vd.

— Birinci alternatif olarak, (yazarın görüşüne göre, İsviçre Borçlar 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 bir tazminat yaptırımı ile yetinmelidir. Böylece aynen ifa talebine izin veren asıl sözleşme ile aynen ifa talebinin bulunmadığı ön sözleşme açık biçimde birbirinden farklı iki kavram oluşturmaktadır.

— Birinci alternatifin kabul edilmemesi halinde, bu defa, özellikle doğrudan doğruya asıl sözleşmeyi yapma imkânı bulunduğu halde ön sözleşme yoluna başvuran tarafların örtülü biçimde (zımnen) 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 imkânını göremediğimiz bu görüş İsviçre öğretisinde de kabul görmemiştir[34]. 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 imkân asıl sözleşme bakımından da mevcuttur[35]. 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 mahkûm edilmişse, hükmün kesinleşmesi ile beyan yapılmış sayılır."* Bizde, böyle açık bir kanun hükmü bulunmamakla beraber, Medenî Kanun ve Borçlar Kanununda bazı özel durumlar için öngörülen hükümlerden kıyas yolu ile yararlanarak benzer bir sonuca ulaşmak imkânı vardır[36]. Şu halde, borçlu, asıl sözleşmeyi yapmaktan kaçınırsa, alacaklı onu borcunu aynen ifa etmesi için dava edebilecek ve hâkimin kararı, *borçlunun asıl sözleşmenin kurulmasına ilişkin irade beyanının yerini tutacaktır.*

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

---

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

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

36) Burada ilk akla gelen hüküm, yargısal (kazaî) temlik'ten bahseden BK. m. 164 hükmüdür. A'nın, alacağın temliki vaadi sözleşmesi dolayısı ile B'ye karşı olan alacağını Ü'ye geçirmek 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. Ayrıca bkz. **v. Tuhr/Escher**, § 67, III, 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 bir karar* vermektedir. Şu halde açılan dâva bir yenilik doğuran davadır[37]. Bizce, bu sonuca ancak şu gerekçe ile ulaşılabilir: Tartışmalı olmasına rağmen, çoğunluğun (bizim katılmadığımız) fikrince kabul beyanı, kabulcünün kendisine yapılan icabı uygun bulduğunu bir taraflı olarak bildirmesiyle sözleşmenin kurulmasını sağlar ve bu sebeple yenilik doğuran bir hukukî işlem sayılmak gerekir[38]. 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 hukukî bir işlem olarak niteleyen görüş açısından geçerli olabilir.

= Büyük çoğunluk tarafından benimsenen hâkim görüşe göre ise[39], 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 itibariyle 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 imkânı da tanınmalıdır. Nitekim hâkim görüş bu yoldadır[40]. 24

Buraya kadar yapılan açıklamalar, "iki aşama teorisi" *(Zweistufentheorie)* diye adlandırılan görüşe uygun düşüyor. Derhal belirtelim ki, İsviçre Federal Mahkemesi, 6.3.1992 tarihli kararı 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 krş. **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 eleştirilmiştir[42]. Doğru çözüm, yukarıda belirttiğimiz gibi, her iki talep hakkı birleştirilerek açılan bir dava sonucu mahkemenin asıl sözleşmenin kurulmuş sayılmasına ve buna dayalı olarak asıl sözleşmeden doğan borcun ifasına karar vermesidir. Buna rağmen, Federal Mahkeme'nin kararını iki 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* yatmaktadır[43]. Zira, asıl sözleşme kurulmadan, ondan doğacak borcun ifasına karar verilmesi söz konusu olamaz. Bunun gibi, hâkim görüşle birlikte, mahkeme hükmü sadece davalının kabul beyanının yerini tutan bir edim (ifa) hükmü olarak değerlendirildiği takdirde, doğrudan doğruya asıl sözleşmeden doğan borcun ifası talep edildiği vakit, bu defa öğretide de belirtildiği gibi, mahkemece verilen ifaya mahkûmiyet hükmünün aynı zamanda ve zorunlu olarak, *örtülü biçimde (zımnen) asıl sözleşmeyi kurulmuş farz eden bir hüküm* olduğu kabul edilmek gerekir[44]. Bir başka anlatımla, söz konusu ifa hükmünün arkasındaki perde kaldırıldığı takdirde *(Durchgriff)*, karşımıza yine gizlenmiş olarak asıl sözleşmeyi kurulmuş sayan bir karar çıkacaktır[45].

Ön sözleşme alacaklısı, yerine göre, borcunu ifa etmeyen ön sözleşme borçlusundan *aynen ifa yerine tazminat* talep edebilir. İki ihtimali ayrı ayrı 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/I (eski MK. m. 642/I) hükmü uyarınca mülkiyetin alıcıya geçirilmesine yönelik bir dava açılabilmesini kabul etmektedir (Yarg. HGK., 8.1.2.2004, E. 2004/14-610, K. 2004/656, İBD. cilt 79, 2005/5, s. 1681).

42) Özellikle bkz. **Gauch/Schluep/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. **Larenz**, SR, I, s. 80-81 ve not 10; **Larenz**, Lehrbuch des Schuldrechts, II/1, 13.A., München 1986, s. 55-56 ve not 68, 69.

44) **Gernhuber**, Handbuch des Schuldrechts, Band 8, Das Schuldverhältnis, Tübingen 1989, s. 139-140.

45) Bkz. **Reber**, not 21'de age, s. 100.

— Ön sözleşmeden doğan borcun ifası borçlunun kusuru ile imkânsız hale gelmişse, ondan ifa değil, sadece BK. m. 96 hükmüne göre tazminat istenir[46]. 27

— İfa mümkün olup borçlu temerrüde düşmüşse, *kurulması taahhüt edilmiş asıl sözleşme tam iki tarafa borç 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 gerçekleşmektedir[47]. Buna göre, alacaklının belirlediği mehil içinde taahhüt yerine getirilmediği takdirde, alacaklı derhal ifadan vazgeçtiğini bildirip, dilerse olumlu zararlarının, dilerse sözleşmeden dönüp olumsuz zararlarının tazminini isteyebilir[48]. Tazmini istenen olumlu zararlardan maksat, asıl sözleşmenin kurulmamış ve buna bağlı olarak ifa edilmemiş olmasından doğan zararlardır[49].

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 ifa edilmemesi demektir. Şu halde, ön sözleşme dolayısı ile temerrüde düşen borçlunun hukuki durumunu, ister istemez asıl sözleşmenin ifa edilmemiş olması halinde uygulanacak hükümleri dikkate alarak belirlemek zorunluluğu vardır. Bu yüzden, ancak asıl sözleşmenin ifa edilmemesi BK. m. 106 hükmünün uygulanmasına yol açacak idiyse, ön sözleşmeye de aynı hükmün uygulanması söz konusu olur. Bunun gibi, asıl sözleşme için sorumsuzluk kayıtlarını engelleyen özel bir sınırlama 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 haksız bir yarar sağlamasının kabul edilemeyeceği yolundaki düşünce yatar[50]. 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 iki 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 altına girmişse, durum değişir ve BK. m. 106 doğrudan doğruya uygulanır. 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 hakkı doğuran sözleşme[51]

29 Taraflar bir sözleşme ile (opsiyon sözleşmesi), içlerinden birine bir borç ilişkisini önceden aralarında kararlaştırdıkları şartlarla ve bir *taraflı irade beyanı* ile kurmak hakkını tanımışlarsa opsiyon hakkından 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 bahşedilmiş olabilir.

Medenî Kanun satış opsiyonuna *alım (iştira)* 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: Ön sözleşmeden bir *alacak hakkı* doğar ve alacaklı, borcunu ifa etmeyen (asıl sözleşmeyi yapmayan) borçlu aleyhine bir edim (= ifa) dâvası ile harekete geçmek zorundadır. Oysa, *opsiyon sözleşmesi, nitelikçe yenilik doğuran 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 varması gerekli irade beyanı ile (yenilik doğuran beyan) tüm şartları opsiyon sözleşmesinde kararlaştırılmış borç ilişkisini kurabilir[52].

— Sözleşme Tasarısı (Projesi) (Punktationen, Punctation, Memorandum of understanding)[53]

30 Bir sözleşmenin kurulması, çok defa taraflar arasında cereyan eden müzakerelerden sonra mümkün olur. Bu görüşmelerin ilerlemiş bir aşamasında, tarafların üzerlerinde uyuştukları noktaları tespit eden bir sözleşme tasarısı (projesi) hazırlamaları imkânı vardır. Acaba böyle 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. Tuhr/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.; **Schärer**, Vertragsverhandlungsvereinbarungen, İn Sachen Baurecht, Freiburg, 1989, s. 23-24; **Henrich**, not 16'da age, s. 99 vd.; **Kramer**, Art. 22, N. 54, 63 vd.

leşme sayılabilir mi? Şüphesiz ki, hayır! Çünkü, ilerde yapılacak sözleşmenin kurulması için gerekli bütün esaslı noktaları içermesi zorunlu bulunmayan bu tasarı taraflarca imzalanmış bile olsa, ilke olarak, hukuken *bağlayıcı* değildir, tarafları bir borç (edim yükümlülüğü) altına sokmaz. Onlar, böyle bir tasarı hazırlamakla sözleşmenin yapılıp yapılmamasına ilişkin serbestilerinden herhangi bir şekilde vazgeçmiş sayılamazlar. Şu var ki, ilerde sözleşme kurulursa, onun *yorumlanması* bakımından bu gibi projeler, taslaklar önemli bir rol oynar.

Ana ilke yukarıda belirtildiği gibi olmakla birlikte, bazen BK. m. 2/I hükmünün işe karışması ile, hiç değilse karine olarak, şimdiden bağlayıcı bir sözleşmenin kurulduğu sonucuna varılabilir[54]. Gerçekten, BK. m. 2/I 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 kurulmadığına veya bu metnin bağlayıcı olmadığına ilişkin bir kaydın eklenmesi çok yerinde olur[54a]. 31

— Niyet Mektubu (Letter of intent)[55]

Bununla, (içeriği yeterince belirlenmemiş veya yerine göre tam olarak belirlenmiş) bir sözleşmenin kurulmasını sağlamak niyeti açığa vurulur ve bu sonuca ulaşmak üzere görüşmelerin ciddi olarak sürdürülmesi taahhüt edilir. Ne var ki, karşı tarafça benimsenip kabul edildikten sonra dahi, bu taahhüt (bazan açıkça belirtilmek, bazan ise hal ve şartlardan anlaşılmak suretiyle) *bağlayıcı* bir nitelik taşımaz ve tarafları sözleşmeyi kurma yükümlülüğü altına sokmaz. Bu durumu ifade etmek üzere, bu kavramın kökeni olan Anglo-Sakson hukuk çevrelerinde *"no binding clause"* deyimi kullanılır[56]. 32

Şurasını ekleyelim ki, karşılıklı niyet mektubunun bazen (örneğin, aşağıda § 16, N. 8'de açıklanan türde bazı anlaşmaların gerçekleşmesine yol açarak veya bir ön sözleşme oluşturarak) hukuken bağlayıcılık kazanması da imkânsız değildir. Bu konuda, herşey hal ve şartların özelliklerine bağlıdır[57].

— Centilmen anlaşmaları (Gentlemen's Agreement)

Burada taraflar arasındaki anlaşma, onları hukukî bir yükümlülük altına sokmaksızın, sadece bir "şeref sözü" verilmesi ve ahlâkî anlamda bir taah- 33

54) Bkz. **Kramer**, Art. 22, N. 64 vd.

54a) BK. m. 2/I ile ilgili açıklamalar için bkz. aşağıda § 17

55) **Schärer**, not 53'de age, s. 26 vd.; **Kramer**, Art. 22, N. 56 vd., 54; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1100; **Larenz/Wolf**, 9.A., § 23, N. 109 vd.

56) *"Subject to contract"* (sözleşme yapılmasına bağlı olarak) ifadesi, bu anlamda bağlılığı ortadan kaldıran bir kayıt sayılır (**Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1100).

57) Özellikle bkz. **Kramer**, Art. 22, N. 54; **Larenz/Wolf**, 9.A., § 23, N. 111.

hüt altına girilmesi anlamını taşımaktadır[58]. Bununla birlikte, tamamen hukuk 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 hukukî yükümlülükler olarak izah edilmek istenmiştir[59]. 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 sözleşmelere ilişkin bazı hükümleri (örneğin mal tesliminin ve ödemelerin ne şekilde yapılacağına, sözleşmeye hangi devletin hukuk kurallarının uygulanacağına, çıkabilecek çekişmelerin tahkim yolu ile çözüme bağlanmasına ilişkin hükümlerde olduğu gibi) şimdiden düzenleyen, fakat taraflara (esasen bütün içerikleri çerçeve sözleşme ile belli edilmemiş) münferit sözleşmeleri yapma borcunu yüklemeyen[61] sözleşmeler söz konusudur. Bir çerçeve sözleşme yapan taraflar, bu şekilde kurulan sürekli borç ilişkisi ile, ilerde aralarında gerçekleştirilecek ve her defasında karşılıklı borçlarını somutlaştıracak münferit sözleşmelerin (uygulama sözleşmeleri) dayanacağı temeli inşa ederler. Bir ön sözleşme veya

---

58) **Reuss**, Die Intensitätsstufen der Abreden und die Gentlemen-Agreements, AcP 154, s. 489; **Poltier**, Les gentlemen's agreemets à participation publique, ZSR, N. F. 106, 1987/I, s. 372 vd; **Weber**, Rahmenverträge als Mittel zur rechtlichen Ordnung langfristiger Geschäftsbeziehungen, ZSR, N. F. 106, 1987/I, 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**, I/1, s. 32, not 63; **Staudinger/Dilcher**, Vorbem. zu §§ 145 ff, N. 50; **Terré/Simler/Lequette**, Droit civil, les obligations, 5.éd., 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**, I/1, s. 32, not 63; **İşgüzar**, Tek Satıcılık Sözleşmesi, Ankara 1989, s. 33). Bu ihtimalin dışında kalan hallerde, münferit sözleşmeleri yapmaktan kaçınmanın yaptırımı, çerçeve sözleşmeden dönme ve tazminattır (**Weber**, not 58'de age, s. 412). -Farklı: **Barlas**, not 60'da age, s. 815 vd.

opsiyon hakkı kuran sözleşme yapan taraflar, geleceğe ilişkin karar alma özgürlüklerini kaybetmiş durumdadırlar. Zira, ön sözleşmede, asıl sözleşmeyi kurmak için şimdiden bağlanılmış; opsiyon hakkı bahşeden sözleşmede ise, bundan da ileri gidilerek, karşı tarafa bir taraflı irade beyanı ile borç ilişkisini kurma imkânı verilmiştir. Çerçeve sözleşme ile kurulan borç ilişkisinde durum böyle değildir ve taraflar geleceğe yönelik kararlar alma özgürlüklerinden bu tarzda yoksun kalmayıp, sadece bu kararların alınacağı alanın sınırlarını çizmek ve bazı esasları şimdiden belli etmekle, yani temel mekanizmayı kurmakla yetinmiş ve diğer ayrıntıların belli edilmesini, bu sınır ve esaslar dahilinde kurulacak münferit sözleşmelere bırakmışlardır.

Çerçeve sözleşmenin en güzel örneklerinden birisi tek *satıcılık sözleşmesidir*. Borçlar Kanunumuzda ayrıca düzenlenmemiş bulunan ve sürekli bir borç ilişkisi doğuran bu sözleşmede, yapımcı, ürünlerinin tümünü veya bir bölümünü belirli bir coğrafi bölgede tekele sahip olarak satmak üzere tek satıcıya bedeli karşılığı göndermeyi, buna karşı tek satıcı da, sözleşme konusu malları kendi adına ve hesabına satarak bu malların sürümünü artırmak için faaliyette bulunmayı üstlenmiştir. Söz konusu sürekli nitelikteki çerçeve ilişki içinde, ister istemez, birbiri ardına malların bedeli karşılığı yapımcıdan tek satıcıya gönderilmesine ilişkin münferit satış sözleşmeleri yapılacaktır. Ne var ki, söz konusu münferit satışların, daha önce sınırları çizilmiş çerçeve içinde gerçekleşmeleri gerekmektedir[62,63]. 35

b. Karar[64]

Karar, bir kişi topluluğunun tümünü ilgilendiren ortak bir işte nihaî (kesin) bir sonuca varılmasını sağlayan çok taraflı bir hukukî işlemdir. 36

Kararı sözleşmeden ayıran belli başlı özellikler şunlardır:

1 — Kararda, irade beyanları *karşılıklı* olmayıp, bir *merkeze* (örneğin, bir tüzel kişinin Genel Kurulunda başkana) doğru yöneltilmiştir.

2 — Kararın alınması için, kural olarak, iradelerini beyan edenlerin *çoğunluğu* yeter[65]. Oysa, çoğunlukla sözleşme 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 sözleşme oluşturup oluşturmadığı tartışmalı bir başka sözleşme "kredi açma sözleşmesi"dir. Bu konudaki görüş ayrılıkları 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; **Larenz/Wolf**, 9.A., § 23, N. 17 vd.

65) Bununla beraber, kanunun veya ilgili kuruluşun statüsünün oybirliği aradığı özel durumlar da bulunabilir.

yapılacak hukukî işlemin dayanacağı temeli hazırlar. Dış ilişkide bu işlemi yapmak söz konusu topluluğun yetkili temsilcisine veya organına düşer.

37 Durumu bir örnek ile izah edelim: X Derneğine, taşınır bir malını satmak isteyen A, yaptığı icap ile ilgili olarak dernek Yönetim Kurulunun ne karar alacağını çok merak ettiği için, dernekte görevli hizmetlilerden birinden toplantıyı kapıdan dinlemesini ve sonucu kendisine telefonla bildirmesini rica etmiştir. Yönetim Kurulu oybirliği ile icabın kabul edilmesini kararlaştırıyor. Kapıdan oylamanın sonucunu dinleyen hizmetli, A'ya telefon ederek durumu haber veriyor. A, sözleşmenin kurulmuş olması sebebiyle sevinmekte haklı sayılabilir mi? Hayır, bunun için vakit çok erkendir! Dernek Yönetim Kurulu'nun A'nın teklifini uygun bulan kararı, bir *kabul* beyanı değildir. Bu karar sadece *dernek içi ilişkide* hüküm doğurur. Sözleşmenin kurulması için, bu karara dayanarak derneğin yetkili organının veya derneği temsil yetkisine sahip kişinin *dış ilişkide* A'ya bir kabul beyanında bulunması, hatta bu beyanın A'ya varması şarttır. Üstelik dernek için, söz konusu kabul beyanını BK. m. 9'da öngörülen sınırlar içinde geri alarak, bu aşamada bile sözleşmenin kurulmasını engellemek imkânı açıktır.

III. Hukukî İşlemin Doğurduğu Hukukî Sonuçlara Göre Çeşitleri

Bu açıdan hukukî işlemler, özellikle şu ayrımlara tabî tutulabilir:

1 — Sağlar arası ve ölüme bağlı hukukî işlemler,

2 — Kişiye ilişkin (malvarlığı dışı) ve malvarlığına ilişkin hukukî işlemler,

3 — Borçlanma (taahhüt) işlemleri ve tasarruf işlemleri,

4 — Kazandırma kavramının içinde yer alan kazandırıcı işlemler.

Biz, bilinenleri tekrar etmemek için, sadece *kazandırma* ve *kazandırmanın hukukî sebebi kavramları* üzerinde biraz durmak ve bu vesile ile BK. m. 17'de düzenlenen soyut (mücerret) borç sözleşmelerini incelemek istiyoruz.

1. Kazandırma Kavramı[66]

a. Genel Olarak

38 Kazandırma öyle bir fiildir ki, bununla bir kimse malvarlığından veya çalışma gücünden diğerine *malvarlığına ilişkin* (= mâmelekî) *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 malvarlığından bir şey çıkmasına engel olunması şeklinde kendini gösterir.

Kazandırma, hukukî işlemler alanını aşan, daha geniş bir kavramdır. Çünkü bir kimse hukukî işlem niteliğini taşımayan bazı hukukî fiillerle de kazandırma yapabilir. Örneğin, *maddî bir fiil* de kazandırma teşkil edebilir. MK. m. 775'de düzenlenen işleme (hukukî tagyir) halinde, emeğin değeri işlenen şeyin değerinden az ise, mal şeyin mâlikine ait olacak, böylece işleyen maddî fiili ile ona bir kazandırmada bulunmuş sayılacaktır.

Bunun dışında, kazandırma özellikle hukukî işlem yolu ile yapılır. Bu gibi hukukî işlemlere kazandırıcı işlem diyoruz. Bundan böyle kazandırma derken de, ayrıca belirtmedikçe, sayıları veya önemleri nispeten az diğer ihtimalleri bir yana bırakıp, sadece hukukî işlem niteliği taşıyan kazandırmaları göz önünde tutacağız.

Kazandırıcı işlem bir tasarruf işlemi olabileceği gibi, bir borçlanma işlemi de olabilir. Satıcı B, alıcı A'ya satış konusu menkul malı teslim ettiği vakit (bunu *aynî sözleşme + teslim* diye anlamak gerektiğini daha önce gördük), A'ya malın mülkiyetini kazandıran bu işlem tasarruf işlemi niteliğinde bir kazandırmadır. Aynı şey, A'nın B'yi borcundan ibra etmesi (ibra sözleşmesi) hali için de söylenebilir. Fakat, bir borçlanma işlemi de kazandırıcı bir işlem niteliğini taşıyabilir. Bir satış sözleşmesi ile hem satıcı alıcıya, hem de alıcı satıcıya bir kazandırmada bulunmuş olurlar. Çünkü, satıcı bu yoldan *alıcıya* şeyin teslimini ve mülkiyetini geçirilmesini istemeye, alıcı ise *satıcıya* satış bedeline (semene) ilişkin birer *alacak hakkı* kazandırmışlardır. Bir bağışlama vaadi sözleşmesinde ise, sadece bağışlayan bağışlanana (yine ona bir alacak hakkı kazandırmak suretiyle) bir kazandırmada bulunur.

b. Bazı kazandırma çeşitleri[67]

aa. İvazlı (= karşılıklı) ve ivazsız (= karşılıksız) kazandırmalar

Kazandırmayı yapan kişi, karşı tarafa sağladığı malvarlığı menfaati karşılığı 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, gerekse alıcının satıcıya yaptığı kazandırma) ivazlı sayılır. Zira, taraflardan her biri, elde ettiği alacak hakkı karşılığı diğer tarafa karşı bir borç altına girmektedir. 39

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 fedakârlık altına girmiyorsa, kazandırma ivazsızdır (Bağışlama vaadinde olduğu gibi).

bb. İştirakli (katılmalı) kazandırmalar[68]

40 İvazlı kazandırmaların özel bir çeşidi sayılabilecek bu gibi durumlarda, A, B'ye bir kazandırma yapıyor (özellikle bir edim yükümlülüğü altına giriyor), buna karşı B'nin kazancına belirli bir nispette katılma hakkını elde ediyor.

Bu gibi iştirakli (katılmalı) kazandırmaların doğrudan doğruya kanun tarafından düzenlenmiş bazı çeşitleri vardır. Örneğin, hizmet sözleşmesine ilişkin BK. m. 323/II'ye göre "Ücretle birlikte *kârdan bir hisse verilmesi* mukavele edilmiş ise iş sahibi işçiye yahut onun yerine iki tarafın veya hâkimin tayin ettiği bigaraz kimseye kâr ve zarar hakkında muktazi mâlûmatı vermeye ve lüzumu olan hesap defterinin muayenesine müsade etmeğe mecburdur" (iştirakli hizmet sözleşmesi). Hasılât kirası sözleşmesinin de iştirakli olarak yapılabilmesi BK. m. 270/II'de öngörülmüştür. Maddeye nazaran "Kira, ya nakit yahut devşirilecek semere veya hasılâtın bir hissesi olabilir; ikinci surete *iştirakli kira* denir." Bunun gibi, bir neşir (= yayın) sözleşmesinin de (BK. m. 372 vd.) iştirakli olarak yapılması düşünülebilir. Yayınlayan (nâşir), yayınlatana (yazara) eserinin satışından elde edilecek kazanç üzerinde bir pay tanımışsa durum böyledir[69].

2. Kazandırmanın Hukukî Sebebi (Causa)[70]

a. Hukukî sebep (Causa) kavramı ve çeşitleri

41 Bir kazandırma sırf karşı tarafa bir malvarlığı menfaati sağlamak (sırf kazandırmak) için yapılmaz. Her kazandırma onun yapılmasına yol açan bir *amaca (gayeye)* dayanır. Kazandırma ile takip edilen amacın da, başka bir amaca erişmek için bir vasıta olarak istenmiş olması mümkündür. Böylece her kazandırmanın arkasında birbirini takip eden çeşitli 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, II, s. 145; **Oser/Schönenberger**, Vorbem. zu Art. 1-40, N. 59.

69) **Enneccerus/Nipperdey**, § 147, V, s. 914.

70) Bkz. ve krş. **v. Tuhr**, AT, § 72, s. 62 vd.; **v. Tuhr/Peter**, § 26, II, s. 200 vd.; **Jäggi**, 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.

başka işte yardımcı olabileceği düşüncesi ile) minnettar bırakmak istemektedir.

Kazandırma ile *doğrudan doğruya* takip edilen, kazandırmaya *hukukî karakterini veren* (yani ona uygulanacak hukuk kurallarını tâyin eden) tipik amaca *hukukî sebep* adı verilir. Ancak burada tarafların bir taraflı amaçları (gayeleri) değil, üzerinde (sarih veya zımnî olarak) *anlaştıkları* amaç esas tutulur (*sebep anlaşması* = kazandırmanın amacına ilişkin anlaşma)[71],[72].

Kazandırmanın hukukî sebepleri, Roma Hukukundan gelen bir ayrım esas alınarak, genellikle üç gruba ayrılır: 42

1 — *Alacak veya iktisap* (= kazanma, edinme) sebebi (*causa credendi* veya *acquirendi*).

2 — İfa sebebi (*causa solvendi*)

3 — Bağışlama sebebi (*causa donandi*).

İktisap (veya daha dar bir ifade ile *alacak*) sebebi halinde A, B'ye, onun da kendisine bir kazandırma yapması amacı ile, başka bir deyişle girıştiği fedakârlık karşılığı mukabil bir hak veya menfaat elde etmek üzere (taraflar bu konuda anlaşıyorlar) bir kazandırmada bulunuyor. Bir satış sözleşmesinde satıcının alıcıya, alıcının satıcıya yaptığı kazandırmalar (her ikisinin de malvarlığında diğerine karşı öne sürülebilecek bir alacak hakkı doğuyor) buna iyi bir örnek olabilir. A, B'ye yüz bin lirayı ödünç olarak verdiği zaman da durum böyledir. Böylece A, bir yandan B'nin malvarlığında bir artma sağlarken, diğer yandan B'ye karşı, verdiği parayı geri almak üzere bir alacak elde ediyor, bu nokta tarafların amaç (gaye) anlaşmasına konu oluyor.

İfa sebebi, özellikle tasarruf işlemlerinde karşımıza çıkıyor ve yapılan kazandırmanın amacının önceden mevcut bir borcu yerine getirmek olduğu hususunda tarafların anlaşmış bulunduğunu ifade ediyor (A, satış sözleşmesi ile borçlandığı halıyı alıcı B'ye teslim ettiği vakit, bu tasarruf işlemi ifa sebebi ile yapılıyor)[73].

Bağışlama sebebinde ise, bir borcun ifası veya kazandırma yapanın

---

71) İstisna olarak, bazen, bir taraflı hukukî işlemlerde, kazandırmayı yapanın hukukî sebebi de *bir taraflı* olarak tayin etmesi mümkündür. Örneğin,vakıf kurma işleminde, ilân yolu ile ödül (mükâfat) vaadinde (BK. m. 8), bir vasiyetname ile yapılan ölüme bağlı kazandırmada vs. durum böyledir (**v. Tuhr**, AT, § 72, III, s. 80-81). Burada verilen ilân yolu ile ödül vaadi örneği, bunu bir taraflı bir hukukî işlem sayan hâkim görüşe dayanıyor.

72) Hukukî sebep kavramına ilişkin, bizim katılmadığımız bir başka anlayış için bkz. **Creutzig**, not 70'de age, s. 106 vd. ve oradaki yollamalar.

73) "Teslim" derken "aynî sözleşme + teslim"i kastettiğimizi tekrar hatırlatmak isteriz.

mukabil bir hak elde etmesi söz konusu olmaksızın, sırf karşı tarafa ivazsız (karşılıksız) bir malvarlığı menfaati sağlamak amacı ile hareket ediliyor[74].

Bahis konusu üçlü ayırım (en çok rastlanan, en önemli sayılabilecek causa'ları ihtiva etmekle beraber) *tahdidî* (= sınırlayıcı) değildir. Bunların dışında kalan başka hukukî sebepler de bulunabilir. Örnek olarak *tecdit* (= *yenileme*) *sebebini (causa novandi)* gösterebiliriz. Burada taraflar, yerine yenisini geçirmek üzere eski borcu ortadan kaldırıyorlar.

43 Hukukî sebebi, *saikler*den dikkatle ayırmak gerekir. *Hukukî sebep* belirli tip kazandırmalarda daima aynı kalan, esasen ilgili kazandırmaya hukukî karakterini veren, taraflar arasında uyuşma konusu olmuş tipik amaçtır. Bir satış sözleşmesi ile yapılan kazandırmalarda hukukî sebep daima iktisap (alacak) sebebi, bir bağışlamada hukukî 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'nın B'ye malını satmasına, onun ilerde bu malın fiatının düşeceği yolundaki kanaatı veya üçüncü bir kişinin ricasını yerine getirme amacı yol açmış bulunabilir. Her iki halde de, saikin farklı olması kazandırmanın hukukî 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 hukukî 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, kural olarak, hukukça nazara alınmaz, önem taşımazlar. Bununla beraber, bu kuralın bazı istisnaları vardır[75]:

1 — Taraflardan birinin hukukî işlemi yapmasına sebep olan saik, yine tarafların anlaşması ile hukukî işlemin *şartı* haline getirilmiş olabilir. (BK. m. 149 vd.). A, İstanbul'a tayin olacağı kanaati ile B'nin evini kiralarsa, A'nın bahis konusu saiki hukukî işlemin hükümleri üzerinde bir rol oynamaz. A ile B anlaşarak, kira sözleşmesinin hüküm doğurmasını A'nın İstanbul'a tâyin edilmesine bağlarlarsa (şartlı kira sözleşmesi) durum değişir.

2 — *Hile* (aldatma) ve *ikrah* (korkutma) (BK. m. 28, 29) hallerinde, hukuk düzeninin uygun bulmadığı saiklerin etkisi altında yapılan hukukî işlem iptal edilebilir.

---

74) *Bağışlama sebebine çok yakın 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. Tuhr**, AT, § 72, II, 3, s. 75; **v. Tuhr/Peter**, § 26, II, 3, s. 192).

75) **Lehmann**, § 25, III, 2. a, s. 147; **v. Tuhr/Peter**, § 36, II, s. 300.

3 — Alelâde saik hataları, hukukî işlemin geçerliliği üzerinde etkisiz oldukları halde, bahis konusu saik hatası BK. m. 24/I, b. 4 anlamında bir *temel hatası* niteliğini kazanmışsa durum değişir. Zira temel hatası yapılan işlemin iptalini mümkün kılan esaslı bir hata sayılmıştır.

b. Sebebe bağlı (illî) ve sebepten mücerret (soyut) kazandırmalar

aa. Genel Olarak

Taraflarca takip olunan ve üzerinde uyuşulan hukukî amaç (gaye), kazandırmayı içeren hukukî işlemin bir parçası (cüzü) haline getirilmişse, kazandırma *sebebe bağlıdır* (illîdir). Bu durumda kazandırmanın geçerli olması ve hüküm doğurması için, geçerli bir hukukî sebebin mevcut olması şarttır. 44

Buna karşı hukukî sebep, kazandırmayı içeren hukukî işlemin (geniş anlamda) olgusundan çıkarılmış, kazandırma hukukî sebepten soyutlanmış olabilir. Bu gibi, hukukî sebebi göstermeyen, ondan ayrılmış bulunan kazandırmalar mücerrettir (soyuttur). Öyle ki, kazandırma geçerli bir hukukî sebep bulunmasa bile geçerli olur ve hüküm ifade eder. Ancak karşı tarafın bu yoldan elde ettiği malvarlığı menfaati geçerli bir hukukî sebebe dayanmadığından "sebepsizdir" ve kazandıranın 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 borç sözleşmelerini ele alalım. Bunlarda hukukî sebep bizatihî sözleşmenin içinde, kendindedir[76]. Satıcı A, şeyi B'ye onun semen borcu karşılığı (iktisap veya alacak sebebi), B'de satış bedelini A'ya onun şeyi kendisine devretme borcu karşılığı (yine iktisap veya alacak sebebi) borçlanmışlardır. Aynı şey kira örneği üzerinden tekrar edilebilir. 45

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 üzerinde uyuşulan alacakların hukuki sebebi her zaman tümü ile sebebe bağlı işlemin kendisidir (Ayrıca krş. **Schwarz**, s. 284; **v. Tuhr/Peter**, § 32, I, s. 266). – Öyle sanıyoruz ki, gerçekte, *borç sözleşmesinin* değil, borç sözleşmesi ile yapılan *kazandırmanın* veya kazandırmaların hukukî sebebinden bahsetmek daha doğru olur (Ayrıca bkz. **Carbonnier**, Droit civil, tome 4, Les Obligations, 16. éd., Paris, 1992, s. 125). İki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede, bu sözleşme ile taraflardan her biri diğerine borçlanarak ona bir kazandırma yapmış durumdadır.

lira borçluyum" demekle yetindiğini farz edelim. Bu örnekte, B'yi A'ya karşı bin lira borç altına sokan borç sözleşmesinin[77] hukukî sebebi belli değildir. B, örneğin daha önce yaptıkları satış sözleşmesinden doğan semen borcu dolayısıyla veya A'dan aldığı ödünç karşılığı bu senedi düzenlemiş olabilir yahut söz konusu senet bir bağışlama taahhüdünü içerebilir. Böyle hukukî sebebi göstermeyen, hukukî 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 yararı, ihtilâf halinde, alacaklıya borca esas olan hukukî sebebi ispata mecbur olmadan, sırf bahis konusu borç senedine dayanarak dâva açmak imkânını bahşetmesidir. Hukukî sebebi ve bunun geçerli olmadığını ispat borçluya düşmektedir[79]. Örneğin, davacının başka bir şeyi ispat etmesine gerek bulunmaksızın sadece soyut borç ikrarına dayanarak açtığı bir davada, davalı, önce bu ikrarın hangi hukukî sebebe dayandığını (yerine göre bir satış, kira, ödünç sözleşmesi veya bir başka ilişki olabilir) ispat ettikten sonra, *bu sebebe dayalı* olarak tüm itiraz ve defileri (sözleşme hukuka veya ahlâka aykırıdır, muvazaalıdır, sözleşmede şekil eksikliği vardır, zamanaşımı süresi geçmiştir biçimindeki savunmalar birer örnek olarak gösterilebilir) öne sürmek imkânını 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/Altop**, s. 137). Buna karşı, bazı İsviçreli yazarlara göre, burada bir sözleşme değil sadece borçlunun bir taraflı bir beyanı söz konusudur (**Gauch/Schluep/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 ödenmesini de taahhüt etmek (yani tanınan borcun gereğini yerine getirmeyi vaat etmek) anlamını da taşıdığından, bu ayrım pratik bir değer taşımaz ve her iki halde de BK. m. 17 hükmü uygulama alanı bulur (Özellikle bkz. **E. Muster**, La reconnaissance de dette abstraite, Genève, Zürich, Bâle, 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 Kararına göre "...Eğer borcun sebebi tâyin olunmamış ise, müddeaaleyh evvelâ ikrarın bir sebebi *muayyeni bulunduğunu, saniyen bu sebebin tahakkuk etmediğini* isbat hakkını haizdir." Ancak yerleşmiş Yargıtay içtihatlarına göre "her iki 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.

Davalının hukukî sebebi bir yana bırakıp, "dava konusu borç ikrarı benden ikrah (tehdit) yolu ile alındı" veya "bu borç ikrarını imzalayıp verdiğim sırada ayırt etme (temyiz) gücünden yoksun bulunuyordum" şeklinde *doğrudan doğruya borç ikrarına yönelik* savunmalar yapması da mümkündür[80].

Acaba soyut borç sözleşmesinin mutlaka *yazılı* biçimde düzenlenmesi şart mıdır? BGB §§ 780-781, elektronik şekle başvurulmasını açık biçimde yasaklayarak, yazılı 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 için herhangi bir şekle ihtiyaç vardır" gerekçesiyle yazılı şekli şart koşuyor[81]. 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 mutlaka yazılı şekle uyma zorunluluğu bulunmadığı kabul ediliyor[82]. Ne var ki, bu fikre göre de, soyut borç ikrarının dayandığı hukukî sebep şekle uyulmayı zorunlu kılmış olabilir. Örneğin soyut borç ikrarı bağışlama sebebiyle yapılmışsa, tıpkı sebebe bağlı bir bağışlama vaadi sözleşmesinde olduğu gibi, BK. m. 238/I hükmü uygulanır ve yazılı şekil zorunlu olur[83]. Bizce, *de lege ferenda*, tıpkı Alman 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. 46

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 mücerretliğini (soyutluğunu)* ifade etmekten öteye geçmemektedir[84]. 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 değerin 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 théorie de l'obligation abstraite et la reconnaissance de dette non causée en droit suisse, Genève 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/Altop**, s. 140-142; **Tandoğan**, Notions, s. 101;

kını ileri sürmek için sadece bu borç ikrarına dayanarak davasını açabilmekte, böylece hukukî sebebi ispat külfetinden kurtulmakta, tam tersine geçerli bir hukukî sebebin bulunmadığı borçlu tarafından ispat olunmak gerekmektedir. Borçlu bunu ispat etmeğe muvaffak olursa, alacaklının dayandığı alacağın hükümsüz olduğu tespit olunacaktır. Görüldüğü gibi, *bu görüş açısından, BK. m. 17, borcun sebebini bildirmeyen bir borç ikrarında, aksi borçlu tarafından ispat edilmedikçe, haklı ve geçerli bir hukukî sebebin bulunduğunu karine olarak kabul etmekten başka bir şey yapmamaktadır*[85]. Ortada sadece bir ispat sözleşmesi vardır.

Bu görüş çerçevesinde, hâkim dâva 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 bölümününe 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 borcun 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 (hukukî sebebe) bağlı yeni bir borcun doğumuna imkân 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* (= ihdasî) bir nitelik tanıyor[87]. Buna nazaran, soyut borç ikrarı ile birlikte, *temel borç ilişkisinden doğmuş alacağın* yanında, onunla *yarışan* (= telâhuk eden), *temel alacaktan bağımsız yeni bir alacak* kurulur[88]. Bu görüşün doğal bir sonucu olarak, temel borç ilişkisi geçersiz bile

---

Esener, Türk Hususî 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/Jäggi**, Art. 17, N. 13 vd.; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1181; **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 hukukî sonucu meydana getirmeye yönelmiş birden fazla hakkın yan yana bulunması halinde *hakların yarışması* (= telâhuku) söz konusu olur. Yarışma 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 yarışmasından* 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 mâlik A'nın, kira

olsa, soyut borç ikrarı geçerliliğini korur. Ortada sadece alacaklının malvarlığında sebepsiz iktisaba yol açan geçerli bir alacak hakkı vardır. Bu yüzden, birinci görüşten farklı olarak, hâkim durumu dava dosyasından öğrense bile bunu re'sen gözönünde tutup davayı reddedemez[89].

İnceleme konusu yaptığımız ikinci görüş açısından ilk akla gelen soru şu olacaktır: Soyut borç ikrarı ile yeni ve bağımsız bir alacak kurulduğuna göre, bu alacağın eskisinin yerine geçtiği, yani bir tecdit (= yenileme) yoluna gidildiği söylenemez mi? B, A'ya aralarındaki satış ilişkisi sebebiyle on bin lira borçlu olsun. O, A'ya karşı soyut bir borç ikrarında bulunduğu zaman, bu ikrar ile kurulan on bin liralık yeni alacağın, temel borç ilişkisinden doğan on bin liralık alacağı düşürüp onun yerine geçtiği düşünülemez mi? Bu, şüphesiz, imkân 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 akdolunan mukaveleler muteberdir."*

Şu halde, açıkça aksi kararlaştırılmamışsa, mevcut borç için soyut bir borç senedi verildiği zaman, bu, *ifa uğruna (ifa amacı ile)* verilmiş sayılacak[90]; alacaklının, borçluya karşı biri temel ilişkiden, diğeri soyut borç ikrarından doğan ve yarışan iki alacak hakkı bulunacaktır. Ancak, taraflar ara-

---

sona erince malını B'den geri almak için yarışan talep hakkı vardır: Borç (kira) ilişkisinden doğan talep hakkı (BK. m. 266/I) ve mülkiyet hakkından doğan istihkak talebi (MK. m. 683). A, kiradan doğan talep hakkını öne sürüp malı geri alınca diğer talep hakkı da düşer. – Taleplerin yarışması kavramına karşı, özellikle modern Usul Hukuku prensipleri açısından **Larenz**'in yönelttiği eleştiriler için bkz. **Larenz**, AT, s. 266-267; **Kocayusufpaşaoğlu**, Annales, 12. Année, tome XIII, No. 19, 1963, s. 116 vd. daki yazı.

89) Bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 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 anlaşırlarsa, *ifa yerine edim (datio in solutum)* durumu vardır. Örneğin, bir otomobil teslim etmesi gereken borçlu, tarafların anlaşması ile 40.000 lira veya değerli bir halı vererek borcundan kurtuluyor. *İfa uğruna (amacı ile)* edim halinde durum farklıdır. Bu halde, yine tarafların anlaşması ile, borçlu alacaklıya borç konusu edim dışında kalan bir şey veriyor (örneğin, 40.000 liralık 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, devredilen alacak Ü'den tahsil ediliyor) gerekiyor. Alacaklı, verilen örnekte ifa uğruna verilen otomobili 30.000 liraya satarsa, B'nin borcu da ancak 30.000 lira nispetinde düşecektir. Aynı satıştan alacaklı 50.000 lira elde etseydi, alacağını aşan kısmı borçluya geri vermesi icap edecekti (Bkz. **v. Tuhr/Escher**, § 56, s.11 vd.; BK. m. 170). – *İfa yerine 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) girişilen soyut borç ikrarının amacından şu sonuca varmak gerekecektir: Alacaklı, alacağını elde etmek için *önce* soyut borç vaadine dayanmak zorundadır. O, bu alacağı kullanmadan, doğrudan doğruya temel ilişkiden doğan alacağını takip ederse, borçlu kendisine karşı *geciktirici bir defi* ileri sürmek hakkına sahiptir[91].

Alacaklı, *soyut alacağını* elde edince, temel ilişkiden doğan alacak da düşer. Bu sonuç, soyut alacağın hukukî 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 hukukî sebepten soyutlanarak kurulmuştur. Kural olarak, geçerli bir hukukî sebebi bulunmadığı veya hukukî sebebi gerçekleşmediği zaman da (borçlunun sebepsiz iktisap talebi saklı kalmak üzere) mevcuttur. Aynı şekilde, ifa yolu ile temel alacağın düşürülmesi suretiyle hukukî sebebi sonradan ortadan kalksa bile, geçerli olarak kalır[92]. 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 dâva ettiği zaman sebepsiz iktisap define dayanması imkân dahiline girer[93]. Bütün bu anlatılanlardan da, temel ilişkiden doğan alacak hakkı ile soyut alacak hakkı arasındaki yarışmanın tam değil *eksik bir yarışma* olduğu sonucu çıkar[94].

50 Türk öğretisinde hayli taraftar toplayan ikinci görüşün kanunda kendisine açık bir dayanak bulduğunu belirtmek icap eder[95]. Gerçekten Borçlar Kanununun sebepsiz iktisaplarla ilgili 66. maddesinin 2. cümlesi aynen şöyle demektedir:

> *"Eğer mal iktisabı mutazarrır olan taraf aleyhinde bir borç teşkilinden ibaret ise mutazarrırın hakkı müruru zaman ile sâkıt 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 hukukî 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) **Sungerbey**, not 70'de age., s. 91; **v. Tuhr/Escher**, § 56, II, s. 13.
92) **Sungurbey**, not 70'de age, s. 91.
93) **Schwarz**, s. 286-287; **v. Tuhr/Peter**, § 32, III, s. 270.
94) **Sungurbey**, not 70'de age, s. 91. Ayrıca bkz. **v. Tuhr/Escher**, § 56, not 20.
95) Bu görüş taraftarlarının, soyut borç ikrarının kurucu olduğunu ispat için dayandıkları en başta gelen gerekçe budur.

talebi zamanaşımına uğrasa bile (BK. m. 66/c. 1), o, kendisinden bu alacağı isteyen alacaklıya karşı her zaman *sebepsiz iktisap defini* (daimî=sürekli defi) öne sürüp ifadan kaçınabilecektir. 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 hukukî 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 ikrarının geçerli olduğunu belirtmekte, fakat bundan söz konusu ikrara hangi sonuçların bağlanması gerektiği anlaşılmamaktadır. Borçlar Hukukumuzun temel ilkesi olan "sözleşme serbestisi" (BK. m. 19/I) 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 düzenleyebilir[96]. Bu ikinci yol tercih edildiği zaman, BK. m. 66/c. 2 hükmü uygulama alanı bulacağından, bunun ölü bir hükme dönüştüğünden söz etmek imkânı da hiç kuşkusuz kalmaz. 51

Bu görüşün biraz değişik bir versiyonuna göre[97], 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 miktarı taraflar arasında ihtilâflı veya kuşkulu ise*, borçlu (sulh sözleşmesindeki duruma benzer biçimde) söz konusu ihtilâflı veya kuşkulu durumu ortadan kaldırmak için, tecdit (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 hukukî sebebini temel borç ilişkisinde değil, bizzat kendi içinde, yani doğrudan doğruya borç ikrarına ilişkin irade beyanının temelinde yatan "alacaklının alacağını her türlü kuşkudan arındırılmış olarak tahsil etmesini emniyete almak ve kolaylaştırmak amacında" aramak gerekir[98]. Bir 52

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-

olayda, bu iki ihtimalden hangisinin gerçekleştiği tereddüt uyandırıyorsa, asıl olan çözüm, borç ikrarının kurucu değil sadece bildirici bir nitelik taşımasıdır, yani yukarıda birinci ihtimal çerçevesinde açıklanan çözümdür[99].

53 Şu noktayı eklemek gerekir ki, (ister birinci ister ikinci görüş anlamında olsun) bütün sebepsiz borç ikrarlarında ispat soyutluğu vardır. Zira böyle bir borç ikrarına dayanan alacaklı, hukukî sebebî ispat külfetinden kurtulmuş olup, hukukî 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 maddî anlamda soyut, temel borçtan bağımsız yeni bir borcun doğumuna ilişkin (bu hukukî sonuca yönelmiş) açık veya örtülü irade beyanlarının bulunması gerekir. Bu durum karşısında soyut borç ikrarlarının, bizce de ilke 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 göstermeksizin yapılan borç ikrarındaki soyutluk üç biçimde gerçekleşebilir[100]:

— *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 defilere ilişkin soyutluk:* Bununla, soyut borç ikrarı düzenleyen borçlunun bu yoldan temel ilişkiden doğmuş tüm defi haklarından veya bunların bir bölümünden vazgeçmesi anlaşılmaktadır[101]. 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 görüş (bkz. yukarıda N. 48) açısından, temel borç geçersiz ise, borç ikrarından doğan borç da geçersiz olur. Oysa, bu yoldan doğan yeni borcun hukukî sebebini temel ilişkide görmeyen (bizim katılmadığımız) **Krauskopf**'un görüşü açısından, borç ikrarı sonucu doğan borcun hukukî 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 (şartları 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 "itirazları"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 halde, durumu bile bile semen borcu için soyut borç ikrarında bulunmuştur. Bu ihtimalde, B'nin ayıp hükümlerinin kendisine bahşettiği tüm savunma araçlarından (defilerden) feragat ettiği söylenebilir[102]. Ne var ki, gerek öğreti gerekse Federal Mahkeme, böyle bir feragatin karine olarak söz konusu olamayacağını, bunun belirli bir defi hakkına yönelik olarak hal ve şartlardan açık biçimde anlaşılması gerektiğini yerinde olarak kabul etmektedir[103]. Böylece, (feragatin kabul edilebileceği durumlarda) hukukî sebebi göstermeyen bir boç ikrarının arkasında, borçlunun bazı defi haklarından yoksun kaldığı bir temel borç ilişkisi (hukukî sebep) yer almakta ve bu durum, yoksun kalınan defiler soyut borç ikrarına yansımadığı için (çok tartışma götürür biçimde) özel bir soyutluk hali olarak nitelendirilmek istenmektedir[104]. Şurasını ekleyelim ki, temel ilişkiye yollama yapmak suretiyle, bu ilişkiden doğan defilerden vazgeçilmesine ilişkin bir kayıt borç ikrarında yer alıyorsa, artık bu ikrarın soyutluğundan söz etmeye imkân kalmayacağı çok açıktır.

Soyut borç ikrarı *kurucu* olduğu zaman, karşımıza (sırf ispat soyutluğunu öngören görüş çerçevesinde hiçbir zaman söz konusu olamayacak) şu problem çıkar: Temel borç ilişkisi, konusunun *kanuna* veya *ahlâka aykırı* olması yüzünden BK. m. 20 uyarınca bâtıl ise, yine de alacaklının borçluya karşı bir soyut alacak hakkı elde ettiğinden bahsedilebilecek midir? Bu meseleyi aşağıdaki iki görüşten birine göre çözüme bağlamak imkânı vardır: 55

— *Birinci görüş: v. Tuhr*'a göre[105], hukukî sebep (burada, temel borç ilişkisi anlamında), konusunun kanuna veya ahlâka 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 ahlâka (âdaba) 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, hâkim tarafından re'sen göz önüne alınabilecek olan itirazlardan vazgeçmenin ilke olarak hukukî bir değeri olamaz. Örneğin, temel ilişkiden doğan borcun hukuka veya ahlâka aykırı olması hallerinde, hukuka veya ahlâka 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/Jäggi**, 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.II.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 ahlâka aykırılık hallerinde böyle bir taahhüdün geçerli sayılması çok zordur.

105) **v. Tuhr/Peter**, § 32, III, s. 271.

mez. Çünkü bu madde, hukuka veya ahlâka 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 hükme rağmen borçlu, alacaklıdan sebepsiz iktisap talebi (ve dâvası 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 âdi borç veya kambiyo senedi üçüncü bir şahsa devredilmiş olsa bile bunlara müsteniden hiçbir kimse bir hak talep edemez."

Görüldüğü gibi, kumar ve bahis "borçları" için düzenlenen soyut borç ikrarlarında, *kanun, soyutluk kuralını bir yana bırakmış ve temel ilişkideki 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 hâkim böyle soyut bir alacak dâva edildiği zaman dâva malzemesinden (dosyadan) bunun arkasında bir kumar veya bahis ilişkisinin yattığını görürse, dâvayı *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 ahlâka 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 taşısın 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 tellâllığından doğan borçlar sebebiyle kurulan soyut alacağı bâtıl (kesin hükümsüz) sayması doğru değildir. Bu durumda, sadece temel borç ilişkisine ait *doğal borç* niteliği aynen soyut alacak hakkına da geçer (Özel olarak bkz. **Schönenberger**, 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 başlar[107]. Hiç kuşkusuz, bu sonucun gerçekleşebilmesi için, soyut borç ikrarının hangi temel ilişkiden doğan borcu karşıladığı ispat edilmiş olmalıdır.

cc. Sebebe bağlı ve soyut tasarruf işlemleri

Gerek Ortak Hukukta (Pandekt Hukukunda) gerekse Alman Hukukunda hâkim olan görüşe göre, tasarruf işlemleri prensip olarak soyuttur. İsviçre-Türk Hukukları için böyle genel bir kural kabul etmek imkânı olmamakla beraber, soyutluğa bu alanda borçlanma (taahhüt) işlemlerine nazaran daha sık rastlanabileceği söylenebilir. 57

> İsviçre'de, yeni eğilimler, alacağın temliki de dahil olmak üzere, tasarruf işlemlerini sebebe bağlı olarak görmek biçimindedir. Ancak bu konu çok tartışmalıdır[108].

Tasarruf işleminin sebebe bağlı veya soyut olmasından ne anlaşılır? Tasarruf işlemi sebebe bağlı ise, onun geçerli olması borçlanma işlemi niteliğindeki 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 açıklayalım: İsviçre-Türk Medenî Kanunlarında, bu işlemin illî mi, soyut mu olduğunu gösteren açık bir hükme kanunda rastlamak imkânı yoktur. Bu sebeple mesele çok tartışmalıdır. Yalnız İsviçre'de, Federal Mahkeme bir kararı ile (yerinde olarak) illîliği kabul etmiş, o zamandan beri de gerek İsviçre uygulaması, gerekse doktrindeki büyük çoğunluk illîlik (sebebe bağlılık) tezi lehine cephe almışlardır[109]. Türk Hukukunda konu henüz açık bir sonuca bağlanmış değildir.

Bahis konusu tasarruf işleminin *illî* (sebebe bağlı) olduğu kabul edilecek olursa, satış sözleşmesindeki butlan tasarruf işlemine de bulaşacak, onu da hükümsüz kılacaktır. Bu yüzden, (üstün tuttuğumuz bu görüşe göre) yapılan tasarruf işlemi alıcıya mülkiyeti geçiremeyecek, alıcı malı teslim aldığı halde onun mâliki olamayacaktır. Satıcı, bu durumda (mülkiyet kendisinde kaldığı için) istihkak dâvası açarak (MK. 683/II) malını geri istemek hakkına sahiptir.

Buradaki tasarruf işlemine sebepten *mücerret (soyut)* gözü ile bakılırsa sonuç değişir. Satış sözleşmesindeki butlana rağmen, aynî 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, 11. Bası, İstanbul 2006, s. 572 vd.

teslim ile *malın 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 mâlik kalmakta, herkese karşı öne sürülebilecek aynî hakkını muhafaza etmektedir. Soyutluk görüşünde ise, mülkiyet alıcıya geçmiştir. Satıcının, yalnız alıcıya karşı öne sürülebilecek sebepsiz iktisap talebi, *borç ilişkisinden doğan (nisbî) bir hak* olmaktan öteye geçmemektedir.

Şurasını ekleyelim ki, *taşınmazlar* üzerindeki aynî hakların (özellikle mülkiyet hakkının) kazanılmasını sağlayan tasarruf işlemlerinin *sebebe bağlı* olduğu kanun tarafından açıkça kabul edilmiştir[110]. Bu yüzden, bu alanda tartışmaya yer kalmamıştır.

§ 12. Hukukî İşlemin Temel Unsuru Olarak İrade Beyanı Kavramı[1]

I. Genel Olarak

1 Hukuk, kural olarak, ne olduğu bilinmeyen iç iradeye değil, bunun dış âleme yansımış şekline önem verir ve hüküm bağlar. Şu halde esas olan (iç) irade değil, *irade beyanıdır.*

Dar ve gerçek anlamda irade beyanını şu *unsurlara* ayırabiliriz:

1 — *Beyan:* Bu, dış âlemde kendini gösteren öyle bir hareket tarzıdır ki, iş (alışveriş) hayatındaki görüş ve âdetlere yahut tarafların anlaşmasına dayanarak, bahis konusu hareket tarzından, o hareketi yapan kişinin belirli bir hukukî işlem yapmak iradesinin bulunduğuna 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 sanıldığının aksine, beyan, sadece iç iradeyi dış âleme *bildirmek* için değil, yürürlük nazariyesinin *(Geltungstheorie)* ortaya koyduğu gibi, onu *gerçekleştirmek, 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. **Kocayusufpaşoğlu**, not 1'de age, s. 13 vd.; **Larenz/Wolf**, 9.A., § 24, N. 29 vd.).

a — *Fiil (eylem) iradesi*, yani dış dünyada iradeyi göstermek için yapılan fiile yönelen irade. Örneğin, beyan fiilini teşkil eden sözü söylemeyi, yazıyı yazmayı, baş hareketini yapmayı istemek gibi. 2

b — *Beyan iradesi (veya bilinci)*. Bunu, kişinin iradesini dış âleme aksettirmek ve yürürlüğe koymak arzusu diye ifade edebiliriz *(Beyan iradesi)*. Fakat onun, hareket tarzının hukuken önem taşıyan bir beyan olduğunu, başkalarının kendisinin bu davranışından onda belirli bir hukukî sonuç iradesinin bulunduğu sonucunu çıkarabileceklerini bilmesi de yeter *(Beyan bilinci)*.

c — *Hukukî sonuç iradesi* (*işlem iradesi* de denebilir), beyan sahibinin belirli bir hukukî yahut (hukuken teminat altına alınmış biçimde istenen) ekonomik, sosyal, maddî 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/I gereğince bağışlama vaadi *sözleşmesi* yazılı şekilde düzenlenmek gerekir. Metnin A'nın sekreteri tarafından daktilo edildiğini farz edelim. A'nın bu metni imza için gerekli el hareketini yapmaya yönelen iradesi *fiil iradesini*; hazırlanan metni imzalayarak bağışlama konusundaki iç iradesini dış dünyaya yansıtma 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 girme iradesi ise, *hukukî 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 kabul edilen fikre göre, fiil iradesi bulunmayan durumlarda (örneğin 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, *hukukî sonuç* veya *beyan iradesi* bulunmayan ihtimallerde nasıl bir sonuca varılacağı tartışmalıdır. Bu problemi bir çözüme bağlayabilmek için ise, önce bütün irade beyanlarına hâkim temel prensip olarak, güven ilkesini gözden geçirmemiz icap eder (Bkz § 13).

II. Otomatikleştirilmiş İrade Beyanları

Elektronik bilgi işlem merkezleri tarafından açığa vurulan "irade be- 3

yanları", Borçlar Hukuku anlamında bir irade beyanı sayılabilir mi? Burada kısaca üzerinde duracağımız mesele budur. Olayın özelliği şuradadır: Elektronik bilgi işlem merkezi, önceden programlandığı biçimde, hal ve şartlardaki değişikliklere göre, durmadan yeni şartlara uyan, içeriği değişen mesajlar yollar. Böyle bir merkezi kullanan ve ondan yararlanan kişi, her an, belirli bir irade beyanının yapılıp yapılmadığını, yapılmışsa içeriğinin ne olduğunu ve kime gönderildiğini bilebilecek durumda değildir. O, sadece, elektronik bilgi işlem merkezi vasıtası ile, önceden programlanan biçimde gerçekleşecek somut irade beyanlarının, kendisini bağlamasını kabul etmiştir[4]. Bu durumda, bu şekilde "otomatikleştirilmiş irade beyanları", hukuken, gerçek irade beyanları ile bir tutulabilir mi?

Tartışmalı olmasına rağmen, hâkim görüş, (sözkonusu beyanların özelliklerinin dikkate alınması kaydı ile) bu soruya olumlu cevap veriyor[5]. Buna göre, en girift sistemler dahi, ancak insanlar tarafından ne şekilde programlanmışlarsa o şekilde çalışabilir, kısaca kendilerine verilen programı uygularlar. 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", "hukukî sonuç" ve "beyan" iradelerini açığa vurmuş sayılır.

§ 13. Güven İlkesi Ve İrade Beyanının Unsurlarına İlişkin Eksikliklerin Bu İlke Karşısında Değerlendirilmesi[1]

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 bağlıyabilirler. Bu gibi durumlarda, beyanın nasıl anlaşılacağı sorusu ortaya çıkar. Bu soruya aşağıdaki üç cevaptan biri verilebilir:

---

4) **Kuhn**, Rechtshandlungen 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. **Kocayusufpaşaoğlu**, Güven Nazariyesi karşısında borç sözleşmelerinde hata kavramı, İstanbul, 1968, s.5 vd.; **Meier-Hayoz**, Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss, Aarau 1948, s. 105 vd.

– Bir irade beyanına, beyan sahibi başka, beyan muhatabı olan kişi başka anlam yüklenebilir

1 — *Beyan sahibinin* beyanına verdiği anlam esas alınır.

2 — Tamamen objektif ölçülere göre, *üçüncü bir kişinin* bu beyanı nasıl anlayacağı araştırılır.

3 — *Beyan muhatabının* beyanı nasıl anladığı, anlaması gerektiği esas olarak kabul edilir.

Anılan üçüncü ihtimalde de iki şekilde hareket etmek düşünülebilir. Ya beyan muhatabının fiilen o beyanı nasıl anladığına (*anlam verme prensibi, Deutungsprinzip*), 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 imkân*, gerçekte irade teorisinin bir başka şekilde tekrarından 2
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 olamıyacağı 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 imkân*, klâsik *beyan teorisini* (hiç değilse en saf ve aşırı 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 gözükmüyor.

— *Üçüncü imkânın* birinci şıkkı da, kabulü imkânsız 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.

Gerçekte, her iki tarafın (beyan sahibi ve beyan muhatabı) menfaatleri arasında bir denge kurmak amacını güden güven ilkesine göre, bir irade beyanının ne anlama geldiğini anlamak için, *karşı tarafın* kendisince bilinebilen bütün olguları (hal ve şartları), MK. m. 2/I'de düzenlenen dürüstlük kuralının ışığı altında gereği gibi değerlendirerek bu beyana ne anlam vermesi gerektiğine bakılır. Görüldüğü gibi, korunan karşı tarafın *haklı* güve-

nidir. Onun, yapılan beyanı gerekli özeni göstermeden fiilen yanlış anlamlandırması önem taşımaz. Muhatap, kendisince bilinen veya bilinebilen hal ve şartlar altında, yapılan beyanı o şekilde anlamaya mezun olmalı, onun beyanı bu şekilde anlamlandırması MK. m. 2/I hükmü uyarınca haklı görülebilmelidir.

Burada *karşılıklı gözetme ve bağlılık* esasına dayanan bir ilke söz konusudur. Çünkü bir yandan, karşı tarafın dürüstlük (objektif iyiniyet) kurallarına göre bildiği ve bilebileceği bütün olguları değerlendirerek beyana vermesi gereken anlama haklı güveni korunmakta; diğer yandan da, beyan sahibinin gerekli özeni göstererek formüle ettiği beyanının, makul ve dürüst bir sözleşen tarafından anlaşılması mutat olan biçimde anlaşılacağına dair haklı güveni teminat altına alınmaktadır. Görüldüğü gibi, bu anlayış çerçevesinde, bir yandan beyan sahibi beyanının karşı tarafça nasıl anlaşılacağına; diğer yandan da karşı taraf, beyan sahibinin bu beyanının nasıl anlaşılmasını istediğine dikkat etmek zorundadırlar[1a].

3 Acaba İsviçre öğreti ve içtihatlarında tamamen hâkim olan, bizde de öğretide ve Yargıtay kararlarında[2] yerinde olarak benimsendiği görülen güven ilkesi, irade teorisini tamamen bertaraf eden bir görüş sayılabilir mi?

Bu sorunun cevabını verirken bir ayrım yapmak gerekir[3]:

— *İrade teorisi*, irade beyanının hukukî sonuçlarını doğurmasını (iç) iradeye bağlayan, böyle bir iradenin desteğinden yoksun olan beyana hukukî hüküm tanımayan bir teoridir. Gerçekte, güven ilkesinin hâkim olduğu bir sistemde dahi, *normal* diye nitelenen durumlarda (bir kimse iradesine tamamen uygun bir beyanda bulunuyor) hukukî 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, *tabiî (doğal)* veya *normal* yahut *fiilî uyuşma* biçiminde adlandırılması gerekir.

— Güven ilkesinin önemi, kendisini *anormal* (patolojik, sağlıksız) 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 1'de age, s. 111; **Kocayusufpaşaoğlu**, not 1'de age, s. 9.

2) Türk Hukuku açısından örnek olarak bkz. **Oğuzman/Öz**, 4. Bası, s. 61 vd.; **Eren**, s. 139 vd.; **Karahasan**, TBH, GH, cilt 1, 2003, s. 114; Yarg. 4. HD., 8.11.1984, E. 7125, K. 8253 (**Karahasan**, age, s. 115 vd.).

3) Bkz. **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 309 vd.; **Kramer**, Art. 1, N. 121 vd.; **Kramer**, Grundfragen der vertraglichen Einigung, München 1972, s. 96; **Kocayusufpaşaoğlu**, not 1'de age, s. 11 vd.

teorisine sıkı sıkıya bağlı kalmak ve beyanın her zaman hükümsüz olduğunu söylemek *beyan sahibini* (sanki o yeryüzünde tek başına imiş gibi) aşırı ölçüde koruyan bir düşünüştür. Özellikle alışveriş hayatında, bir muhataba karşı yapılan beyanlarda, *muhatabın* (arkasında bir iç iradenin desteği bulunsun veya bulunmasın) görünüşteki bu beyana haklı güvenini korumak zorunluluğu bütün şiddeti ile kendini hissettirmektedir. Güven ilkesi duruma bu noktada müdahale etmekte ve karşı tarafın haklı güvenini korumak amacı ile, beyan sahibinin sadece *görünüşte bir iradeyi içeren ve gerçek iradesine uymayan beyanına, sanki bu beyan gerçek bir iradeye dayanıyormuş gibi hüküm bağlamaktadır*. Görülüyor ki, bu halde gerçek iradeler arasında bir uyuşma olmadığı halde, bir takım değerlendirmeler sonucu, *normatif* veya *farazî (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 *düzeltmekte, onu tamamlamaktadır*. Böylece, klâsik irade özerkliği prensibi, dürüstlük (objektif iyiniyet) kuralının (MK. m. 2/I) doğal bir sonucu olan güven ilkesi ile sınırlanmış bir şekilde yürürlüğünü muhafaza etmektedir.

İsviçre Hukukunda çok ufak bir azınlık tarafından[4] 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, günümüzde İsviçre'de yayımlanan Borçlar Hukuku eserlerinin büyük çoğunluğunda bu teorinin adına dahi yer verilmemektedir. *Eren*'in bu teoriye ilişkin açıklamaları, bunun neden dolayı böyle olduğunu kuşkuya 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 tekrarından ibarettir. "Farazî 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[5]. 4

II. Hukukî Sonuç İradesinden Yoksun İrade Beyanları

Beyan içeriğine uygun bir hukuki sonuç iradesine dayanmıyor

1. Genel Olarak

Beyan, içeriğine uygun bir hukukî sonuç iradesine dayanmadığı takdirde (örneğin, icapçı A, yanlışlıkla, satmak istediği malın sayısını 1000 yerine 10.000 olarak göstermişse, 10.000'lik beyan buna uygun bir hukukî sonuç iradesinden yoksundur) yukarıda incelenen *güven ilkesi* esasları uygu- 5

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 hakkında ayrıca bkz. **Baumann**, Zürcher Kommentar, Einleitung, I/1, Zürich 1998, Art. 2, N. 85.

A yanlışlıkla satmak istediği mal sayısını 1000 yerine 10.000 olarak göstermişse 10.000'lik beyan buna uygun bir hukuki sonuç iradesinden yoksundur

B'nin kabul cevabı ile sözleşme kurulacak ama A'nın sözleşmeyi hata sebebiyle iptal hakkı saklı kalacak

lanır ve karşı tarafın beyana *haklı güveni* korunur (Verilen örnekte, B'nin kabul cevabı ile sözleşme 10.000 üzerinden kurulacak, yalnız A'nın kurulan sözleşmeyi hata sebebiyle iptal hakkı saklı kalacaktır).

Problemi sözleşmenin kurulması açısından ele alacak olursak, BK. m. 1 gereğince, sözleşmenin meydana gelmiş sayılması için, Fransız Hukukunda olduğu gibi iç iradeler değil, irade *beyanları* arasında uygunluk arandığını görürüz[6]. Diğer yandan BK. m. 23 vd. hükümleri, hata sebebiyle iptal hakkını düzenlerken, bazı istisnalar bir yana, *beyan hatalarını* (beyan sahibi yanılarak iradesine uymayan bir beyanda bulunuyor) prensip olarak *esaslı* (iptal hakkı veren) hatalar olarak ele almışlardır. Hâkim ve pozitif hukukumuz bakımından isabetli olan fikir gereğince, *bir sözleşmenin hata sebebiyle iptal edilebilmesi için, önce kurulmuş (meydana gelmiş) olması gerekir.* Şu halde, hukukî sonuç iradesinden yoksun irade beyanları incelenirken şu sorunun cevaplandırılması hayatî önem taşımaktadır: Güven ilkesi karşısında, bir sözleşme ne vakit (hata hükümleri saklı kalarak veya kalmadan) kurulur, ne vakit hiç kurulmamış sayılır? Başka bir deyimle, ne zaman sözleşmenin kurulmasına ilişkin BK. m. 1 hükmü, ne zaman kurulmuş sözleşmenin hata hükümleri uyarınca iptaline ilişkin BK. m. 23 vd. uygulanır? Aşağıda bu sorunun cevabı verilmektedir.

2. BK. m. 1 ile BK. m. 23 vd. Arasındaki İlişki[7].

Üç ihtimali ayırmak icap ediyor:

6 — **Birinci ihtimal:** *Karşı taraf, beyan sahibinin hataya düştüğünü anlıyor, fiilen anlamasa bile anlaması gerekiyor.* O, ayrıca, beyan sahibi tarafından *gerçekte istenenin de ne olduğunu* bilmektedir veya bilebilecek durumdadır.

Burada bir ayrım yapmak gerekir.

= *Karşı tarafın, beyan sahibinin (beyana yansımamış) gerçek iradesini fiilen anladığı ihtimaller, güven ilkesinin uygulama alanı dışında kalır.* Bu gibi durumlarda, sözleşme BK. m. 18/I uyarınca beyan sahibinin gerçek iradesine uygun biçimde meydana gelir. Söz konusu iradeyi anlayıp kabul beyanında bulunan taraf, sözleşmenin fiilen benimsediği karşı tarafın gerçek iradesine göre kurulmasına rıza göstermiş demektir. Ortada, her iki tarafın gerçek iradeleri arasında tam bir uygunluk, dolayısıyla doğal (normal, fiilî) bir uyuşma vardır[8].

---

6) Özel olarak bkz. BGE 64. II. 9 ve orada anılanlar.
7) Krş. **Kocayusufpaşaoğlu**, not 1'de age., s.123 vd.
8) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 212 vd.

= *Karşı taraf, beyan sahibinin gerçek iradesini fiilen anlamadığı, ancak hal ve şartlara göre gerekli özeni gösterseydi anlaması gerektiği zaman, güven ilkesi uygulama alanı bulur* ve sözleşmeye, yine beyan sahibinin gerçek iradesine göre kurulmuş nazarı ile bakılır. Ne var ki, artık normal (fiilî) değil, normatif (farazî) bir uyuşmadan söz açmak gerekecektir. Zira, karşı taraf kabul beyanında bulunurken başka içerikte bir sözleşmenin kurulacağı kanaati ile hareket etmekte, ancak güven ilkesi gereği, o, beyan sahibinin (fiilen farkına varmadığı) gerçek iradesini *anlaması gerektiği* için, onun "evet" cevabı işte bu iradeye yönelik bir cevap olarak değerlendirilmektedir.

Örnek: A ile B arasında yapılan ve kesin bir sonuca bağlanmayan müzakerelerde, A, B'ye metresi 11,7 liradan kumaş satmayı teklif etmiş, bu fiyattan bir kuruş aşağı inmesine imkân olmadığını bildirmiştir. Bir kaç gün sonra, A, B'ye gönderdiği mektubunda icabını tekrarlıyor ve B'ye düşünüp karar vermek üzere (son defa olmak kaydı ile) beş günlük bir süre tanıyor. Ne var ki, mektupta yanlışlıkla metresi 11,7 lira yerine 1,17 lira üzerinden bir teklif yapılıyor. B'nin kabul haberini göndermesi üzerine, sözleşme 1,17 değil, 11,7 üzerinden meydana gelecektir (Bu örnek yukarıdaki şıklardan her ikisi için de geçerli olabilir).

— **İkinci ihtimal:** *Karşı taraf, beyan sahibinin hataya düştüğünü anladığı veya anlaması gerektiği halde; onun, beyanına uymayan gerçek iradesinin ne olduğunu tespit edebilecek durumda değildir.* Bu gibi çeşitli anlamlara gelen veya çelişkili beyanlarda, belirli bir anlama üstünlük tanımak imkânı yoktur. Hatanın farkına varan karşı tarafın beyanın içeriğine güvenini korumak düşüncesi de rol oynayamayacağına göre, beyan hükümsüzdür. Sözleşme hiç meydana gelmemiştir. 7

Örnek: B'nin apartmanında 3 ve 8 no.lu daireler boştur. Bunları gezen A her ikisini de beğeniyor, yalnız kira bedellerini biraz yüksek buluyor, en fazla 1000 lira ödeyebileceğini söylüyor. B, 3 no.lu daire için aylık 1200, 8 no.lu daire için 1250 lira istemektedir. Birkaç gün sonra A, B'ye bir mektup yazarak "Geçen gün gördüğüm daireyi aylığı 1175 liradan kiralamaya hazırım" diyor ve bu icap B tarafından kabul ediliyor. Taraflardan her ikisinin de, çeşitli anlamlara gelen beyanlarda bulunurken (icap 3 no. lu daire ile de ilgili olabileceği gibi, 8 no.lu daire ile de ilgili olabilir) aynı şeyi düşündükleri sâbit 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 konusunun 3 no.lu daire olduğunu ileri sürerse durum böyle olacaktır.

— **Üçüncü ihtimal:** *Karşı taraf, beyan sahibinin hataya düştüğünü,* 8

gerçek iradesine uymayan bir beyanda bulunduğunu bilmiyor, dürüstlük kuralının ışığında yapması gereken bir yoruma göre bilmesi de gerekmiyor.

Burada da bir ayrım yapmak gerekmektedir:

= *Karşı taraf, kendisine karşı yapılan beyanı, fiilen, güven ilkesine göre bu beyana vermesi icap eden anlama göre anlamışsa*, sözleşme bu anlam üzerinden kurulur. 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*, hâkim görüşe göre, artık güven ilkesi uygulanmaz ve sözleşmeye hiç kurulmamış nazarı ile bakılır[9]. 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 şıkkında) hata hükümlerinin (BK. m. 23 vd.) uygulanmasına yol açabilmekte; karşı tarafça

9) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 220; **Guggenheim**, s. 113; **Piotet**, La théorie de la conclusion du contrat et son évolution en droit suisse, ZBJV 121 (1985), s. 151, 154; **Jahr**, Geltung des Gewollten und Geltung des Nicht-Gewollten, JuS, 1989, s. 252. – Farklı: **Keller/Schöbi**, s. 132.

bilinebilen hatalara ilişkin birinci ve ikinci ihtimallerde, mesele, irade beyanları yorumlandıktan sonra BK. m. 1 çerçevesinde bir çözüme bağlanmaktadır. Bu da bize şu önemli kuralı gösteriyor: *Bir irade beyanının (dolayısı ile sözleşmenin) hata hükümleri (BK. m. 23 vd.) gereğince iptaline gitmeden önce, onu yorumlamak zorunluluğu vardır.* Buna, "yorum iptalden önce gelir" kuralı diyoruz. İrade beyanının gerçek anlamını bulma amacını güden yorum, 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 vd. hükümleri, sadece karşı tarafça bilinemeyen (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 uygulanacağının bilinmesi *pratik sonuçları* açısından fevkalâde önemlidir. Hata BK. m. 1'e göre değerlendirilmek gerekiyorsa sözleşmenin *varlığı* ile, BK. m. 23 vd.na göre değerlendirilmek gerekiyorsa, kurulmuş sözleşmenin *geçerli* olup olmaması ile ilgilidir. 10

Sözleşme hiç kurulmamışsa *(yokluk)*, bu, her zaman *olumsuz bir tespit dâvasına* konu olabilir ve ilgili herkes, hatta hataya düşmemiş olan karşı taraf yokluğun mahkemece hüküm altına alınmasını sağlayabilir. Sözleşme, hataya düşenin gerçek iradesine uymayan beyanına göre kurulmuşsa, BK. m. 31'de yazılı bir yıllık süre içinde (bu süre hatanın öğrenildiği tarihten işlemeğe başlar) *sadece hataya düşen 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* dolayısı ile görüldü ki, karşı taraf beyan hatasının farkına varamayacak durumda ise, onun kendisine karşı yapılan beyana haklı güveni korunmakta ve sözleşme beyana muhatabın vermesi gereken anlama göre kurulmaktadır. Ne var ki, güven ilkesinin yardımı ile elde edilen bu sonuç, hiç değilse hâkim fikir açısından geçicidir. Zira, hataya düşen taraf, bu defa kurulduğunu kabul ettiğimiz sözleşmeyi hata hükümlerine dayanıp iptal etme imkânına 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- 11

tini yükleyen BK. m. 26 hükmünü de unutmamak gerekir. Ne yazık ki, BK. m. 26, BGB § 122'den farklı olarak, burada bir *kusur sorumluluğunu* öngörmüş ve sadece ihmaliyle hataya düşenden tazminat istenebilmesine izin vermiştir. Oysa, hataya düşeni, kendi riziko (tehlike) alanında kalan hatasından ötürü kusuru olmasa bile tazminatla yükümlü kılmak gerekirdi. Federal 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 sonucuna varılmaması gerektiğine işaret ediyor[8].

III. Beyan İradesi Veya Bilincinden Yoksun İrade Beyanları[9]

12 Klâsik ve özellikle eskiden Alman Hukukunda yaygın sayılabilecek bir görüşe göre, beyan iradesinin bulunmaması halinde hukuken bağlayıcı bir beyan da mevcut olamaz *(yokluk)*. Buna karşı, günümüzde Alman, özellikle İsviçre-Türk Hukuklarında savunulan ikinci bir görüş, güven ilkesi esaslarını bu ihtimalde de uyguluyor. Bu görüşe göre, karşı taraf açısından, beyan sahibinde hukukî sonuç iradesinin bulunmaması ile beyan iradesinin bulunmaması arasında hiçbir fark görülemez. Her iki durumda da, o, dürüstlük kuralı (MK. m. 2/I) gereğince, bildiği veya bilmesi gereken bütün hal ve şartları nazara alarak geçerli bir irade beyanının mevcudiyetine hükmetmişse, onun bu *haklı güveni* korunmalıdır. Bu sebeple, beyan iradesi (veya bilinci) bulunmadan yapılan bir irade beyanı da, karşı tarafın güveninin korunması gereken ölçüde hukuken değer taşıyan bir irade beyanıdır. Olsa olsa, beyanda bulunan kişinin, bu yoldan kurulan sözleşmeyi (sonuçlarına, özellikle BK. m. 26'da düzenlenen tazminat mükellefiyetine katlanarak) hata hükümleri (BK. m. 23 vd.) gereğince iptal etmesi söz konusu olabilir (Alman öğretisine göre, bu uygulama kıyas yoluyla gerçekleşir).

13 *Fikrimizce*, ikinci görüşte isabet olmakla beraber, bu görüşü de belirli bir ölçüde sınırlandırmak gerekmektedir. Bunu anlayabilmek için iki örnek verelim[10]:

Birinci örnek: Bir derneğin Yönetim Kurulu toplantısında, iki imza dosyası elden ele dolaştırılıyor. Birincisinde, hazır bulunmayan bir üyeye gönderilecek bir kutlama yazısı, ikincisinde ise dernek tarafından tavsiye edilen bir dergiye abone olunduğunu bildiren bir yazı vardır. A, dergiye

---

8) BGE 69.II.234. Ayrıca bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, not 1'de age, s. 116 ve orada anılanlar.

9) Buradaki açıklamalar için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, not 1'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 geçirmediği ve sadece kutlama yazısını imzalamak istediği halde, yanlışlıkla doğru dürüst okuma gereğini duymadığı diğer yazıyı imzalıyor. Bir hukukî 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 karşılaşıyor. A'nın bahis konusu beyanı ile abonelik sözleşmesi kurulmuş mudur?

İkinci örnek: Alman Hukukunda sık sık tekrarlanan ve "Trier'deki şarap artırması" örneği diye anılan bu örnekte durum şöyledir: O bölgedeki âdetler hakkında tam bir bilgisizlik için bulunan yabancı bir kişi A, bir binanın mahzenindeki lokantaya giriyor ve tanıdığı birisini görüp el sallıyor. Oysa, o sırada bir şarap artırması (müzayedesi) yapılmaktadır ve el sallama yerel âdetlere göre pey sürme anlamına gelmektedir. Artırma memuru, A'nın el işaretini bu şekilde anlamlandırıp bir fıçı 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 normal ve makul bir kişi gibi davransaydı, hareket tarzının başkaları için ne anlama geldiğini fark edebilecek ve bundan 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. Şu halde, karşı tarafın A'nın hareket tarzına haklı güveni korunacak, abonelik sözleşmesi kurulmuş sayılacaktır. A, dilerse (BK. m. 26'daki tazminat yükümlülüğüne katlanarak) sözleşmeyi hata hükümleri (BK. m. 23 vd.) uyarınca iptal edebilir (Ayrıca bkz. aşağıda § 36, N. 53 vd.).

İkinci örnekte, aynı şeyi söylemek imkânı yoktur. A, bölgedeki âdetlere tamamen yabancı bir kişi olarak, bir lokantada şarap artırması yapılabileceğini bilemez. Onun hareket tarzını, *alışveriş hayatına katılan normal ve 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, hukukî sonuç iradesinin bulunmadığı haller ile, beyan iradesi veya bilincinin bulunmadığı haller arasında fark vardır[11]: 14

11) Ayrıca bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, not 1'de age, s. 28, not 30.

Hukukî sonuç iradesi bulunmayan hallerde, karşı tarafın *beyanın içeriğine* güvenerek vermeğe 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 beyanını sözle, yazı ile vs. ifade eden kişiden kelimelerini dikkatle seçmesini, düşüncesini en açık, karşı tarafın en kolay anlıyabileceği 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 kişiye 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 hâkim âdetlerin 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 ediliyor[12]. Bu düşünce yerindedir. Çünkü güven ilkesi, her şeyden önce, iki tarafın menfaatleri arasında âdil 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 imkâna 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 ihmalinden bahsetmek ve karşı tarafın güvenini 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 (Zımnî) İrade Beyanları

I. Genel Olarak

1 İrade beyanı çeşitli açılardan ayrımlara tâbi tutulabilir. Biz burada ve bundan sonraki paragrafta bu ayrımlardan iki tanesini ele almakla yetineceğiz.

12) BGH, NJW 2002, 363; NJW, 1990, 454. -İsviçre Federal Mahkemesinin aynı doğrultudaki kararı için bkz. BGE 120.II.197. Ayrıca bkz. aşağıda § 46, N. 17 ve not 27.

Sözleşmenin kurulmasına ilişkin BK. m. 1/II şu hükmü koymaktadır:

"Rızanın beyanı sarih olabileceği gibi zımnî dahi olabilir."

Bu hüküm, doğrudan doğruya düzenlediği konunun dışında da uygulama alanı bulan genel bir prensibi dile getirmektedir: Kural olarak, irade beyanının sarih (açık) veya zımnî (örtülü) olması arasında sonuçları bakımından bir fark yoktur. Fakat bu temel kural istisnasız kalmamıştır. Kanunlarımızda yer alan bazı hükümler, sarih (açık) bir irade beyanının mevcudiyetini şart koşmaktadır. Örnek olarak, BK. m. 211/III, 361, 450/II, 453/II vs. gösterilebilir. Bu noktayı da göz önünde tuturak, irade beyanının ne vakit açık, ne vakit örtülü sayılacağını aydınlığa kavuşturmak gerekmektedir.

II. Açık (Sarih) İrade Beyanı

İrade beyanının anlamı, beyanın içinde yapıldığı hal ve şartları anlamlandırmak gerekmeksizin, kullanılan beyan vasıtalarından doğrudan doğruya anlaşılıyorsa, irade beyanı açıktır. Bu şartı, kural olarak, yalnız kelimeler (veya taraflarca daha önce kararlaştırılmış bir işaret veya şifre) gerçekleştirir[1]. Örneğin, A, B'ye bir mektup yazarak aralarındaki sözleşmeyi feshettiğini (= bozduğunu) bildirirse, bu irade beyanı açıktır. Bununla beraber, bu kadarla kalmamak ve kelimeler dışında, alışveriş hayatında mutat (alışılmış, yerleşmiş) bazı davranışların (beyan vasıtalarının) da, yerine göre, sarih irade beyanı olarak değerlendirilebileceğini kabul etmek gerekir (A'nın "evet" anlamına başını eğerek cevap vermesinde olduğu gibi)[2]. 2

1) **v. Tuhr**, AT, § 61, II, 4, s. 416-417 – Böylece, bu konuda *objektif* diye adlandırılan görüşü kabul ediyor ve sarih (açık) irade beyanları ile zımnî (örtülü) irade beyanları arasındaki farkı, bunların *amacında* arayan *sübjektif* görüşe katılmıyoruz. Bu son görüşe nazaran, açık irade beyanında, davranışın aslî amacı iradeyi başkasına bildirmektir. Örtülü irade beyanlarında ise, belirli davranışla güdülen amaç başka olduğu halde, davranışta bulunanın hukukî sonuç (işlem) iradesi hakkında mantıkî zorunluluk arzeden farklı bir sonuca varılabilir (Bu fikirde: **Schwarz**, s. 157. Ayrıca bkz. **Lehmann**, § 30, II, s. 193'de verilen bilgi). *Fikrimizce*, güven ilkesinin hâkim olduğu bir sistemde, açık ve örtülü irade beyanları arasındaki ayrım, beyanda bulunanın takip ettiği amaç gibi sübjektif bir kritere göre yapılamaz.

2) Bkz. **Enneccerus/Nipperdey**, § 153, I, s. 942; **Lehmann**, § 30, II, 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 âdetler, kanun 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 hukukî sonuca yönelmiş,

III. Örtülü (Zımnî) İrade Beyanı

3 Bu, hayli tartışmalara yol açmış, oldukça karanlık bir kavramdır. Örtülü irade beyanı başlığı altında şunları incelemek imkânı vardır:

1. İradeyi Gösteren Hareketler (Facta concludentia)

Dış âlemde belirli bir davranışta bulunan kişinin söz konusu davranışı, ancak alışveriş hayatındaki âdetlere dayanarak, o *olayda mevcut bütün hal ve şartlar değerlendirildiği zaman* bir iradenin 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 hal ve şartlar anlamlandırılarak* anlaşılmaktadır[3]. 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 kamyona yükleyip evin anahtarını kiraya verene (kiralayana) yolluyor (kira sözleşmesini feshetme iradesinin örtülü biçimde beyanı)[4].

2. İrade Faaliyeti (İcraatı, Etkinliği)

4 Bu durumda, bir kimsenin davranışlarından onda belirli bir iradenin (hukukî 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 âlemde 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 âleme yansıtılması anlamında) mevcut değildir[5].

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 asgarî ölçüye inmiş bulunuyor. **Flume**'ye (§ 5, I, s. 63) ve onun andığı Alman 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. Tuhr**, AT, § 61, II, 5, s. 419.

4) Bkz. **Köhler**, 28.A., § 6, N. 4.

5) **Lehmann**, § 24, IV, 2, s. 136 vd.; **v. Tuhr**, AT, § 61, I, 2, s. 404 vd.; **Larenz**, AT, s. 317-318; **Flume**, § 5, 6, s. 76; **v. Tuhr/Peter**, § 21, 5, c. s. 163.

seye, 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 âleme yansıtmak, onu bildirmek için değil, doğrudan doğruya kabul iradesini gerçekleştirmek amacıyla hareket ediyordu[6]. 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 m. 6a hükmüne paralel açık bir hüküm mevzuatımızda yer almadığı için, aşağıda belirteceğimiz gibi Türk Hukuku açısından durum tam bir kesinliğe kavuşmuş sayılamaz[6a].

Bu kategoriye giren hallerin, *irade beyanı* kavramına dahil sayılabilip sayılamıyacağı tartışmalıdır. Bir fikre göre, kanun irade *beyanları* ile irade *faaliyetleri* arasında hiç bir ayrım yapmadan sadece irade beyanlarını düzenlemiştir. İrade faaliyeti denilen haller de irade beyanı kavramına dahildir. Çünkü her iki durumda da iradenin yürürlüğe konulması söz konusudur[7]. İkinci bir fikir ise, bu iki kavram arasında fark gözetmek gerektiğini savunuyor. 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 aldığını kabul etmek gerekir. *Larenz*'in ifadesi ile, *irade beyanı* hem iradeyi dış âleme *bildirdiği*, hem de hukukî sonuca yönelmiş iradeyi yürürlüğe koyup *yerine getirdiği* (icra ettiği, gerçekleştirdiği) halde, *irade faaliyeti* sadece iradeyi *yerine getiren* (icra eden, gerçekleştiren) bir fiildir[8,9]. 5

---

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 fiat listesine dayanılarak 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) **Larenz**, 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 hüküm farkını *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 başvurmak zorunda kalmaksızın, mevcut *görü-*

Bizce de, hukuk 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.

3. Susma (Sükût)

a. Genel Olarak

6 Mecellenin 67. maddesi aynen şöyle diyor:

"Sâkit'e bir söz isnad olunmaz. Lâkin ma'rız-ı hâcette sükût beyandır". Yani, susan (sükût eden) kimseye şu sözü söylemiş oldu denilmez, lâkin söyleyecek yerde susması (sükût 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 gereğince olumlu, aktif bir davranışta bulunması gerekiyor olmalıdır. Burada, durum, *karşı taraf* açısından incelenecektir: O, kendisince bilinen, bilinebilen bütün hal ve şartları MK. m. 2'deki dürüstlük kuralının ışığı altında değerlendirerek, diğer tarafın, olumlu bir beyanda bulunmak istemiyorsa[11] cevap vermesi gerektiği sonucuna haklı olarak varmış olmalıdır[12]. Şu halde, onun susan karşı tarafın bu tutu-

---

nüşteki irade açığa vurmasını gerçeği ortaya koyarak bertaraf edebilir. Onun, bu sonucu sağlamak için, karşı tarafın fiilî olaylardan çıkardığı sonucun yerinde olmadığı hususunda hâkimi ikna etmesi yeterlidir. (**v. Tuhr**, AT, § 61, I, 2, s. 406-407; **v. Tuhr/Peter**, § 21, I, 2, s. 159-160. Aksi fikirde: **Enneccerus/Nipperdey**, § 145, 2, A, 3, s. 900 vd.) – Genellikle kabul edilen diğer bir fark şudur: *Varması gerekli bir irade beyanına* (bkz. aşağıda § 15) ihtiyaç olan hallerde, irade faaliyeti yolu ile gerçekleşen irade açığa vurmasının karşı tarafa *varması* aranmaz. Esasen, irade faaliyetinde, bir iradeyi dış âleme aksettirme (duyurma) maksadı (beyan iradesi veya bilinci) bulunmadığına göre, yöneltilme veya varmayı aramak bu kavramın özüne aykırı düşerdi (**Larenz**, AT, § 24, I, s. 317-318; 531 vd.; **v. Tuhr**, AT, § 61, III, 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, Genève 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.

munu olumlu beyan sayması, güven ilkesine hâkim olan esaslar bakımından yerinde görülebilmelidir[13].

A'nın B'ye, onun tarafından hiç bir talep olmadan, bir mektup gönderip icapta bulunduğunu ve mektubun sonuna "15 gün içinde cevap vermezseniz, susmanızı kabul sayacağım" kaydını eklediğini farz edelim. B, 15 gün geçtiği halde susarsa, bu, hiç bir şekilde kabul beyanı olarak değerlendirilemez ve sözleşme kurulmuş olmaz. Zira kimse *bir taraflı* irade beyanı ile başkasını belirli bir davranışa zorlamak hakkına sahip değildir. B için, kendisine yapılan icaplara cevap vermek yükümlülüğü yoktur. A, bu durumda, MK. m. 2'deki dürüstlük kuralı açısından, B'nin susmasını kabul beyanı olarak anlamaya yetkili sayılamaz[14].

Şimdi bir başka örnek üzerinde duralım: A ile B devamlı iş ilişkileri olan iki tâcirdir. A, defalarla, B'ye icapta bulunmuş, her seferinde B bu icabı cevapsız bırakmış, fakat istenen malı A tarafından belirtilen tarihte göndermiştir. Bir süredir devam eden bu uygulamaya rağmen, A'nın son icabını cevapsız bırakıp mal göndermeyen B, susmanın irade beyanı olarak kendisine yüklenemeyeceğini, sözleşmenin kurulmamış olduğunu iddia edebilecek midir? Bu sorunun cevabı olumsuzdur. A, daha önceki 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) "sükût ile iradenin izhar edildiği (açığa vurulduğu) pek çok haller vardır" denilmekte ve "Kanunen cevap verme veya bir müracaatta bulunma mecburiyeti olmamakla beraber *objektif hüsnüniyet kaidesi* icabı olarak cevap verme veya müracaatda bulunma mükellefiyetinin doğduğu hallerde, bu mükellefiyetin yerine getirilmemesine ve bu suretle ihtiyar olunan sükûta muayyen neticeler izafe edilmesi icap ettiği"ne işaret edilmektedir. Şu var ki, kararda "Bilhassa sükûtun karşı tarafa hukukî neticeler doğuracak olan muayyen bir iradeyi izhar maksadiyle ihtiyar edilmiş olması halinde sükût *sarih* bir irade beyanı gibi hüküm ifade eder" cümlesi ile, bu durumda, susmanın sarih (açık) bir irade beyanı sayılacağı ifade edilmek isteniyorsa, buna katılmak imkânı yoktur. Susan ne düşünürse düşünsün, karşı taraf güven ilkesi gereğince onu bir irade beyanında bulunmuş farz etmeye mezun olduğu zaman, olsa olsa örtülü *(zımnî)* bir irade beyanından bahsedilebilir. Susma'nın sarih (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 (Krş. **Jäggi**, Art. 1, N. 145; **Larenz**, AT, s. 358).

14) Bkz. v. **Tuhr/Peter**, § 21, II, 5, s. 164; § 24, IV, s. 189; **Flume**, § 5, 2, a, s. 64. – Ayrıca, bkz. Yarg. 4. HD, 20.5.1965, E. 964/5051, K. 2717: "Bir tarafın kendi iradesiyle akit şartlarını değiştirme yetkisi yoktur; akde yeni şartlar ilâve edemez. Karşı tarafın şartlardaki değişikliği taşıyan yazıyı sükûtla karşılaması, akitte değiştirme yapılmasının kabul edildiği anlamına gelmez" (**Olgaç**, Kazaî ve İlmî İçtihadlarla Türk Borçlar Kanunu, I. 2. Baskı, İstanbul 1969, s. 29-30).

zımnî (örtülü) irade beyanı (= kabul) olarak değerlendirilen susması ile meydana gelmiştir.

2 — Susan tarafın, susmasının kendisine örtülü bir irade beyanı olarak bağlanmasına yol açan olguları (hal ve şartları) bilmesi, hiç değilse *bilebilecek* durumda olması gerekir. Ancak bu durumdadır ki, onun, susmasının karşı tarafça haklı olarak kabul (muvafakat) diye anlaşılabileceğinin farkına varması, bağlanmak istemiyorsa *olumsuz cevap vermek, itiraz etmek imkânını* kazanması söz konusu olabilir[15].

Normal irade beyanlarında, *beyan iradesi* veya *bilincinden* yoksun kişinin davranışını (karşı tarafın güvenini korumak amacı ile) kendisine bir irade beyanı olarak bağlıyabilmemiz için, beyan sahibinin alışveriş hayatına katılan normal, dürüst, dikkatli bir kişinin gösterdiği özeni göstermemiş olmasını aramıştık[16]. Aynı esası bu hale de uygularsak, şu sonuca ulaşırız: Susan kişiyi bir beyanda bulunmuş sayabilmemiz için, onda ya beyan iradesi veya bilinci bulunmalı (yani bahis konusu pasif tutumu ile karşı tarafta bir irade beyanında bulunduğu yolunda haklı bir kanaat uyandırdığının farkında olmalı); hiç değilse, o, böyle bir bilinçten yoksun bile olsa, bu sonuca varılmasını mümkün kılan olguları (hal ve şartları) bilmeli, bilebilmeli ve buna rağmen gerekli özeni gösterip susmasının karşı tarafça nasıl yorumlanacağının farkına varmaması onun açısından bir ihmal teşkil etmelidir.

b. Teyit mektubu

Özellikle ticaret hayatında, tâcirler arasında yerleşmiş bir âdet vardır. Taraflar, sözle, telefonla vs. yaptıkları görüşmeler sonucu bir sözleşmeyi kurduktan sonra, içlerinden birisi diğerine kurulmuş bulunan sözleşmenin içeriğini tespit eden, tekrarlayan bir yazı gönderir. Buna *teyit mektubu* denir[16a]. Karşı taraf, teyit mektubunu aldıktan sonra hiç sesini çıkarmayabilir. Bu durumda, ortaya önemli bir problem çıkar: Acaba, teyit mektubunu aldığı halde susan taraf, sonradan bunun sözlü olarak kurulmuş sözleşmeyi doğru olarak yansıtmadığını ileri sürebilir mi? Başka bir ifade ile, onun

15) **Yung**, not 12'de age, s. 221 vd.; **v. Tuhr/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 tutulabileceğine işaret ediliyor ve bir görüşe göre, müzakereleri izleyen beş gün içinde kaleme alınıp karşı tarafa ulaştırılan bir teyit mektubunda bu şarta normal olarak gerçekleşmiş gözüyle bakmak gerekiyor (**Larenz/Wolf**, 9.A., § 30, N 34).

kendisine ulaşan teyit mektubuna 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 görüleceği üzere, bu kavram TTK. m. 23/III'de tacirler açısından düzenlenmiştir. Bununla beraber, İsviçre'de kabul ediliyor ki, tacir sıfatını taşımasa bile, çok sayıda işlem yapan ve ticarî hayattaki âdetleri bildiği kabul edilebilecek kişiler dahi, kendilerine gönderilen teyit mektupları açısından tacirlerle bir tutulabilir[17].

Genellikle benimsenen görüş tarzına göre, teyit mektubunu yollayan taraf, iş hayatındaki âdetleri de nazara alarak, mevcut hal ve şartlardan karşı tarafın teyit mektubuna itiraz etmemesinden, dürüstlük kuralı (MK. m. 2/I) gereğince onun mektubun içeriğini kabul ettiği anlamını çıkarmakta haklı ise, teyit mektubu karşı tarafça olduğu gibi kabul edilmiş sayılır. Görüldüğü gibi, burada da teyit mektubunu gönderenin, karşı tarafın susma şeklinde beliren pasif tutumuna güven ilkesine göre vermekte haklı olduğu anlam esastır.

Teyit mektubunu yollayan taraf, mektubun içeriğini sözlü anlaşmayı aynen yansıtarak düzenlemiş olabileceği gibi, ona yeni hükümler eklemiş, anlaşma konusu maddeleri değiştirerek kaleme almış da olabilir. Bu son durumda, teyit mektubu yeni bir icap niteliğini kazanmıştır ve yukarıda belirtilen şartlar altında karşı tarafın susması kabul olarak değerlendirilecektir.

Bütün bu açıklamalar şu noktayı ortaya koyuyor: Teyit mektubu bazen 8
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 değildir[18]. 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 cisimlendirmektedir[19].

Bu noktada karşımıza bir problem çıkmaktadır. Sözlü anlaşmayı değiş- 9
tirerek 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 "ticarî işletmesi ile ilgili bir iş için teyit mektubunu alan tacir" olarak anlamak gerektiği kabul edilmektedir. (**Arkan**, Ticarî İşletme Hukuku, 8. baskı, Ankara 2005, s. 147, not 1).

18) **Schmidlin**, Art. 6, N. 84.

19) **Oftinger/Jeanprêtre**, s. 16; **Flume**, § 36, 3, s. 663; **Larenz/Wolf**, 9.A., § 30, N. 39.

içeriğinin esas alınması gerektiğini ileri sürebilir mi? Bu konuda iki görüş vardır:

— Birinci görüşe göre, yukarıdaki biçimde hazırlanmış bir teyit mektubunun icap karşı tarafın susmasının ise kabul sayılabilmesi için, teyit mektubunu kaleme alanın *iyiniyetle* sözlü anlaşmadan ayrılmış, yani sadece sözlü olarak kararlaştırılanları teyit mektubuna geçirdiği kanaati ile hareket etmiş olması gerekir. O, kötüniyetli 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 olamaz. Bu ihtimalde, teyit mektubunu alan hiç sesini çıkarmasa bile, teyit mektubunun içeriğini kabul etmiş sayılmaz[20].

Teyit mektubunu kaleme alanın kötüniyetini ispat hemen hemen hiç bir zaman mümkün olamayacağı için, bu görüş pratik değerden yoksundur[21].

— İkinci görüş açısından, meseleyi tamamen objektif olarak ve güven ilkesinin ışığında ele almak ve aşağıdaki ayrımı yapmak icap eder:

= Sözlü anlaşmaya dahil bulunmayan ve teyit mektubuna eklenen hususlar, zamanında üzerinde durulmadığı için eksik kalan *ikinci derecede bazı noktaları* tamamlamaya yönelik olabilir. Bu gibi hususların teyit mektubuna eklenmesine uygulamada sık sık rastlanır ve sözleşmenin ifası aşamasında çıkması muhtemel problemleri önlemeye yarayan bu tip ilâvelerde karşı tarafın da objektif açıdan çıkarı 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 yoktur[22].

= Yapılan değişiklik ve eklemeler, teyit mektubunu alan karşı tarafın menfaatlerini ciddi biçimde zedeleyen, onun durumunu ağırlaştıran nitelikte olabilir[23]. Teyit mektubunu kaleme alanın iyi veya kötüniyetine 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 Komm., 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 ciddî sonuçlar doğurabilecek hükümleri bireysel sözleşmenin içeriğine sokma girişiminde bulunmasıdır.

kabul olarak değerlendirmeye yetkili sayılamaz[24]. 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 geçerlidir[25].

Buraya kadar yapılan açıklamalar, meseleyi, BK. m. 6 çerçevesinde "icap" ve "kabul" kavramları açısından ele alan görüşü yansıtıyor. Diğer bir görüşe göre, tacirler açısından teyit mektubunun kurucu etkisini "yaratılan güvenden doğan sorumluluk" (güven sorumluluğu) esası ile açıklamak gerekir[26]. Bu açıdan, kanunda, yaratılan güvenden ötürü sorumluluğu düzenleyen bir hüküm bulunmadığına göre, böyle bir sorumluluğun hukukî dayanağı ancak MK. m. 1/II'de bulunabilir (hâkimin hukuk yaratması)[27]. Aslında hukukî işlemler alanına ilişkin bulunan bir problemi, bu şekilde söz konusu alan dışına çeken bu görüş, bizce haklı olarak eleştirilmiştir[28]. Aşağıda sözü edilecek TTK. m. 23/III hükmünü de, BK. m. 6'dan ayırarak, bu tarz bir sorumluluk kuran hüküm olarak görmek doğru olmayacaktır. 10

Ticaret Kanunumuzun 23. maddesinin 3. fıkrasında teyit mektubuna ilişkin şu hüküm yer almaktadır: 11

"Şifahen, telefon veya telgrafla yapılan mukavelelerin veya beyanların muhtevasını teyideden bir yazıyı alan kimse, aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde bir itirazda bulunmamışsa teyit mektubunun yapılan mukaveleye ve beyanlara uygun olduğunu 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 imkânını hukuken ve fiilen kazanmış bulunması şarttır[29]. Gerçi, karşı taraf

24) BGE 114. II. 252

25) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1169.

26) **Gauch/Schluep/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) **Gauch/Schluep/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 kararı 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; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1173).

29) **Flume**, § 36, 7, s. 667.

ticarî 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 düşer[30]. 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 içeriğine uygun olarak kurulduktan sonra, susan karşı taraf, gerçekte hiç bir zaman teyit mektubunun içeriğine muvakafat etmeyi düşünmediğini, susmasının kendisine bu anlamda bir irade beyanı olarak bağlanacağını bilmediğini öne sürerek, gereğinde BK. m. 26'da yazılı tazminat yükümlülüğünü de göze 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 anlaşılabileceği gibi, bizim katılmadığımız bu görüş açısından ortada iptali düşünülebilecek bir irade beyanı yoktur. Kanunun tamamlayıcı hükümlerinin susma olgusuna bağladığı hukukî sonuçlar (bir irade beyanı mevcut bulunmadığına, tam tersine susma bir irade beyanının yerine geçtiğine göre) iptal yolu ile bertaraf edilemezler[31].

Alman Hukukunda hâkim olan, Alman Federal Mahkemesi tarafından da benimsenen fikre göre, böyle bir iptal caiz değildir. Gerçekten, özellikle TTK. m. 23/III hükmünün çerçevesi içinde, hata sebebiyle iptal imkânının taraflar arasındaki hukukî durumu nihaî ve kesin olarak düzenlemek isteyen TTK. 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 bilmiyordum" şeklindeki hata iddiası TTK. m. 23/III 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 **Flume**.
31) **Larenz**'in eski açıklaması bu merkezdeydi (AT, 1. A., s. 362 vd.).

ğı, bu sebeple de susarak gerçek iradesine uymayan örtülü bir kabul beyanında bulunduğu yolundaki hata iddiası dinlenir[32].

§ 15. Varması Gerekli İrade Beyanları

I. Genel Olarak

Bazı beyanların tamamlanması için ayrıca bir *başkasına karşı* yapılması, ona *yöneltilmesi* ve *varması* aranmaz. Gerçi bu tip beyanlarda da, iradeyi başkalarının bilgisine sunmak amacı güdülür. Fakat irade beyanının belirli bir kimseye yöneltilip varması, beyanın tamamlanması için şart değildir. Bu tip beyanlara *varması gerekli olmayan beyanlar* diyoruz[1,2]. Bunların en başta gelen örneği vasiyetnamedir. Vakıf kurma işlemine ilişkin irade beyanı için de aynı şey söylenebilir. 1

Buna karşı, hukuken önemli beyanların bir çoğunun tamamlanması ve hükümlerini doğurması için, bunların belirli bir kimseye karşı yapılması, ona yöneltilmesi ve varması şarttır. *Varması gerekli irade beyanları* deyimiyle bu tip beyanları kastediyoruz[3] (İcap, kabul, takas, fesih = bozma, dönme = rücu vs. beyanları gibi). Bunlarda iki aşamayı birbirinden ayırmak gerekir: *Beyanın yapılması* ve *beyanın varması*.

II. Beyanın Yapılması

Bundan maksat, beyan sahibinin, karşı tarafın bu beyanı öğrenmesi için, hayat tecrübelerine ve özel olayın hal ve şartlarına göre kendisine düşeni 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 ederiz[4]. 2

---

32) Bu açıklamalar için özellikle bkz. **Larenz/Wolf**, 9.A., § 30, N. 40, 41; **Köhler**, 28.A., § 8, N. 34; Alman Federal Mahkemesinin 7.7.1969 tarihli kararı (JZ 1969, s. 666). - **Medicus**'a göre (AT, N. 442), teyit mektubunun içeriğini kusuruyla yanlış anlayan tarafa iptal hakkı tanınmamalıdır. Burada Alman Hukukuna ilişkin özelliği üzerinde durmayacağımız bu görüş, iptal hakkını tanırken hataya düşenin kusurlu olup olmaması arasında bir fark gözetmeyen (fark kusurlu olarak yanılandan BK. m. 26 hükmü uyarınca tazminat istenebilmesinde kendini gösterecektir) İsviçre-Türk Hukukları açısından kabul edilemez.

1) Bazen *yöneltilmesi gerekli (tevcihi muktazi) beyanlar* deyimi de kullanılıyor (Örnek olarak bkz. **Saymen/Elbir**, s. 70).

2) **v. Tuhr**, AT, § 61, V. s. 453 vd.

3) Bazı beyanların hüküm doğurması için, resmî bir makama varmaları gerekir. Mirasın reddi beyanında olduğu gibi (MK. 609).

4) **v. Tuhr/Peter**, § 22, II, I, s. 168.

Sözlü bir beyanda, beyanın yapıldığı an, beyan sahibi tarafından gerekli sözlerin, karşı tarafın duyabileceği biçimde, ona söylendiği andır. *Yazılı beyanlarda*, beyan karşı karşıya bulunan kişiler arasında yapılıyorsa, metnin diğer tarafa verildiği anda yapılmış sayılır. Çünkü, daha önce beyan sahibi söz konusu belgeyi vermekten kaçınmak imkânına sahiptir. Bu imkân devam ettikçe onun iradesini kesin olarak açığa vurduğu söylenemez. Hazır olmayan bir kimseye karşı mektupla yapılacak irade beyanında ise, beyanın yapıldığı an olarak mektubun yazıldığı değil, onun karşı tarafa ulaştırılması için gerekli fiillerin beyan sahibince gerçekleştirildiği an (onun her şeyi yapmış olması şart olmayıp, mektubun gönderilmesini sağlayacak mekanizmayı harekete geçirmiş olması yeter) kabul edilmek gerekir. Örneğin, mektubun beyan sahibince bizzat postaya verildiği veya gönderilmek üzere sekretere tevdi edildiği veya ev halkı yahut müstahdemlerce postaya verilecek mektupların durduğu bir sepete konduğu an buraya girer[5].

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 varması ile meydana gelmiş midir?

Bu durumda, mektubu hazırlayan kişinin bir irade beyanında bulunmadığı, beyanın *yapılmamış* olduğu şüphe götürmez. Buna rağmen, diğer tarafın güvenini korumak gerekmez mi? (O, kural olarak mektubun anılan şartlar altında gönderildiğini bilmez, bilemez). *Fikrimizce*, burada *beyan iradesi* veya *bilinci* mevcut olmadan yapılan, fakat karşı tarafça haklı olarak bir irade beyanı olarak anlaşılan davranışlara benzer bir durum vardır[6]. Yukarıda kabul ettiğimiz esası[7] uygulayarak, beyan sahibinin kendi hâkimiyet alanı içinde cereyan eden bu olayda, bir mektubu yazı masasının üstünde bırakmakla yarattığı rizikoya katlanması gerektiğini, onun alışveriş hayatına katılan makul bir kişiden beklenecek bütün dikkat ve özeni göstermediğini, o halde kendisine bir irade beyanı olarak yükleyeceğimiz bu davranış biçimine karşı tarafın haklı olarak güvenmiş bulunmasının korunmayı hak ettiğini söyleyebiliriz. Bu durumda, beyan sahibi bahis konusu beyanın hükümlerinden kurtulmak için, BK. m. 26'ya göre tazminat ödeyerek, kurulmuş bulunan sözleşmeyi hata sebebiyle (BK. m. 23 vd.) iptal etmelidir[8].

---

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.

III. Beyanın Varması

1. Genel Olarak

Alman Hukukunda, BGB'nin Genel Hükümler kısmında yer alan § 130/I'e göre, bir başka kimseye karşı yapılmak gereken irade beyanları, söz konusu kimse hazır değilken yapıldıkları vakit, ona vardıkları anda hüküm ifade ederler. İsviçre-Türk Hukuklarında böyle genel bir hükmün mevcut olmamasına rağmen, hâkim fikir sözleşmenin kurulmasına ilişkin BK. m. 3, 5, 9'un kıyas yolu ile uygulanması sayesinde aynı sonuca varıyor. Şu halde, bizde de, hazır bulunmayan bir başka kişiye karşı yapılması gereken irade beyanlarında *varma* (vusul) esastır. 4

Bazı yazarlar[9], hâkim fikrin benimsediği bu çözümü kabul etmiyorlar. Onlara göre, Borçlar Kanunu varma nazariyesine (o da yumuşatılmış olarak) sadece kabule ilişkin irade beyanında yer vermiştir. Şu halde, BGB § 130/I gibi genel bir hüküm içermeyen hukukumuzda, her irade beyanında, o işlemin niteliğine ve tarafların menfaat durumlarına göre bir sonuca varılmalıdır. Bu yoldan, bazı işlemlerde irade beyanının gönderilmesi ile yetinmek, bazılarında varmayı, bazılarında da öğrenmeyi aramak icap edecektir. Bir işlemde beyan sahibinin korunması söz konusu ise (örneğin, işverenin haklı sebeple hizmet sözleşmesini feshetmesi = bozması) gönderme yetecek; karşı taraf korunmak isteniyorsa varma, hatta yerine göre öğrenme (= ıttılâ) şart koşulacaktır. 5

Fikrimizce, hâkim görüşle birlikte, kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, bütün bu tip irade beyanlarında *varma* nazariyesinin esas olduğu kabul edilmelidir[10]. Gerçekten, bizde BGB § 130/I gibi genel bir hükmün bulunmaması hiçbir şekilde bu görüş aleyhinde kullanılamaz. Zira, İsviçre-Türk Borçlar Kanunlarında, BGB'den farklı olarak, bir "Genel Hükümler" kısmı mevcut değildir. Onun için, kanun koyucu bu meselede ne düşündüğünü, daha başka pek çok konuda yaptığı gibi, Borçlar Kanununun BGB'nin Genel Hükümlerine paralel bir rol oynayan ilk maddelerinde kabul beyanı dolayısı ile açıklamıştır. Kaldı ki Ortak Hukukta (Pandekt Hukukunda) dahi, hazır olmayan bir muhataba karşı yapılmış irade beyanlarının ne vakit tamamlanmış sayılacağı problemi ve buna ilişkin olarak öne sürülen *açığa vurma* (izhar), *gönderme* (irsal), *varma* (vusul) ve *öğrenme* (ıttılâ) nazariyeleri hep sözleşmenin kurulması dolayısı ile ortaya atılmış ve tartışılmış bulunuyordu[11]. Bu da, İsviçre Borçlar Kanununun neden dolayı sadece kabul beyanına ilişkin olarak meseleyi çözmekle yetindiğini ortaya 6

9) **Oğuzman**, Hizmet (İş) akdinin feshi, İstanbul 1955, s. 129 vd., **Saymen/Elbir**, s. 127; Küley, MHAD, yıl II, 1958, sayı 2, s. 229.

10) Ayrıca bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, MHAD, yıl II, 1958, sayı 2, s. 233 vd.

11) Bkz. **v. Tuhr**, AT, § 61, not 179; **Flume**, §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 imkânı doğmamış bir beyanın hukukî sonuçlarına katlanmaya mecbur tutmak âdil bir çözüm değildir. Bu ihtimalde bile, karşı tarafın kanun 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 belirmektedir.

2. Varma Ne Vakit Gerçekleşir?[12]

Bu konuda bir ayrım yapmalıdır:

7 a. *Karşı karşıya bulunan kişiler* (hazır bulunanlar) arasında, beyan yapıldığı anda karşı tarafa ulaşır ve onun tarafından öğrenilir. Görüldüğü gibi, *varma* ile *öğrenme*, bu ihtimalde bir arada gerçekleşmektedir. Alman hukukunda eskiden hâkim 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 duyulanın yanlış yorumlanmasından farklı bir ihtimaldir) beyanı geçerli saymıyordu. Karşı tarafı aşırı ölçüde koruyan bu görüş bugün çoğunluğun görüşü olmaktan çıkmıştır. Şimdi hâkim olan ve "yumuşatılmış öğrenme ilkesi" olarak adlandırılan görüş, beyanın doğru biçimde anlaşılmamış olmasına veya hiç anlaşılmamasına ilişkin riskleri iki taraf arasında âdil bir biçimde paylaştırma 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 kuşkulanması 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 bulunanın durumdan şüphelenmesini gerektirecek bir husus yoksa*, onun, beyanı-

12) 11.2.1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanununun kapsamına giren beyanlarda o kanun hükümleri uygulanır. Burada yapılan açıklamaların bahis konusu kanunla bir ilgisi yoktur.

mektup (karşı taraf evde veya işyerinde adresse bile) onun posta kutusuna atılmışsa, veya dönüşünde görecegi şekilde kapının altından atılmışsa varmış sayılır

kitap altı veya halı altı geçerli değil

nın karşı tarafa ulaştığı ve tam olarak anlaşıldığı konusuna ilişkin güveni korunur ve bu beyan geçerli biçimde karşı tarafa ulaşmış sayılır[13].

b. *Karşı karşıya bulunmayan kişiler* (gaipler, hazır bulunmayanlar) arasında, varma nazariyesi rizikoların (tehlikelerin) beyan sahibi ile karşı taraf arasında âdil bir şekilde paylaştırılması amacını gütmektedir. Beyanın karşı tarafa ulaşmasına kadar olan tehlikeler beyan sahibine, bu aşamadan sonraki tehlikeler ise karşı tarafa aittir. Örneğin, mektup yolda kaybolsa, bu, beyan sahibinin aleyhine olacak ve beyan hüküm doğurmayacaktır. Buna karşı, muhataba (karşı tarafa) varan beyanı öğrenip öğrenmemeye ilişkin rizikoya muhatap katlanmak zorundadır. O halde varma ne vakit gerçekleşmiş sayılacaktır? 8

Bu konuda bugün savunulan fikirleri ikiye ayırabiliriz. İsviçre-Türk Hukuklarında yaygın olan *birinci fikir* uyarınca, (yazılı) beyan, karşı tarafla öyle bir *alan* (= *saha, mekân*) *ilişkisi* içine girmiş olmalıdır ki, bundan böyle, hayat tecrübelerine ve normal şartlara göre onu öğrenmek sadece muhatabın (karşı tarafın) elinde olmalıdır[14]. Alman Hukukunda hâkim olan ve İsviçre-Türk Hukuklarını da etkisi altına almaya başlayan *ikinci fikir*[15] ise, beyanın karşı tarafa o tarzda *yakın* bir duruma gelmesini arıyor ki, artık *muhatap normal şartlar altında onu öğrenmek iktidarını kazanmış olsun ve bahis konusu öğrenme bizzat onun tarafından alınan tedbirler veya iş (alış-veriş) hayatının âdetlerine göre ondan beklenebilsin.*

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 işyerine dönen muhatabın, günlerle posta kutusuna bakmayı ihmal etmesi veya bir müstahdemin (hizmetlinin) posta kutusundaki mektubu onun masasına bırakmadan kendi evrakına karıştırması yüzünden, karşı tarafın mektubun içeriğini çok geç öğrenmesi yahut hiç öğrenmemesi sonucu değiştirmez. Buna karşı, kiracısı A'yı ziyaret eden B, kira ilişkisini feshettiğini bildiren yazılı beyanını A'nın kitapları arasına, yahut halının altına bırakırsa varma gerçekleşmemiştir. Ancak, A tarafından bahis konusu yazının fiilen bulunduğu anda varmadan söz edilebilecektir[16].

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, II, 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.
16) **Flume**, § 14, 3, b, s. 230-231.

nin kapalı olduğu sırada oraya ulaşır ve muhataba ait posta kutusuna konulursa[17], varma o anda mı gerçekleşmiştir, yoksa bunu takip eden ilk çalışma gününde mutat çalışma saatinin başladığı anda mı gerçekleşecektir? Örneğin, bir resmî 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 Alman öğretisinde, gerekse Alman uygulamasında hâkim 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 imkânı yoktur[18]. 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 okursa, varma cumartesi günü gerçekleşmiş sayılacaktır[19].

9 Burada karşımıza çıkan ilginç bir mesele vardır: İrade beyanını içeren *taahhütlü 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? Hâkim olan görüşe göre, sadece ihbarnamenin bırakılması varmanın gerçekleşmiş sayılması için yeterli değildir, zira ihbarnameden mektubun içeriğini de, kimin tarafından gönderildiğini de anlamak imkânı yoktur. İlgilinin her an eve dönüp ihbarnameyi posta kutusunda bulma ve postaneye gidip mektubu alma imkânının yaratıldığı da, özellikle her iki eş çalıştığı ve ancak akşam saatlerinde postane kapandıktan sonra yahut kapanmasına az

17) Genellikle bir işyerine gönderilen mektubun, işyerine ulaşması yeterli görülmüyor, 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, *varma 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 âdetlere göre, pazartesi sabahından önce muhatabın kendisine varmış bulunan mektubu öğrenmesi ondan beklenemez. "Varma" ve "zamanında varma" kavramlarını 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, normal olarak mektubun postaneden alınması imkânını sağlayan bir süre geçince gerçekleştiğini kabul etmektir. O halde, mektubun, *ihbarnamenin posta kutusuna bırakıldığı günü izleyen (ilgili postanenin açık bulunduğu) ilk iş günü* vardığını kabul etmek gerekecektir. Bu, araya tatil günleri girmemişse, genellikle *ertesi gün* olacaktır[20].

Son olarak, modern teknolojinin ışığında geliştirilen yeni bir "varma" kavramı üzerinde kısaca durmak istiyoruz[21]. Buna göre, varma olgusunu "yükleme", "stoklama" veya "depolama" diye çevirebileceğimiz *"Speicherung"* kavramından hareket ederek belirlemek gerekir. Durumu açıklamak üzere, bu görüşü ortaya atan *John*'un verdiği bir örnekten[22] hareket edelim: A, B'ye telefon ederek bir irade beyanında bulunmak istiyor, ancak B yerinde olmadığı için mesajını B'nin telefonu ile bağlantılı ses alma cihazına (teype) kaydettiriyor. Burada, telefonla yapılmış sözlü, fakat gaipler (karşı karşıya olmayan kişiler) arasında gerçekleştirilmiş bir beyan vardır. Ne var ki, bu beyan B'nin iktidarındaki ses alma cihazına kaydedilmiş, orada B'nin her zaman *kolaylıkla* ve *güvenilir* biçimde, hatta isterse *defalarca* başvurabileceği tarzda stoklanmış, depolanmıştır. Şu halde, varma gerçekleşmiştir. Karşı tarafın mesajı derhal öğrenmesi şart değildir. Stoklanmış bilgiye, (beyan sahibiyle yeniden doğrudan doğruya bir ilişki kurmaya gerek kalmaksızın) istendiği zaman ve tekrar tekrar başvurabilme imkânının yaratılması yeterlidir. B, hiç dinlemeden, banttaki kayıtları silse bile sonuç değişmeyecektir. 10

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) imkânını elde ettiği andan itibaren kendisine varmış sayılır[23]. Ne var ki, elektronik posta kutuları genellikle İngi- 11

---

20) **Larenz/Wolf**, 9.A., § 26, N. 28; **Behn**, Das Wirksamwerden von schriftlichen Willenserklärungen mittels Einschreiben: Zur Bedeutung der Zurücklassung des Benachrichtigungszettels, AcP 178 (1978), s. 526 vd.; **Kramer**, Art. 1, N. 88-. Ayrıca bkz. **Schönenberger/Jäggi**, Art. 9, N. 43; **Guhl/Koller**, § 13, N. 44. -Alman Federal Mahkemesiyle birlikte, varmanın alıcının postaneye gidip gönderiyi 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.II.193).

21) Bkz. **John**, Grundsätzliches zum Wirksamwerden empfangsbedürftiger Willenserklärungen, 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 İnternette Sözleşmelerin Ku-

lizce'de *spam* sözcüğüyle ifade edilen "istenmeyen mesajlarla"[24] doldurulduğu için, E-posta kutusuna gelen hukukî 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 kâğıtlarında, telefon ve faks numaraları 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].

3. Varma Açısından Sözlü ve Yazılı Beyanlar Arasında Fark Var mıdır?

12 Yazılı beyanlar, *mücessem (cisim olarak varlığı olan)* irade beyanları kategorisine girer. Dış âlemde elle tutulur bir varlık kazanmış olan bu gibi beyanlar devamlı öğrenilme imkânı sağlar. *Cisim olarak varlığı bulunmayan* irade beyanları içinde yer alan sözlü beyanlarda durum tersinedir. Bunlar ancak yapıldıkları anda öğrenilir[27]. Bir lâtince 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, resmî tatil günlerinde E-posta kutusuna ulaşan mesajlar, bunları hemen öğrenme imkânı bulunmadığı için derhal varmış sayılamaz. Örneğin beş saat içinde cevap verilmek üzere yapılmış bir teklif gece yarısından sonra saat 02'de karşı tarafa ulaşmışsa durum böyledir. (Özellikle bkz. **Demir**, s. 180. Krş. **Gezder**, Mesafeli Sözleşmeler, İstanbul 2006, s. 144 vd.). Bu durumda, mesajın varma 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; **Gezder**, 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; **Härting**, Internetrecht, 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 alanına girince karşı tarafa ulaşmış sayılır. Problem, beyanın bir temsilciye değil, fakat *haberciye (beyan taşıyıcıya)* karşı yapıldığı durumlarda ortaya çıkar. O zaman şu ayrımı hiç gözden uzak tutmamak gerekir[28]:

— Sözü edilen haberci, *beyanda bulunanın 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 sayılır[29]. 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 edilir[31].

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* göre[32], 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 imkân veren uygun bir süre geçtikten sonra karşı tarafa varmış sayılır. Bahis konusu kişinin uygun (elverişli) bir kişi olup olmadığını tâyin 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; **Zäch**, 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 *farklı yerlerde* bulunuyorsa, pasif habercinin beyanı muhataba nakletmesinin beklenebileceği andan önce varma 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 âdetlerine 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 ona varmış 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 gerçekleşecektir[33].

15 — *İkinci fikir* bundan çok farklıdır. Sözlü ve yazılı beyanlar arasındaki nitelik farkını daha esaslı bir şekilde göz önünde tutan bu fikir gereğince[34], teknik anlamda "varma"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 imkânı yoktur. Kaldı ki, yazılı bir metin bırakacak yerde sözlü bir beyanla yetinen beyan sahibi, beyanın (örneğin, beyanı alan müstahdemin 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 (belleğine) yapılan depolamalar, bu beyanların, tam ve doğru

---

33) **Schönenberger/Jäggi**'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 varmış 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. Tuhr/Peter**, § 22, III, s. 170; **v. Büren**, s. 16, not 19.

biçimde nakledilmesi yönünden, modern teknolojinin yarattığı aygıtlarda olduğu kadar güvenilir bir nitelik taşımamaktadır.

— Bizim de katıldığımız *üçüncü görüşe* göre[35], bir haberciye karşı ya- 16
pılan sözlü beyanların yazılı beyanlarla bir tutulması her zaman mümkün değildir.

= Sözlü beyan, karşı tarafın kendisine yapılacak *her çeşit beyanı almaya yetkili kıldığı* bir haberciye yapılmışsa, mesele yoktur. Artık sözlü beyanlar ile yazılı beyanlar arasında fark gözetilemez. Bir işyerinde karşı tarafın sekreterine yapılan beyanlarda genellikle varılacak sonuç budur[35a]. Güven ilkesinin ışığında değerlendirilecek böyle bir yetkilendirme 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 görüşe uygun biçimde beyan sahibinin habercisi sayılan kişinin bunu karşı tarafa fiilen naklettiği, yani onun bilgisine ulaştırdığı anda varmış sayılır.

= Bu açıklamalar gösteriyor ki, özellikle *karışık* veya *uzun* beyanlar söz konusu ise, sözlü beyanları yazılı beyanlarla bir tutmak söz konusu olamaz. Örneğin bir televizyon satıcısı olan A, öğle saatlerinde, televizyonunu değiştirmek isteyen arkadaşı B'nin evine uğrayıp onun yirmi yaşındaki kızı K'ya belirli bir marka ve modele ilişkin, iki gün için geçerli son fiyat teklifini sözlü olarak verdiği 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* yahut (üstün tuttuğumuz görüşe göre) *beyanın B'ye nakledilmesi için gerekli uygun süre geçtikten sonra* (bu görüş çerçevesinde, B ile bağlantı kurulması hayatın olağan akışı içinde daha önce beklenebilir değilse, akşam B'nin eve normal dönüş saatinde), K durumdan babasını haberdar etmeyi ihmal etse bile, B'ye varmış sayılır. Bu ihtimalde K, babası B'nin habercisi konumundadır. Buna karşı, A'nın 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 varması, 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 korunduğu ihtimallerde sözleşme yanlış veya eksik beyan üzerinden kurulur. 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, öğretide hâkim olan görüşe göre, beyanın süre geçmeden *gönderilmesi yetmez, süresi içinde karşı tarafa varmış* olması da aranır[36].

v. Tuhr bu sonucu desteklemek üzere, BK. m. 3/c. 2 hükmünden kıyas yolu ile yararlanmak imkânı olduğunu kaydediyor[37]. Gerçekten, bu hüküm uyarınca, icapçı süreli bir icap yapmışsa, sözleşmenin kurulması için kabul beyanının süre geçmeden kendisine varmış olması gerekmektedir.

varması gerekn beyan kanun icabı belirli süre içinde yapılmış ise
beyan süre geçmeden gönderilmesi yetmez
süresi içinde karşı tarafa varmış olması da aranır

36) **v. Tuhr**, AT, § 61, III, 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 dâvasında 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 malûl sözleşmelerde fesih beyanı ve bunun süresi, Ege Üniv. Hukuk Fakültesi Dergisi; yıl I, 1980, no. 1-4'den Ayrı Baskı, s. 47 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 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

I. Sözleşme Ve Sözleşme İle Kurulan Hukukî 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 gerekir[1]: 1

— Sözleşme kavramının birinci anlamı, *hukuki işlem* olarak, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıdır. İki tarafın hukukî bir sonuca yönelik irade beyanları ile gerçekleşen bu eylem bir sözleşmeyi oluşturur.

— Sözleşme denince, bazen, bununla hukukî işlem anlamında sözleşmenin meydana getirdiği *hukuki sonuç*, bir başka deyimle *hukukî düzenleme* kastedilir. Bir ibra sözleşmesi yapılmışsa, meydana gelen hukukî sonuç, ibra edilen alacağın düşmesidir. Yapılan sözleşme, bizim şu andaki ilgi alanımıza giren bir borç sözleşmesi ise, bununla taraflar arasında, içlerinden birini veya her ikisini borç altına sokan bir *borç ilişkisi* kurulur. Örneğin bir satış veya kira sözleşmesinin kurulması (birinci anlamda sözleşme), tarafların karşılıklı olarak borçlandıran bir satış veya kira ilişkisinin (ikinci anlamda sözleşme) doğumuna yol açar.

Bu açıklama da gösteriyor ki, sözleşme deyimi, 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 deyimiyle ifade edilir.

Sözleşme deyiminin bu iki anlamı arasındaki fark aşağıda örneklerde çok açık biçimde karşımıza çıkar: 2

---

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 opsiyon hakkı uyarınca, B, sözleşmede öngörülmüş şartlar çerçevesinde, bir taraflı irade beyanıyla bir satış veya kira ilişkisini kurma imkânını elde etmiştir. B, yenilik doğuran hak niteliğindeki opsiyon hakkını kullanınca, onun bir taraflı 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 gerçekleşecektir[2].

3 Yukarıdaki açıklamaların ışığında, hukukî işlem anlamında sözleşmenin gerçekte iki sonucu olduğunu söyleyebiliriz[3]:

— 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 birinci anlamda sözleşmeyi kastediyoruz), her iki tarafın da bağlı olması, yani kanun veya sözleşmenin izin verdiği istisna durumları dışında, hiçbirinin bir taraflı bir irade beyanı ile sözleşmeden sıyrılma imkânının bulunmamasıdır. Bunu, sözleşmenin *bağlayıcı sonucu* (veya hükmü) olarak adlandırmak gerekir.

II. Değişik Sözleşme Kurma Teknikleri

4 Bu konuda, Borçlar Kanununun 3-10. maddelerinde öngörülen klâsik sözleşme kurma tekniği, icap ve kabul'ün birleşmesi esasına dayanmaktadır. Ne var ki, uygulamada başka yöntemler de gelişmiş, hatta 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 sözleşmelerdir[4].

---

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.

Aşağıda, sözleşmeyi kurma amacı ile başvurulan belli başlı teknikler ana hatları ile belirtilmektedir:

1. İcap ve 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 aşamasından önce bu aşamayı hazırlayan bazı sözleşme görüşmeleri yapılabilir. Örneğin, B'nin evindeki değerli bir tabloyu almak isteyen A, önce ona bu tabloyu satmak isteyip istemediğini sorabilir. Bir düşünce süresi talep eden B, birkaç gün sonra uygun bir fiyat teklif edilirse, satışın gerçekleşebileceğini bildirir. Bunun üzerine A bir fiyat teklif eder (icap), B bunu uygun bulur (kabul) ve sözleşme 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. Aynı örnekte, B, A'nın teklif ettiği fiyatı beğenmeyip daha yüksek bir bedel talep etse (yeni bir icap) ve sözleşme A'nın bu bedele razı olması ile (kabul) kurulsa dahi, bu söylediklerimizde bir değişiklik olmaz.

b. Herhangi bir görüşmeye gerek kalmadan doğrudan doğruya icap ve kabul ile (daha sonra ifa edilecek) sözleşmenin kurulması mümkündür. Örneğin, akşam B'nin evine davetli olan A, duvarda gördüğü tabloyu 20.000 lira'ya satın almaya hazır olduğunu bildirir, B de bunu derhal kabul ederse durum böyledir. Sözleşme hemen kurulmuştur. A, iki saat sonra evden ayrılırken tabloyu götürecek, bedelini ise ertesi gün B'ye ödeyecektir. Hiç kuşkusuz, A'nın tabloyu bir kaç gün sonra teslim alması da söz konusu olabilir. Görüldüğü gibi, önceden ayrı 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.

c. Nihayet, üçüncü bir ihtimal, herhangi bir görüşme yapılmadan icap ve kabul yolu ile gerçekleşen sözleşmenin *elden sözleşme* niteliğini taşıması, yani icap ve kabul ile birlikte aynı anda ifanın da gerçekleşmesidir. 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 görüşe göre, borçlanma işlemi ile ifa fiillerini oluşturan tasarruf işlemleri aynı anda ve bir arada gerçekleşmektedir. Buna karşı, diğer bir görüş, elden işlemlerde, derhal yerine getirilen edimlerin arkasında bir borçlanma işleminin bulunmadığını, böyle bir borç-

lanma işleminin reddedilmesi gereken bir faraziyeden (varsayımdan) başka bir şey olmadığını ileri sürmektedir[5].

Bu vesile ile hatırlatalım ki, elden sözleşmelerin en klâsik örneğini, taşınırlarda, ancak bu yoldan gerçekleşebilen elden bağışlama oluşturur (BK. m. 237/1).

2. Sözleşmenin icap ve kabul ayrımı yapmak imkânı olmaksızın görüşmeler sonucu hazırlanan metnin birlikte benimsenmesi yolu ile kurulması

a. Genel Olarak

6 Çağdaş ekonomik hayatın gözde sözleşmeleri, örneğin tek satıcılık, lisans, know how[6], franchise[7], joint - venture[8] sözleşmeleri veya şirket paylarının devrine ilişkin anlaşmalar gibi çok defa yabancılarla yapılan sözleşmeler, taraflar arasında çeşitli teknik adamlar ve danışmaların da katıldığı, bazen aylar hatta yıllar süren müzakereler sonucu kurulur. Bu görüşmeler sonucu ortaya çıkan sözleşme metni, çok defa konuları 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 imkânı 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 imkânının bulunmaması, uygulama açısından herhangi bir fark yaratmaz. Ortada yine, Borçlar Hukuku ilkelerine göre *birlikte muvafakat* (uygun bulup olur deme) yolu ile kurulmuş bir sözleşme vardır[9].

7 İsviçre Hukukunda *Merz*[10] 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 beyanında bulunup bulunmayacağı hususunda karar vermek zorunda kalır. Görülüyor ki, *Merz*'e göre, uzun görüşmeler sonucu kurulan sözleşmelerde de, son aşamada bir icap ve kabule rastlanmaktadır. Yazarın görüşü bazı haller için doğru olabilir. Fakat bunun her zaman böyle olduğunu ileri sürmek yerinde değildir. Zira, yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı gibi, uygulamada önce bir tarafın hazırlanan metni benimseyip bunu diğer tarafa bildirmesi söz konusu olmadan, metnin birlikte uygun görülüp imzalandığı durumlarla çok sık karşılaşılır[11].

b. Sözleşme Görüşmelerine İlişkin Anlaşmalar

Sözleşme görüşmelerinin taraflar arasında dürüstlük kuralına (MK. m. 2/I'e) dayalı, edim yükümlerinden bağımsız bir borç ilişkisi yarattığını daha önce belirtmiştik[12]. Bu aşamada, tarafların, *sözleşme görüşmelerine ilişkin anlaşmalar* yapmaları da mümkündür. Bunu, kurulması için görüşülen sözleşmeden dikkatle ayırmak gerekir. Burada ne gibi sözleşmeler söz konusu olabilir[13]? 8

— Taraflar birbirlerine bir *sözleşmenin kurulması veya değiştirilmesi için görüşmeler yapmayı taahhüt edebilirler (Verhandlungsvertrag, contrat de négociation)*. Bu taahhüt, sözleşmeyi kurma taahhüdü olmayıp, sadece tarafları sözleşme kuruluncaya veya uygun bir süre içinde kurulamayacağının açıkça anlaşılacağı ana kadar, ciddi olarak görüşmelere başlama ve bunları sürdürme yükümlülüğü altına sokar. Taahhüdüne aykırı davranan taraf, diğer tarafın bu taahhüde güvenmesi sonucu uğradığı zararları tazmin borcu altına girer.

Böyle bir sözleşme yapılmamışsa, taraflardan her biri her zaman bir taraflı olarak sözleşme görüşmelerine son verebilir. Bu davranış, onu, karşı tarafın boşuna yaptığı giderleri tazmin borcu altına sokmaz. Görüşmelerin başarısızlıkla sonuçlanması görüşme kavramının içinde yer alan normal bir risktir. Ne var ki, 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 kaçınılmazdır[14].

— Görüşmelerin *hangi noktalar üzerinde* veya *hangi yöntem ve usullere 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. **Terré/Simler/Lequette**, Droit civil, les obligations, 5. éd., Paris 1993, s. 139, Nr. 178; **Dessemontet**, Les accords de confidentialité, Mélanges 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) **Terré/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 etiği bazı bilgileri diğer tarafa aktarması gerekebilir. Bu gibi bilgilerin gizli kalmasını sağlamak üzere *sır saklama sözleşmeleri (accords ou clauses de confidentialité, conventions de discrétion, clauses de non - divulgation, confidentiality agreement, secrecy agreement)* yapılabilir.

— Taraflar görüşmeler sırasında, belirli bir süre için rakip firmalarla paralel görüşmeler yapmayacaklarını birbirlerine taahhüt edebilirler *(Başkası ile görüşme yapmama anlaşması, clause d'exclusivité de la négociation, Ausschliesslichkeitsabkommen)*.

— Özellikle, sözleşme müzakereleri başarısızlıkla sonuçlandığı takdirde, bu müzakerelerin yol açtığı *giderlerin taraflarca nasıl paylaşılacağına ilişkin sözleşmeler* 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 büyük önem taşır.

— Sözleşme görüşmelerinin ilerlemesi ve belirli bir aşamaya gelmesi halinde, o ana kadar varılan sonuçları (şüphesiz ancak asıl sözleşme kurulduğu takdirde bağlayıcı olmak üzere) tespit eden anlaşmalar yapılabilir (*Sözleşme tasarısı veya projesi, Punktation, punctation, accord de principe, memorandum of understanding*)[15].

8a Yukarıda sayılanlar gibi bir sözleşme yapmanın (bir taahhüt içermeyen sözleşme tasarısı veya projesi dışında) iki 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 imkânının doğmuş olmasıdır.

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 tâbi olacağı

15) **Terré/Simler/Lequette**, not 13'de age, s. 140, Nr. 179; **Bühler - Reimann**, not 9'da age, s. 259, 261. Bu son yazarın, 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.

kurallar, bir taraflı olarak ve kendi çıkarları üstün tutularak hazırlanan genel işlem şartlarında düzenlenmekte ve karşı tarafa ya genel işlem şartlarını olduğu gibi kabul etmek veya ihtiyacı olan sözleşmeden vazgeçmek dışında bir seçim hakkı kalmamaktadır. Bu yoldan kurulan ve genellikle "standart sözleşme" diye anılan sözleşmelerde, bir sözleşme görüşmesine hemen hemen hiç yer yoktur. Hiç kuşku yok ki, bu teknik çerçevesinde kurulan bir sözleşmeyi, Borçlar Kanununun öngördüğü biçimde, eşit durumdaki kişilerin gereğinde görüşmeler yaparak icap ve kabul ile kurdukları sözleşmelerle bir tutmak kesinlikle mümkün değildir.

Biz aşağıdaki açıklamalarımızda, yukarıda (2) başlığı altında incelediğimiz sözleşme kurma tekniği üzerine tekrar dönmeyecek ve önce (1) başlığı altında temas ettiğimiz icap ve kabul yolu ile sözleşmenin kurulmasını, ardından (3) başlığı altında andığımız genel işlem şartlarına dayalı sözleşme kurma tekniğini ele alacağız. Ancak, bundan önce, "uyuşma" ve "uyuşmazlık" kavramlarını kısaca gözden geçirmek zorundayız.

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

I. Uyuşma ve Uyuşmazlık Kavramları

1. Uyuşma

a) Normal (fiilî) uyuşma

BK. m 1, sözleşmenin kurulması için iki tarafın iradeleri değil, irade beyanları arasında uygunluğun bulunmasını aramıştır. Şu halde, uyuşmanın en normal gerçekleşme biçimi karşılıklı *beyanlar* arasında uygunluktur ve yine normal durumda bu beyanlar tarafların gerçek iradelerini yansıtmaktadır. Bununla birlikte, daha önce de gördüğümüz gibi[1], bir taraf, yanlışlıkla gerçek iradesine uymayan bir beyanda bulunduğu halde, diğer taraf, hem onun yanıldığını hem de gerçek iradesinin ne olduğunu fiilen anlamışsa, "kabul" cevabı üzerine sözleşme, yine beyanda bulunanın gerçek iradesi üzerinden kurulacaktır. 1

Görüldüğü gibi, bütün bu gibi ihtimallerde tarafların yalnız beyanları değil, gerçek iradeleri arasında da uygunluk vardır.

b) Normatif (farazî, varsayımsal) uyuşma

Yine yukarıda gördük ki[2], tarafların fiilen uyuşmadıkları bazı ihtimal- 2

1) Bkz. § 13, N. 5 vd.
2) Bkz. § 13, N. 5 vd.

lerde de, güven ilkesine dayanarak, taraflardan birinin diğerinin beyanına vermesi gereken, ancak karşı tarafın gerçek iradesine uymayan anlam hukuken korunabilmekte ve sözleşme (diğer tarafın hata sebebi ile iptal hakkı saklı kalmak üzere) bu anlam üzerinden kurulmuş sayılabilmektedir. Bu halde de fiilî olmasa bile farazî (varsayımsal) veya normatif bir uyuşma vardır ve sözleşme BK. m. 1/I'e uygun biçimde kurulmuş sayılır.

2. Uyuşmazlık

3 Tarafların irade beyanları arasındaki uygunsuzluk sonucu sözleşme kurulmuyorsa, uyuşmazlıktan bahsedilir. Örnek: A, B'ye 890 üzerinden teklifte bulunuyor; B, bunu yanlışlıkla 980 olarak okuyor ve cevabını "980 üzerinden yaptığınız icabınızı kabul ediyorum" biçiminde karşı tarafa gönderiyor. Bu ihtimalde, her iki tarafın irade beyanları arasındaki uygunsuzluk sebebiyle sözleşme 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 ayrım ise *tam* ve *kısmî* uyuşmazlıklar arasında yapılan ayırımdır. Uyuşmazlık sözleşmenin tamamı ile ilgiliyse tam uyuşmazlıktan, sözleşmenin bazı bölümleri bakımından uyuşma gerçekleştiği halde, diğer bazı bölümler açısından uyuşmazlık varsa kısmî 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.

II. Uyuşmanın Kapsamı

1. Genel olarak

4 İster normal, ister farazî (normatif) anlamda olsun, uyuşmanın gerçek-

leşmiş ve sözleşmenin kurulmuş sayılabilmesi için, sözleşme ile ilgili her noktada tarafların uyuşmuş olmaları şart mıdır, yoksa belirli bazı noktalarda uyuşulmuş olmasını yeterli saymak imkânı olacak mıdır?

Bu sorunun cevabını BK. m. 2/I şöyle veriyor:

"İki taraf akdin esaslı noktalarında uyuşurlar ise ikinci derecedeki noktalar sükûtla geçilmiş olsa bile akde mün'akit olmuş nazariyle bakılır"

Görüldüğü gibi, bu hükme göre tarafların yan (ikinci derecede) noktalardan hiç söz etmeksizin sadece esaslı noktalarda uyuşmuş olması, sözleşmenin kurulmuş sayılması lehine bir karine oluşturmaktadır. Şimdiden belirtelim ki, müzakereler sırasında hiçbir yan nokta gündeme gelmemişse veya görüşme konusu olmakla birlikte teklif sahibince geri çekilmişse, tüm esaslı noktaları üzerinde uyuşulmuş sözleşmenin kurulmuş olacağı esasen şüphe götürmez. Bu hüküm İsviçre Borçlar Kanunundan yanlış tercüme edilmiştir. Gerçekten İsviçre Borçlar Kanunu'nun farklı biçimde kaleme alınmış 2. maddesinin 2. fıkrası, esaslı noktalar üzerinde uyuşan tarafların, yan noktalar üzerinde anlaşmaya varılmasını saklı tutmaları, yani bu konuyu ilerde gerçekleşecek bir uyuşmaya terk etmeleriyle ilgilidir. Buna göre, yan noktaların saklı tutulmuş olması, tüm esaslı noktaları üzerinde anlaşma sağlanmış sözleşmenin bağlayıcılığı lehine bir karinenin doğmasını engelleyemeyecektir. Şu halde, (aksi ispat edilebilen) bu karinenin geçerlilik kazanabilmesi için, bütün esaslı noktalarında mutabakat sağlanmış bir sözleşmeye ilişkin olarak a) taraflar arasında görüşme konusu olan en az bir yan noktada uyuşma sağlanamamış, b) taraflar bu nokta veya noktalar üzerinde ilerde görüşüp bir anlaşmaya varmayı birbirlerine karşılıklı olarak taahhüt etmiş bulunmalıdır[2a]. Böylece (ilerdeki anlaşmaya terk edilmiş yan noktalar dışında) tüm esaslı noktaları üzerinde tarafların anlaştığı sözleşmenin kurulmuş sayılmasına ilişkin bir karine kanun tarafından kabul edilmiş 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 esaslı noktaları üzerinde uyuşulmuş imzalı bir sözleşme metni mahkemeye ibraz edildiği vakit, bazı yan noktalara ilişkin uyuşmanın taraflarca ileriye bırakılmış olup olmadığı (bu yolda bir iddia bulunmadıkça) ayrıca araştırılmak-

2a) **Schönenberger/Jäggi**, Art. 2, N. 20; **Kramer**, Art. 2, N. 15.

2b) Bu çözüm öğretide yerinde olarak eleştirilmiştir (**Koller**, I, 2.A., § 6, N. 22; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 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 kurulmuş sayılmasına ilişkin bir karinenin BK. m. 2/I çerçevesinde oluştuğunu kabul etmek icap eder.

Kaldı ki, İsviçre metnine göre de, bazı yan noktalar üzerinde anlaşmanın ileriye bırakılmasına rağmen, tüm esaslı noktalar üzerinde uyuşulması sözleşmenin kurulmuş 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 hâkimin 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" ayrımından 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 anlaşıya göre[3], sözleşmede yer alan noktalar aşağıdaki üçlü ayrım 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.

kira bedeli gibi)[4]. Ne var ki, öngörülen sözleşme kanunda belirlenmiş sözleşme tiplerinden hiçbirine girmiyor ve ekonomik gelişmeler sonucu ortaya çıkmış kendine özgü bir sözleşme niteliğini taşıyorsa, bu defa, bunun "anlamlı bir bütün" oluşturması için iş hayatında aranan şartların tam olarak gerçekleşip gerçekleşmediğini dikkate almak gerekir[5].

— *Naturalia negotii (doğal noktalar):* Burada söz konusu olan, taraflarca düzenlenmemiş olan noktalarda uygulama alanı bulan kanunun tamamlayıcı hükümleridir. Örneğin, borcun yerine getirilmemesinin sonuçları kanunda emredici nitelik taşımayan hükümlerle düzenlenmiştir. Bu gibi hükümler taraflarca anlaşma konusu yapılmalarına ihtiyaç olmaksızın uygulanır. Bununla beraber kabul etmek gerekir ki, söz konusu tamamlayıcı hükümleri tarafların bu konuyu düşünselerdi yaptıkları sözleşmeye ekleyecekleri hükümler (yani bir çeşit "farazî veya varsayımsal sözleşme içeriği") olarak görmek, bugünkü "tamamlayıcı kanun hükmü" anlayışına uymamaktadır[6]. 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 söylenebilir[7].

— *Accidentalia negotii (aslında bulunmayıp, sonradan ve dıştan gelen anlamında olmak üzere"arızî noktalar"):* Burada, tarafların kanundaki düzenlemeye ek olarak veya emredici olmayan kanunî düzenlemeden ayrılarak kararlaştırdıkları hükümler söz konusudur. Örneğin, BK. m. 73'de öngörülen ifa yerinin veya BK. m. 183'de satışta hasarın intikali 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 ob- 7
jektif 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/Jäggi**, Art. 2, N. 39; **Kramer**, Art. 2, N. 7.
6) **Flume**, § 6, 2, s. 80-81 - Farklı: **Schönenberger/Jäggi**, Art 2, N.4.
7) **Bucher**, Basler Komm., Art. 2, N. 14.

madığı takdirde sözleşmenin kurulmasına razı olmayacağı anlaşılmakta; yani o, bunlara ilişkin uyuşmaya sözleşmenin kurulması açısından bir *condicio sine qua non* (onsuz olmaz şart) nazarı ile bakmaktadır[8].

b. Yan (ikinci derecede) noktalar

8 Yukarıda belirtilen anlamda, objektif veya sübjektif bakımdan esaslı sayılmayan bütün noktalar ikinci derecede (yan) nokta sayılır.

3. BK. m. 2/I uyarınca sözleşmenin ne vakit kurulmuş sayılabileceği

a. Hükmün niteliği

9 BK. m. 2/I, sadece bir karine koyan ve bu şekilde ispat yükünü düzenleyen bir hükümdür[9]. Bu karine, tersi ispat edilebilen âdi bir karinedir.

b. Hükmün uygulama alanı

BK. m. 2/I uyarınca sözleşmeyi kurulmuş sayan karinenin harekete geçebilmesi için, her şeyden önce tarafların sözleşmenin *esaslı noktalarında* uyuşmuş olmaları gerekir. Tartışmalı olmakla birlikte, BK. m. 2/I'de sözü geçen esaslı noktalardan sadece *objektif yönden esaslı olan noktaları (essentialia negotii)* anlamak icap eder[10]. Örneğin, bir satış sözleşmesinde objektif açıdan esaslı noktalar, satılan mal ile satış bedelidir. Buna karşı, malın teslim yeri, 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/I'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/ Jäggi**, Art.2, N.33; BGE 118.II.34.

9) **Bucher**, Basler Komm., Art.2, N.1.

10) **Kramer**, Art. 2, N. 10; **Schönenberger/Jäggi**, Art. 2, N. 32 vd.; özellikle N. 37, 39; **Schwenzer**, N. 29.03 vd.; **Gauch/Schluep/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/I'deki karinenin gerçekleşmesi için, tarafların hem objektif hem de sübjektif açıdan tüm esaslı noktalar üzerinde uyuşmuş olmaları aranırsa, bu ihtimalde sözleşme kesin olarak kurulmuş olacağından, ayrıca bir karine öngörmenin hiçbir anlamı kalmazdı.

üzerinde mutabakat sağlanmadan hiçbir şekilde sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ispat etmek suretiyle bu karineyi çürütme hakkı saklıdır. Aynı çözüm görüşmeler sırasında üç yan nokta (örneğin malın teslim yeri, teslim tarihi ve ödemenin ne şekilde yapılacağı) tartışma konusu yapılmış olduğu halde, sözleşmede bunlardan sadece bir tanesine (örneğin malın teslim yerine) 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 bilgilendirmiş 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 ilişkin karinenin yürürlük kazanabilmesi için, tarafların sadece kurulacak sözleşmenin *objektif yönden esaslı noktaları* üzerinde uyuşmuş 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.

= Bu noktalar, davacı açısından, sözleşmenin kurulmasına yönelik olarak "onsuz olmaz şart" *(condicio sine qua non)* niteliğini taşımaktadır.

= Davacının bunlara bu derece önem verdiği karşı tarafın bilgisi dahilindedir[12].

BK. m. 2/I hükmüne nazaran farklı biçimde kaleme alınmış İsviçre BK. m. 2/I hükmünün öngördüğü faraziye gerçekleşir ve sözleşmenin objektif yönden esaslı noktaları üzerinde uyuşan taraflar diğer noktaların çözümünü ilerde yapılacak bir anlaşmaya bırakırlarsa, yukarıdaki açıklamalar yine değer taşır. Şöyle ki, esaslı noktalarda anlaşıldığı için karine olarak sözleşme kurulmuş sayılır, fakat taraflardan biri, ileriye bırakılan hususlar üzerinde mutabakat sağlanmadıkça sözleşmeyi (karşı tarafça bilinebilir biçimde) hiçbir zaman yapmayacak olduğunu ispat ederek bu karineyi çürütebilir.

---

11) **Bucher**, AT, s. 120; **Bucher**, Basler Komm., Art. 2, N. 4.

12) Burada sözü edilen son şart güven ilkesinin doğal bir sonucudur (**Bucher**, Basler Komm., Art. 2, N. 2; **Kramer**, Art. 2, N. 11). Bu sebeple, karşı tarafın, söz konusu yan noktaları davacının bu ölçüde önemli saydığını bilebilecek durumda olması yeterlidir.

11 Davacı, BK. m. 2/I'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 tasarısı*)[13] ibaret olduğu ortaya çıkar. Önemle ekleyelim ki, resmî şekle bağlı sözleşmelerde, bu şekle uyularak yapılan bir sözleşmenin BK. m. 2/I hükmüne dayanmak suretiyle hukuken bağlayıcı olmadığını, bir başka anlatımla henüz kurulmadığını ileri sürmek imkânı yoktur. Zira, resmî memur önünde sözleşme imzalamak, kesin bağlanma iradesini aksi ispat edilemeyecek biçimde ortaya koyar.

12 İsviçre Federal Mahkemesine göre[14], 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 konuları 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 koparmak 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/I'in öngördüğü karineyi çürütebilir.

4. Sözleşmedeki boşluğun doldurulması

13 Taraflar, *sözleşme müzakereleri sırasında başka hiçbir konuya değinmeksizin* sadece sözleşmenin objektif yönden esaslı noktaları üzerinde anlaşmışlarsa, sözleşme kurulmuştur. Bu durumda, ihtilâf halinde sözleşmedeki boşluk, hâkim tarafından genel kurallara göre ilk plânda kanunun tamamlayıcı hükümleri esas alınarak doldurulur[15]. Görüldüğü gibi, kurulmuş bir sözleşmedeki boşlukların doldurulması, ilke olarak BK. m. 2/II'nin kapsamı 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 halinde[15a] hâkimin kanunun tamamlayıcı hükümlerine değil,

---

13) Bkz. yukarıda § 11, N. 30 ve § 16, N. 8.

14) BGE 103.II.193.

15) BGE 83.II.522, JdT 1958.I.516; **Engel**, s. 220; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 76, 77. -Sözleşmedeki boşlukların doldurulmasında uygulanacak genel kurallar için bkz. aşağıda § 33.

15a) Türk öğretisi BK. m. 2/II hükmünün sadece bu halde uygulanabileceğini kabul etmektedir (**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 76-77; **Eren**, s. 214; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 154). Ayrıca bkz. **Kramer**, Art. 2, N. 26-27.

"işin mahiyetine" (sözleşmenin amacına ve olayın tüm özelliklerine) bakarak boşluğu doldurması gerekecektir[16,16a]. Bunun için, boşluğun doldurulmasını talep eden taraf, yenilik doğuran bir dava açacak, fakat bu davada sözleşmenin hâkim tarafından ne şekilde doldurulması gerektiğini belirtmek zorunda olmayacaktır[17].

5. Şekil hükümlerinin saklı olması (BK. m.2/III)

a. Sözleşme kanun gereği bir geçerlilik şekline bağlanmış ise (BK. m. 11/II), taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuş dahi olsalar, şekle uyulmadıkça geçerli bir sözleşmeden söz açılamaz. 14

b. Kanun gereği bir geçerlilik şekline bağlı olmayan sözleşme, tarafların iradesi ile bir şekle bağlanmış ise (BK. m. 16/I), 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/I'deki karine çürütülerek, taraflarca kararlaştırılan şeklin bir ispat şeklinden ibaret bulunduğu ortaya konursa, BK. m.2/I'deki karine yine yürürlük kazanır[18].

§ 18. İcap

I. Genel Olarak

1. Kavram

İcap öyle bir irade beyanıdır ki, bununla bir kimse diğer tarafa (bir başka deyimle, belirli bir kişiye) veya umuma (herkese) karşı, sözleşmenin kurulması bundan böyle sadece karşı tarafın kabulüne bağlı olmak üzere, bir sözleşme yapma teklifinde bulunur. Görüldüğü gibi, sözleşmeyi kuran beyanlardan ilki "icap" adını taşır. Karşı tarafın olumlu cevabı ise "kabul"dür. İcabın sözleşmenin hangi tarafından geldiği önemli değildir. Şu 1

16) BGE 107.II.416.

16a) BK. m. 2/II 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) **Schönenberger/Jäggi**, Art. 2, N. 43; **Kramer**, Art. 2, N. 28.

halde örneğin, satışta satıcı veya alıcı, vekâlette vekâlet veren veya vekil icapta bulunmuş olabilir.

İcaptan söz açabilmek için iki şartın gerçekleşmesi gerekir:

2 — 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 imkânı bırakacak biçimde yapılmasına bir engel yoktur[1]. 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 teklifinde durum böyledir. Alman Hukukunda, BGB § 317/I, bu durumda üçüncü kişinin takdir hakkını hakkaniyete uygun biçimde kullanmak mecburiyetinde 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 ahlâk ve adab ile bağdaşmayacak biçimde karşı tarafın iradesine teslim olup olmadığını ayrıca araştırmak ve varılacak sonuca göre sözleşmenin geçerli sayılıp sayılamayacağını tespit etmek gerekecektir[2]. BGB § 315, bu halde de, karşı tarafın belirleme hakkını, hakkaniyete uygun bir takdir çerçevesinde kullanmasını 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 almış 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.

Otomatlar, genellikle "mal otomatları" (örneğin sigara veya çikolata satan otomatlar ki, bunlar için bazen "satış otomatları" deyiminin kullanıldığı görülüyor) ve "mal teslimi dışındaki edimleri yerine getiren otomatlar" (örneğin istenilen plağı çalan veya bacaklara titreşim yolu ile masaj yapan yahut tartan otomatlar ki, bazen bunlara "kira otomatları" deniyor) olarak ikiye ayrılır[3]. Çoğunluğun görüşüne göre, otomat aracılığı ile umuma mal veya hizmet arz edilmesi, bu edimlerin bedeli de belli olduğuna göre, icap; parayı delikten atmak ve otomatı çalıştıran mekanizmayı harekete geçirmek ise (irade faaliyeti yolu ile) kabul olarak değerlendirilmek gerekir[4]. Hiç kuşkusuz, mal otomatlarında, ancak otomatın içinde mal bulunduğu sürece bir icaptan bahsetmek mümkün olabilecektir. Buna karşı, dikkate değer bir azınlık görüşü[5] meseleyi farklı bir biçimde ele alıyor. Buna göre, otomat aracılığı ile umuma mal veya hizmet arzı bir icaba davettir. Müşterinin parayı delikten atması icap, otomatın çalışıp malı teslim etmesi veya hizmeti sunması ise 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 esasından hareketle) durum bir ifa imkânsızlığı 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, hâkim 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 sürülmüştür[6].

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 5

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 camekânın girmemesinden, yani müşterinin sergilenen mala doğrudan doğruya el koyacak durumda bulunmasından ibarettir[7]. 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 kalacaktır[8].

2. İcaba davet (İnvitatio ad offerendum)

a. Genel Olarak

6 Yukarıdaki açıklamalar gösteriyor ki, yapılan teklif,

– kurulacak sözleşmenin esaslı unsurlarını belirli veya belirlenebilir biçimde içermiyor ise;

– veya bunları içerse bile, sözleşmenin kurulması açısından kesin bağlanma iradesi olmadan yapılmışsa;

bunu icap saymak mümkün değildir. Bu gibi durumlarda, teklifte bulunan taraf, sözleşmeyi kurmak amacı ile son sözü söylemeksizin sadece bir görüşme açmak ve bu 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" sübjektif açıdan esaslı unsur olarak gördüğünü bu ifadesiyle 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 davet etmekten ileriye giden bir amaç da taşımamaktadır. Bu durumda, B "Evet, yarısı peşin, diğer yarısı iki ay sonra ödenmek kaydı ile taksitle ödemeyi kabul ediyoruz" derse, bu cevap bir icap olacaktır. A'nın da bu teklifi kabul etmesiyle sözleşme kurulacaktır.

b. Artırma ve eksiltmelerdeki durum

Bir kimse ile, hazır bulunan çeşitli kişiler arasında, en iyi teklifi yapanla meydana gelmek şartı ile herhangi bir sözleşmenin yapılmasına yönelik olarak cereyan eden sözlü görüşmeye, "en iyi teklif"ten maksat en yüksek teklif ise artırma (müzayede), en düşük teklif ise eksiltme denir[9]. Bu konuda ileri sürülen bir fikre göre, artırmayı veya eksiltmeyi düzenleyenin beyanı icap, pey sürenin beyanı kabul sayılmak gerekir. Ancak sözleşme, daha iyi bir teklifin yapılmaması bozucu şartına bağlı olarak kurulmuştur. Bir başkası daha uygun bir teklifte bulununca, önceki sözleşme hükümsüz kalır ve bundan sonra daha uygun bir teklif ortaya çıkmazsa, son teklifi yapanla sözleşme kesin biçimde kurulmuş olur. Bu görüşün en büyük sakıncası, artırma ve eksiltmeyi düzenleyenin istediği düzeyde bir teklifle karşılaşmamasına rağmen, son defa teklifte bulunana karşı bağlı kalmasıdır. Bu sakıncayı göz önünde tutan Borçlar Kanunumuz (m. 225), tıpkı Alman Medenî 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 düzenleyenin en uygun teklifi yapanın bu teklifini kabul etmesiyle (ihale) kurulmuş olur. 7

c. Tarife, fiyat listesi, katalog vs. göndermenin kural olarak icap sayılmaması (BK. m. 7/II)

Bir kimsenin muhtemel müşteri kitlesine yolladığı, katalog, tarife ve benzeri yayınlarda teklif ettiği mal veya hizmetler, bedelleri de gösterilmek suretiyle belirtilmiş olabilir. Buna rağmen, aksi anlaşılmadıkça, bunun bir icap teşkil etmeyip sadece bir icaba davetten ibaret olduğu Borçlar Kanunumuz tarafından kabul edilmiş bulunmaktadır. Bu çözümün arkasında yatan temel düşünce şudur: Bu gibi katalog ve benzerleri çok sayıda kimseye gönderilir. Gönderen, elindeki stok ve imkânların katalog gönderdiği herkesin talebini karşılayabilecek ölçüde olup olmadığını düşünmeksizin ve herhangi bir şekilde teklifi ile bağlanmak niyeti olmaksızın, sadece bir tanıtma amacı güder ve yeni iş imkânları yaratmak ister. Bu gibi gönderiler ilke olarak icap sayılsaydı, elindeki stok ve imkânlarla karşılayamayacağı 8

9) Bu konuda bkz. **v. Tuhr/Peter**, § 24, not 13; **Schwarz**, s. 261.

miktarda taleple karşılaşan göndericinin yerine getiremeyeceği sözleşmelerle bağlı olması tehlikesi doğardı[10].

Hüküm emredici olmadığından, gönderici katalog vs.'yi bir icap niteliğinde olmak üzere de düzenleyebilir. Öğretide, icaba eklenen "stoklarımız yettiği sürece" biçimindeki kayıtların katalog vs. göndermenin bir icap olarak nitelendirilmesine yol açacağı görüşü ileri sürülmüştür[11]. Böylece, stokların tükendiği anda icabın hükümden düşeceği 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 açılamayacağı 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 göre[12], 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 anlaşılabilecek biçimde) bu ihtimalde dahi, sadece katalogda gösterilen fiyatlar üzerinden kendisine yapılacak icapları, ancak orada belirtilen süre içinde dikkate alarak sözleşmeyi kurmaya hazır olduğu anlamını taşıyabilir[13].

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/II'de öngörülen katalog, fiyat listesi vs. gönderilmesine benzetilebilir ve ortada, ilke olarak, sadece bir icaba davet vardır[14].

---

10) **Oser/Schönenberger**, Art. 7, N. 10; **von Tuhr/Peter**, § 24, II, s. 183.

11) **Schmidlin**, Art. 7, N. 15; **Staudinger/Dilcher**, not 1'de age, § 145, N. 18.

12) **Guinand**, L'Offre et l'acceptation, Premières journées juridiques yougoslavo-suisses, Zürich 1984, s. 200.

13) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 375. Ayrıca bkz. **Schmidlin**, Art. 7, N.21.

14) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 374, 377. Farklı: **Atia-Off**, Videotex-Zivilrechtliche Aspekte, Bern 1988, s. 101 vd. – **Guinand**'ın (s. 201) buradaki durumu BK. m. 7/III'deki duruma kıyas etmesi yerinde değildir (Bkz. **Gauch/Schluep/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 bizzat *kendisinin* teşhir edil-

Teleshopping (telemarketing) hallerinde de, hâkim görüşle birlikte, televizyon ekranında bazı malların (videoteksten farklı olarak sadece çizge yolu ile değil) gerçek durumları ile, ayrıca nitelik ve fiyatları da belirtilerek gösterilmesinin (olayın özellikleri farklı bir sonuca götürmedikçe) sadece bir icaba davet oluşturduğu, izleyicinin belirli bir süre içinde yine belirli telefon numarasını arayarak malı sipariş etmesinin ise icap olduğu kolaylıkla savunulabilir. Görüldüğü gibi, bu ihtimal dahi, aşağıda incelediğimiz BK. m. 7/III'ün uygulama alanı dışında kalmaktadır[15]. 10

İnternet 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. Hâkim olan görüşe göre[16] bu konuda bir ayrım yapılmalıdır: 11

— *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/Jäggi**, Art. 7, N. 29). Oysa, videoteks'te, malın bizzat kendi görüntüsü dahi ekrana gelmemekte, sadece onunla ilgili bilgileri ekrandan okumak imkânı doğmakta ve olsa olsa mala ilişkin grafik bir görüntüden yararlanma imkânı doğabilmektedir (**Atia/Off**, s. 100).

15) **Gauch/SchluepSchmid**, 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 sayılabilip sayılamayacağı konusunda benimsediğimiz düşünceler teleshopping için de geçerlidir.

16) Özellikle bkz. **Kröger/Gimmy**, Handbuch zum Internetrecht, Berlin Heidelberg 2000, s. 67; **Weber/Jöhri**, Vertragsabschluss durch Internet, in: **Weber/Hilty/Auf der Mauer** (Hrsgb.), Geschäftsplatform Internet, Zürich 2000, s. 43; **Weber**, E-Commerce und Recht, Zürich 2001, s. 314-315; **Gezder**, Mukayeseli Hukuk Açısından İnternet'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. -Ayrıca bkz. (kendisi farklı görüşte olan) **İnal**, E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette 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; **Altınışık**, Elektronik Sözleşmeler, Ankara 2003, s. 34.

icaba davet olarak anlaşılmak gerekir[18]. 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 stoktan 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 imkânına sahip olmadığı çok sayıda sözleşmeden sorumlu tutulması ihtimali doğar. Bu ihtimal düşünülerek, teklifte "stoklarımızla sınırlıdır" kabilinden sınırlamaların yer alması, hatta stoktaki azalmaları sürekli olarak Web sitesine yansıtan özel sistemlerin kullanılması[19] söz konusu sakıncayı her zaman ve tamamen ortadan kaldırmaz. Son dakikalarda, aynı zamanda yağan ve onun ifa kapasitesini kat kat aşan çok sayıda kabuller karşısında, sözleşmenin kurulmamış olduğunu bunun tersini iddia eden bir sürü kişiye açıklamak, hatta bunlardan bir bölümünün sözleşmenin ifa edilmediği gerekçesiyle açacağı davalara muhatap olmak gibi risklerin[20] önceden razı olunmuş normal sonuçlar olarak görülmesi mümkün değildir. Bu konuda uygun bir çözüme ulaşabilmek için, güven ilkesinden hareket etmek ve karşı tarafın (tüketicinin) Web sitesindeki teklifi, olayın kendisince bilinebilen 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 imkânına 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 konumdadır[21]. Diğer taraftan, bu gibi durumlarda fiyatını göstererek mal sergilemeyi kural olarak icap sayan (aşağıda ayrıca incelediğimiz) BK. m. 7/III 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/Schluep/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. **Altınışık**, 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 dükkânlarda" stoklardaki değişikliği Web sitesine yansıtan sistemlerin hiçbir faydasının bulunmadığı hakkında bkz. **Gezder**, not 16'da anılan ilk eser, s. 105-106.

21) Özellikle bkz. **Härting**, Internetrecht, Köln 1999, N. 89; **Schwenzer**, N. 28.10. Aynı nitelikte bir problemin ortaya çıktığı, "televizyon yoluyla alış verişler (teleshopping)" açısından buradaki gibi: **Elçin Grassinger**, not 15'de age, s. 232 vd.

sunumları ile bir ilgisinin bulunmadığı çok açıktır. Mal arzı söz konusu olduğu zaman ise, BK. m. 7/III ancak malın "kendisinin" (yoksa "görüntüsünün" değil) sergilenmesi halinde işlerlik kazanır. Kaldı ki bu hüküm, bizim de katıldığımız anlayışa göre, sadece müşterinin dükkâna girip parayı ödemesi ve malı alıp götürmesi hallerinde (elden satış) uygulama alanı bulabilir. Web sitesinde sergilenen mallar için bu imkân kapalıdır[22].

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 5. maddesi ise, bir taraftan fiyatı gösterilmeden sergilenen malları da kapsamına aldığı (fiyat unsurunu içermeyen bir sergileme karşı tarafın "evet" demesiyle sözleşmenin kurulmasına imkân verecek bir icap olgunluğuna erişmiş sayılamaz), diğer taraftan da "satışından kaçınamaz" 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 için[23] burada uygulanamaz[24].

— *Doğrudan (On-line) bir elektronik ticaret* (= E-Ticaret) *işlemi* varsa, çözüm farklı olacaktır. Bu ihtimalde, sözleşme elektronik ortamda kurulduğu gibi, bunun ifası da yine elektronik ortamda gerçekleşmektedir. Bu imkân sadece, örneğin bilgisayar programları, filmler, müzik 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 esasından hareket eden yazarların (**Özdemir Kocasakal**, not 18'de age, s. 66; **Gezder**, not 16'da age, s. 110-111; **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 esasından hareket edilseydi bile) **Gezder**'in (not 16'da age Armağan, s. 717 ve not 83) TKHK. m. 5 hükmünde yer alan "... malın; ticarî bir kuruluşun vitrininde, rafında veya açıkça görülebilir herhangi bir yerinde teşhir edilmesi halinde satıcı bu malların satışından kaçınamaz" hükmünde yer alan "açıkça görülebilir herhangi bir yer" deyimi içine Web sitelerinde malın suretinin (görüntüsünün) teşhirini de sokmak istemesi hiç kabul edilemez. Açıktır ki, kanun koyucu bu deyimle satıcının "vitrini" ve "rafı" ile bir tutulabilecek yerleri kastetmiştir. Bunun kapsamına örneğin bir pasaj içindeki dükkâna 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 ürünler* için söz konusu olabilir[25]. Bu gibi durumlarda, edimin ifası bir yazılımın kopyalanarak bir bilgisayardan başka bir bilgisayara İnternet üzerinden yüklenilmesi suretiyle gerçekleşmektedir[26]. Dijital ürünlerde sayısız kopyalama imkânı bulunduğu için burada bir stok problemi de mevcut değildir[27]. Bunun doğal sonucu olarak, genellikle tüketicinin önceden kredi kartıyla ödeme yapması öngörülen bu gibi durumlarda, Web sitesindeki sunumlar ilke olarak bir icap sayılacak ve sözleşme tüketicinin kabul beyanı ile kurulacaktır[28].

d. Bağlamayan icaplar (BK. m. 7/I)

12 BK. m. 7/I, 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 gerçekte bir icapta bulunmayıp, sadece icaba davet niteliğinde bir teklifle yetinmiş olmasıdır. Durum böyle ise, karşı taraf teklifi kabul ettiğini bildirdiği vakit bu bir icap olacak ve ilk defa teklifte bulunan taraf sözleşmenin kurulup kurulmaması açısından son sözü söyleyebilecektir.

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 ulaşıncaya 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 Armağan, s. 714).

26) Bunu ifade etmek için İngilizce'de "down-load" deyimi kullanılmaktadır. (Bkz. **Sözer**, not 17'de age, s. 155; **İnal**, not 16'da age, s. 22). Bazı yazarların "down-load" karşılığı "indirme" deyimine üstünlük tanımasına 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) **Gezder**, not 16'da age, s. 109; **Özdemir Kocasakal**, not 18'de age, s. 59.

28) **Schwenzer**, N. 28.10.

rulacak sözleşmeyi ilgilendirmektedir. Bununla 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 istisnaî durumlarda, gerçekten bunun böyle olmasının istendiği açıkça anlaşılıyorsa kabul edilebilir[29]. Yorum yolu ile birinci ve ikinci anlamlar arasında kesin bir tercih yapılamadığı vakit ise, birinci anlama üstünlük tanımak yerinde olur[30]. Zira teklifte bulunanın kendisi için en avantajlı seçeneği düşünmüş olması hayat tecrübelerine göre asıl olmak gerekir.

bb. İkinci hal: Teklifte bulunan bununla bağlı olmadığını *açıkça* bildirmiş olmasa dahi, BK. m. 7/I, "durumun gereğinden" veya "işin özel niteliğinden" bu sonuca varılabiliyorsa, "icabın" yine (yukarıdaki anlamlardan birine göre, fakat herhalde aksi anlaşılmadıkça birinci anlam esas alınarak) bağlayıcı olmadığını belirtiyor. Bu şekilde, gerçek anlamı ile icap sayılmayan tekliflere örnek olarak gazetelere verilen ilânlar yolu ile yapılmış teklifler gösterilebilir[31]. 13

3. Semenini göstererek emtia teşhirinin kural olarak icap sayılması (BK. m. 7/III)

BK. m. 7/III, bir yandan müşterilerin parlak vitrinlerle kandırılıp, sonradan kendilerine başka mallar satılmak üzere içeri çekilmesini[32], diğer yandan da haksız rekabeti engellemeye[33] yönelik olarak, fiyatı gösterilmek sureti mal sergilenmesini ilke olarak icap saymıştır. Ne var ki maddedeki "kaideten" sözcüğünün gösterdiği gibi, bu, emredici bir hüküm değildir. Dükkân sahibi, sergilediği malın yanına "satılmıştır", "satılık değildir", "örnektir" kabilinden kayıtlar ilâve etmişse[34] 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. 14

BK. m. 7/III ancak *mal* sergilenmesi halinde uygulanabilen bir hükümdür. Buna karşı, örneğin tiyatro ve sinemalarda olduğu gibi, bedeli gösterilmek suretiyle bazı hizmet (yapma) edimleri umuma arz ediliyorsa, bunlar BK. m. 7/III'ün kapsamına girmez ve icap sayılmaz[35]. 15

---

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.II.26, JdT 1955.I.141; BGE 105.II.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 kurulmasına elverişli olgunlukta bir icap oluşacak ve eldeki imkânlara 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 hukukî 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, sokaktan geçerken vitrindeki malı beğenen müşterinin, ertesi gün telefonla veya mektupla icabı kabul ettiğini bildirmesi de, BK. m. 7/III'ün uygulanmasını sağlayamaz[36]. 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 imkânı 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 dayanamaz[38].

18 Tartışmalı olan bir konu şudur: BK. m. 7/III, sadece fiyatıyla sergilenen mal için mi uygulanacaktır, yoksa (mislî eşya söz konusu olduğu zaman) içeride (özellikle dükkânın deposunda) bulunan aynı cins ve kalitede mallara ilişkin bir icabın varlığı da kabul edilebilir mi? Bazı yazarların[39] aksini ileri sürmesine rağmen, BK. m. 7/III, amacına uygun biçimde sadece fiyatı gösterilerek sergilenen eşya hakkında uygulanabilir[40]. 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/Jäggi, Art. 7, N. 26. Krş. **Dessemontet**, CR, Art. 7, N. 12. -Ayrıca, bkz. § 41, not 36.

36) Bu açıklamalar için bkz. **Schmidlin**, Art. 7, N. 33; **Schönberger/Jäggi**, Art. 7, N. 33; **Bucher**, Basler Komm., Art. 7, N. 10.

37) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 376; **Schönenberger/Jäggi**, Art. 7, N. 33.

38) **Schönenberger/Jäggi**, Art. 7, N. 33.

39) **Schmidlin**, Art. 7, N. 28, 31.

40) **Schönenberger/Jäggi**, 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 taşımaksızın) dükkânın içinde bulunan aynı marka ve modeldeki diğer bir müzik seti için herhangi bir icaptan bahsedilemez.

Sergilenen eşya mislî ise, müşteri mutlaka vitrindeki malın çıkarılarak 19
kendisine verilmesi hususunda ısrar edebilir mi, yoksa vitrininde değişiklik yapmak istemeyen dükkân sahibinin (herhangi bir bozukluğu olmamak kaydı ile) içeriden tamamen aynı nitelikte bir mal vermesi ile yetinmek zorunda mıdır? Bizce, bu gibi durumlarda, müşterinin mutlaka vitrindeki malın çıkarılarak kendisine verilmesi hususunda ısrar etmesi dürüstlük kuralı ile (MK. m. 2/1) bağdaşmaz[41].

4. Ismarlanmamış (Sipariş Edilmemiş) Bir Malın Gönderilmesinin İcap Sayılmaması

Bir kimseye hiçbir zaman sipariş etmediği bir mal fiyatı da belirtilmek 20
suretiyle gönderildiği zaman, onun içine düşeceği müşkül durumu 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 plânlayan 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 şaşıran tüketiciyi korumak gerekmez mi?

Bütün bu gibi soruları dikkate alan İsviçre kanun koyucusu, 1.7.1991 günü yürürlüğe giren 5.10.1990 tarihli bir kanunla Borçlar Kanununa 6a maddesini eklemiştir[42]. Bu maddenin, İsviçre öğretisinde ifade biçimi eleştirilen birinci fıkrasına göre *"Ismarlanmamış (sipariş edilmemiş) bir malın gönderilmesi icap sayılmaz"*. Kanunda açık biçimde belirtilmemiş olmasına rağmen, öğretide değinildiği gibi, sadece tüketici sıfatını taşıyan kişilere (yoksa bir tacire değil) gönderilen mallar hakkında uygulama alanı bulan bu hüküm[43] çerçevesinde, olaydaki gönderi açısından bir icapta bulunması gereken tüm şartlar fiilen gerçekleşmiş bile olsa, hukuken geçerli bir icabın varlığı kabul edilmeyecektir[44]. Gerçi, bu gönderi Borçlar Hukuku ilkelerine

---

41) Aynı düşüncede: **Schmidlin**, Art. 7, N. 34; **Bucher**, Basler Komm., 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 ilâve 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 söylenebilir[45]. Şu var ki, ortada (hükümsüz 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 düşünülemez. 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 ilgilidir. Oysa, Avrupa Birliğinin 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 iki halde de, tüketicinin susmuş olmasının kabul anlamına gelmeyeceği ve tüketiciyi bir karşı edim yükümlülüğü altına sokmayacağı belirtilmektedir. İsviçre Hukukunda hazırlanan bir kanun tasarısında da, İsv. BK. m. 6a hükmüne, mallar için öngörülmüş çözümün talep edilmemiş hizmetlere de uygulanmasını sağlayan bir fıkra eklenmesi teklif edilmiştir. Bu girişim, pek çok talep edilmemiş hizmetin "de lege lata" (yürürlükteki hukuka göre) esasen vekâletsiz iş görmeye ilişkin kanun hükümleriyle (İsv. BK. m. 419 vd.) düzenlenmiş bulunduğu gerekçesiyle, bazı yazarların ön tasarıya karşı kuşkulu bir yaklaşım içine girmesine yol açmıştır[48].

22 İsviçre BK. m. 6a/II hükmüne göre, tüketici sipariş etmediği malı hiçbir şekilde geri vermek veya muhafaza etmek yükümlülüğü altında değildir. Bu çözümün bu gibi gönderilere karşı caydırıcı bir etki yaratmak üzere öngörüldüğü pek açıktır. Şu halde, tüketici malı derhal çöp tenekesine atabilir, yırtabilir, parçalayabilir, yok edebilir. Bu yüzden kendisinden tazminat istenemez. Bunun gibi o dilerse (bir sebepsiz iktisap talebine muhatap olmaksızın) gönderilen malı kullanabilir[49]. Görülüyor ki, tüketici herhangi bir sorumluluk altına girmeksizin istediğini yapmakta serbesttir.

Yukarıda belirtilen temel kuralın bir istisnası vardır (İsviçre BK. m. 6a/III). Malın (örneğin adresin yanlış yazılması yüzünden) yanlışlıkla kendisine 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 imkân tanınmış olurdu.

45) **Koller**, I, N. 521.

46) **Koller**, I, N. 522; **Schwenzer**, N. 28.13.

47) Bu Yönerge'nin Fransızca ve Almanca metinleri için bkz. **Amstutz/Pichonnaz/Probst/Werro**, Droit privé européen, Directives choisies (Europäisches Privatrecht, Ausgewählte Richtlinien), Berne/Athènes, 2005, s. 102 vd.

48) Bu açıklamalar için bkz. **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 428b.

49) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 430; **Schwenzer**, N. 28.14; **Bucher**, Basler Komm., Art. 6a, N. 3.

50) **Dessemontet**, CR, Art. 6a, N. 4.

dirmek ve onun malı kendisinden alması veya aldırması için hal ve şartlara göre tayin edilecek makul bir süre boyunca gönderiyi muhafaza etmek zorundadır[51].

Hukukumuzda gerek Borçlar Kanunu'nda gerekse Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da konuyu düzenleyen bir hüküm yoktur. Buna karşı, "Ticarî Reklâm ve İlânlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmeliğin" 10. maddesinde şu hüküm yer almaktadır: 23

Sipariş Edilmeden Gönderilen Mallar

Madde 10 - Reklamlar, tüketiciye sipariş etmediği malı göndererek, bunları reddetmediği ya da geri göndermediği takdirde bedelini ödemeye zorlayan ya da söz konusu malı kabul etmeye zorunluymuş izlenimini veren, dürüst olmayan satış yöntemleri için kullanılamaz.

Öğretide, bu hükmün, hiç değilse dolaylı biçimde maddede sözü edilen davranışları da yasakladığı biçiminde anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştür[52]. Gerçekten ilk bakışta, bu tip davranışların anılan maddede "dürüst olmayan satış yöntemleri" olarak nitelendirilmesi dolayısıyla böyle bir sonuca varmak mümkün gözükmektedir. 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 ısmarlamamış olduğu malı, herhangi bir bedel veya tazminat ödemeksizin dilediği gibi kullanabilmesine, hatta yok edebilmesine imkân tanıyan bir düzenleme de mevcut değildir. Görülüyor ki, problemin kesin ve açık bir çözüme bağlanması için kanun koyucunun, İsviçre Hukukunda yapıldığı gibi, Borçlar Kanununa bu meseleyi düzenleyen bir madde eklemesinde büyük yarar vardır.

5. İcabın hukukî niteliği / Tek taraflı hukuki işlem

İsviçre-Türk Hukuklarında yaygın olan bir görüşe göre[53], icap bir taraflı bir hukukî işlemdir. Aşağıda inceleneceği üzere, hâkim görüş açısından kabul de bir taraflı yenilik doğuran bir hukukî işlem sayıldığından, iki taraf- 24

51) **Gauch/Schluep/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. **Schönenberger/Jäggi**, 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/Burcuoğlu/Altop**, s. 83. Krş. **Vogt**, Die Zustimmung des Dritten zum Rechtsgeschäft, Zürich 1982, s. 28 vd.

lı bir hukukî işlem olan sözleşme sonuçta *iki adet bir taraflı hukukî işlemin* birleşmesi ile oluşmaktadır.

25 Buna karşı, Alman Hukukunda hâkim olan[54], son zamanlarda yeni İsviçre öğretisinde de taraftar bulan[55] ve fikrimizce daha isabetli olan ikinci bir görüşe göre, iki taraflı bir hukukî işlem olan sözleşmenin, mutlaka iki adet bir taraflı işlemden oluşması, yani hem icabın hem de kabul'ün ayrı ayrı ve başlı başına birer hukukî işlem teşkil etmeleri mecburiyeti yoktur. Burada hukukî 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 bakıldığı vakit, icabın bir taraflı bir hukuki işlem olarak nitelenmesinin yerinde olmadığı görülür. Zira, icabın doğurduğu en önemli hukukî sonuç icapçının icabı ile bağlı olması, yani onu dilediği gibi geri alma imkânından yoksun bulunmasıdır. Bağlılığın dolaylı bir sonucu olarak da, karşı taraf kabul beyanı ile sözleşmeyi kurma imkânını kazanmaktadır. Oysa bu sonuçlar (hukukî işlemlerden farklı olarak), icapçı bunları *istediği* için değil, o, icabın bağlayıcı olduğunu bilmese dahi *kanun gereği* kendiliğinden gerçekleşmektedir. Bu düşünce tarzını benimseyen yazarlardan hiç değilse bir bölümüne göre, kabul de yenilik doğuran bir hukukî işlem sayılamaz[56]. 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 yaratmamaktadır[57].

§ 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 yaptıktan 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, II/1, 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 alamaz ve zamanında kendisine ulaşan bir kabul beyanı ile sözleşmenin kurulmasını önleyemez. Örneğin, bir mektupla antika bir malını 15.000 liraya satmak için B'ye icapta bulunan ve ona cevap vermek üzere otuz günlük bir süre tanıyan A, onbeş gün sonra aynı mal için Ü'den 30.000 liralık bir teklif alsa ve B'ye telefon ederek icabını geri aldığını bildirse bile, bunun hukukî bir değeri yoktur. B, otuz günlük süre içinde A'ya ulaşan kabul beyanı ile sözleşmeyi kurma imkânını muhafaza eder. Arada A, malı Ü'ye satıp teslim etmişse, bu defa B 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 olacağından, 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 kazanacaktır[1].

II. 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, bu 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 imkânlar elde edilmektedir. Şüphesiz, bunun için tarafların bizzat hazır bulunmaları zorunlu değildir. İçlerinden biri veya her ikisi kendisini temsil de ettirebilir. 2

Telefonla sağlanan iletişimin de buraya girdiğini BK. m. 4/II açıkça belirtmiştir. Aynı şey, *videokonferans* 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-* 3

1) Borçlar Kanunumuz bugünkü metninde "Hâzırlar beyninde (arasında)" ve "Gaipler arasında" deyimlerini kullanıyor (BK m. 4, 5). Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda kullanılan deyimler ise "Hazır olanlar arasında" ve "Hazır olmayanlar arasında" deyimleridir.

leks ve *telefaks* aracılığı ile yapılan beyanlar kural olarak "hazır olan kişiler arasında" sayılamaz[2].

4 *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 demektir[3].

5 *İnternet* üzerinden kurulan elektronik sözleşmelerde durumu tek bir kural ile açıklamak mümkün olmadığından, çeşitli ihtimalleri ayrı ayrı ele alıp değerlendirmek gerekir[4]. Örneğin,

— *İnternet aktarmalı sohbet (Internet Relay Chat-IRC = çet)* halinde, taraflar bilgisayar klavyesini kullanarak karşılıklı biçimde doğrudan ve eş zamanlı iletişim kurmak imkânını kazanırlar[5]. Durum rahatlıkla telefon görüşmelerine benzetilebilir ve BK. m. 4/II hükmü kıyas yoluyla uygulanabilir[6]. Bu şekilde kurulan iletişimin telefon görüşmelerinden farkı, diyalogun sözlü değil, bilgisayar ekranlarına yansıyacak biçimde yazılı olarak cereyan etmesidir. Şu halde, hâkim görüş ile birlikte, bu ihtimalde sözleşmenin hazır (karşı karşıya) olan kişiler arasında kurulduğu kabul edilmelidir[7].

— *Elektronik postaya mesaj bırakmak* yoluyla kurulan iletişim halinde, ilke olarak, doğrudan bir diyalogun kurulması söz konusu değildir. Şu halde, karşı tarafın E-postasına ulaştırılan icaba diğer taraf daha sonra yine Internet üzerinden veya bir faks mesajı ile olumlu cevap vermişse, her iki irade beyanı da karşı karşıya (hazır) olmayan kişiler arasında gerçekleşmiştir[8].

---

2) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 412; **Schmidlin**, Art. 4, N. 4; **Schönenberger/Jäggi**, Art. 4, N. 4; **Flume**, § 35, I, 2, s. 638.

3) Bkz. Not 2'de anılan **Schmidlin**'e ek olarak **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 88.

4) Bkz. **Gezder**, Mukayeseli Hukuk Açısından İnternet'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 İnternet'te Sözleşmelerin Kurulması, İstanbul 2005, s. 12-13.

6) Ayrıca bkz. BGB § 147/I, 2.

7) Örnek olarak bkz. **Gimmy**, Vertragsschluss im Internet, in: **Kröger/Gimmy**, Handbuch zum Internetrecht, 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/Schluep/Schmid**, N. 412; **Gezder**, not 4'de age, s. 114; **İnal**, not 5'de age, s. 108 (bu kurala bir istisna getirilebilip getirilemeyeceği konusundaki görüşler için bkz. aynı eser, s. 108, not 65).

— *Web sayfasında tüketiciye yapılan teklif* (bu teklif ister icap ister icaba davet olarak nitelendirilsin) üzerine, karşı tarafın yine Internet üzerinden "tıklayarak" siparişini göndermesi suretiyle kurulan sözleşmeler de, aynı şekilde doğrudan diyalog imkânının eksikliği sebebiyle karşı karşıya (hazır) olan kişiler arasında gerçekleşmiş sayılamaz[9].

Borçlar Kanununa göre, karşı karşıya bulunan kişiler arasında yapılan icap derhal kabul olunmadığı takdirde icapçı icabı ile bağlı kalmaktan kurtulur. Buradaki "derhal" sözcüğü genellikle hayli yumuşak ve hoşgörülü biçimde yorumlanmaktadır. İcap üzerine karşı taraf bazı sorular sorabilir, bir takım 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. 6

Görüşme sırasında, yapılan icap ile ilgili olarak bir sonuca ulaşmadan başka bir konunun müzakeresine geçilmişse, bir süre sonra tekrar aynı konuya dönen karşı taraf, görüşmelerin ilk aşamasında yapılmış bir icabı kabul edebilir mi? Bizce, bir ayrım yapılmalıdır. İcap ile ilgili görüşme bir kenara bırakılırken, taraflar konuya tekrar dönmek üzere (hiç değilse bu ihtimali saklı tutarak) bir başka meseleyi görüşmeye başlamışlarsa, icapçının icabı ile bağlılığı son bulmamıştır. Aksi halde, icap ile ilgili görüşme son bulmuş sayılacağından, diğer konunun müzakeresine geçildiği anda icapçının icabı ile bağlılığı kalmaz[10]. Tarafların, ikinci konunun müzakeresine 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. 7

Görüşmeler sırasında, icapçı teklifini yazılı olarak karşı tarafa verebilir. Bu halde, görüşmeler karşı tarafın bu metni okuyup anlaması için gerekli süre kadar uzamış sayılacaktır. Ne var ki, 8

— İcapçı bu metni, belirli bir süre (örneğin 5 gün) veya bir süre tayin edilmese bile daha sonra inceleyip üzerinde düşünmesi için karşı tarafa vermişse;

— veya bu hususlar açıkça belirtilmese dahi, metnin uzun ve karışık içeriği dolayısı ile karşı tarafın hemen bir fikir sahibi olması ve cevap vermesi kendisinden beklenemiyorsa,

ilk kademede "hazır olan kişiler arasında" yapılan icap, bundan böyle "gaipler" (yüz yüze olmayanlar) arasında bir icaba dönüşecek ve durum

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/Jäggi**, Art. 4, N. 10; **Schmidlin**, Art. 4, N. 7.

BK. m. 4'ün kapsamından çıkarak, bunun yerine BK. m. 3 veya 5'e tâbi olacaktır[11]. Aynı sonuç, yazılı bir teklif vermeden, karşı tarafa yalnız başına düşünüp kararını vermesi için belirli bir süre tanınması halinde de geçerlidir. Bu halde, süreli icaba ilişkin BK. m. 3 uygulanır[12].

9 Telefonla görüşülürken, bir arıza dolayısı ile bağlantı kesilirse, derhal bağlantıyı kurabilmek kaydı ile görüşme devam ediyor sayılır. Aksi halde icap ile bağlılık son bulur[13].

2. Gaipler (karşı karşıya veya yüz yüze olmayanlar) arasında icap (BK. m. 5)

a. Genel Kural

10 Bu ihtimalde, icapçı tarafından açık veya örtülü biçimde belirlenmiş bir süre söz konusu değildir. O halde, bağlılık süresi, kanunun öngördüğü biçimde ve şöyle hesaplanacaktır:

— Önce, icabın karşı tarafa ulaşması için gerekli süre dikkate alınacaktır. İcabı göndermek için kullanılan vasıtaya ve varış yerine göre bu süre değişik biçimde hesaplanacaktır. Örneğin, İstanbul'dan An ya mektupla yapılan icapta (mektup postaya 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, yine icabın nitelik ve özelliklerine göre değişiklik arz edebilen bir düşünme süresi karşı tarafa tanınacaktır.

— Nihayet, kabul haberinin icapçıya ulaşması için gerekli süre göz önünde tutulacaktır.

Derhal belirtelim ki, burada önemli olan toplam süredir. Şu halde, icabın yolda çok gecikmesi halinde, karşı taraf düşünme süresini azaltarak yine de kabul beyanının icapçıya zamanında varmasını sağlayabilir[14].

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; **Schönenberger/Jäggi**, Art. 4, N. 7; **Schmidlin**, Art. 4, N. 6; **Larenz**, AT, s. 519, not 8; **Flume**, § 35, I, 2, s. 638; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 89, not 5.

12) **Schönenberger/Jäggi**, Art. 4, N. 6; **Schmidlin**, Art. 4, N. 8.

13) **Schönenberger/Jäggi**, 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 karışmaktadır[15]. 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 ihtilâf çıkabilir. Bu gibi durumlarda, son sözü söyleyecek olan hâkimdir. 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, kabul haberinin icapçıya geç ulaşmasının sebebi icapçının icabının yolda gecikmesi ise, bu durum dikkate alınabilir ve BK. m. 5'in öngördüğü süreye bir ilâve yapılabilir mi? BK. m. 5/II, icapçıyı kastederek *"Bu kimsenin icabı zamanında vâsıl olmuş (ulaşmış) addetmeğe hakkı vardır"* diyerek soruyu olumsuz biçimde cevaplandırıyor. Bu hükmün ışığında, çeşitli ihtimallere göre durum şöyledir: 12

— İlke olarak, icabın karşı tarafa geç varması toplam sürenin uzaması sonucunu doğurmaz. İcapçı, hesabını icabın süresinde karşı tarafa 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 ilke, icapçının icabını *düzenli* bir biçimde göndermiş olması hali için geçerlidir. Mektubunu pul koymadan, yahut yanlış veya eksik bir adrese postalayan icapçı, bu aksaklıkları fark etmiş olması gereken durumlarda özensizliğinin sonuçlarına, yani toplam bağlılık süresinin uzamasına katlanmak zorundadır[16].

— 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 / Jäggi**, 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 bağlılık süresini uzatabileceği, büyük işletmelerde bunun yerinde olmayacağı hakkında bkz. **Merz**, Vertrag, N. 205.

rağmen, icabın gönderilmesinden *sonra* öğrendiği sebeplerin süre uzatıcı etkisi olamaz[18].

c. Zamanında ve düzenli biçimde gönderilen kabul beyanının icapçıya geç ulaşması

aa. Genel olarak

13 Karşı taraf, uygun bir düşünme süresinden sonra, olumlu cevabını düzenli bir biçimde göndermiş olabilir. "Düzenli" denince, bundan mektuba yanlış veya okunaksız adres konulmaması veya icap hangi vasıta ile gönderilmişse, aynı vasıta ile (örneğin telefaksla yapılan bir icaba telefaksla) veya daha süratli bir vasıta ile (mektupla yapılan 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 böyledir[19].

Süresinde ve düzenli bir biçimde gönderilen kabul beyanı, beklenmedik sebeplerden ötürü yolda gecikebilir ve icapçının eline BK. m. 5 çerçevesinde hesaplanan süre tamamlandıktan sonra varmış olabilir. Bu ihtimalde, BK. m. 5/III hükmüne göre, ilke olarak sözleşme kurulmamıştır. Ancak, icapçı kabul beyanının kendisine geç ulaştığını karşı tarafa derhal bildirmediği takdirde, sözleşme kanun gereği kurulmuş sayılır. Ne var ki, BK. m. 5/III'ün metninde yazılı olmamasına rağmen, bu sonucun kabul edilebilmesi için, *icapçının geç ulaşan kabul beyanının gerçekte zamanında gönderilmiş bir beyan olduğunu anlayıp bilebilecek durumda olması* gerekir[20]. Açıktır ki, icapçı, kabul beyanının 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 hukukî niteliği tartışmalıdır:

— Azınlıktaki görüşe göre, burada, icapçı sözleşmenin kurulmasını reddeden, *hukukî işlem* niteliğinde bir beyanda bulunmaktadır[21].

---

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) **Schönenberger/Jäggi**, Art. 5, N. 8.

20) BGB § 149'da açık olarak ifadesini bulan bu çözüm, İsviçre öğretisinde genellikle benimsenmiş bulunmaktadır: **Schönenberger/Jäggi**, Art. 5, N. 29; **v. Tuhr/Peter**, § 24, II, 2, s. 186; **Gauch/Schluep/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 katıldığımız çoğunluğun görüşüne göre, ortada hukukî işlem niteliğinde bir beyan yoktur. İcapçı, sadece karşı tarafa hukuken *"tasavvur (bilgi) açığa vurması"* olarak nitelenebilecek bir *ihbarda* bulunacaktır. Bildirilecek olan husus, kabul beyanının geç ulaşması sonucu sözleşmenin kurulmamış bulunduğu olgusudur. Bu ihbarın derhal yapılması bir *külfet* olarak kendisine yüklenmiştir. Külfetin yerine getirilmemesinin yaptırımı ise, kanun hükmü gereği sözleşmenin kurulmuş sayılmasıdır[22].

İcapçının 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 bildirimi riziko gönderene ait olmak üzere yola çıkarılmış demektir. İsviçre'de yeni öğretide ağır basan görüş bunlardan ikincisidir[23]. 15

Bucher'e nazaran, BK. m. 5/III bu bildirime de kıyas yolu ile uygulanır, yani zamanında ve düzenli biçimde gönderilen bir gecikme bildirimi karşı tarafa (onun anlayabileceği tarzda) geç varırsa, onun, bu bildirime rağmen sözleşmenin kurulmasını sağlamak için gecikmeyi derhal icapçıya haber vermesi gerekir[24]. 16

bb. BK. m. 5/III hükmünün kıyas yolu ile uygulanabileceği durumlar

Yeni İsviçre öğretisinin genel eğilimine göre, BK. m. 5/III'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 rağmen, *icapçının, karşı tarafın iyiniyetle kabul haberinin zamanında vardığı ve sözleşmenin kurulduğu yolunda bir güven ve kanaat sahibi olduğunu hesaba katması gerekiyorsa*, MK. m. 2/I'de yazılı dürüstlük kuralı ona gecikmeyi derhal bildirme külfetini yükler ve bu külfetin yerine getirilmemesi, sözleşmenin gecikmiş kabule rağmen kurulmuş sayılması sonucunu doğurur[25]. 17

Kıyas yolu ile uygulamaya özellikle aşağıdaki durumlarda başvurulacaktır[26]:

---

22) **Schmidlin**, Art. 5, N. 21: **Oser/Schönenberger**, Art. 5, N. 20; **Gauch/Schluep/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, II, 2, s. 186.

24) **Bucher**, Basler Komm., Art. 5, N. 19.

25) **Schönenberger/Jäggi**, Art. 5, N. 38.

26) **Schönenberger/Jäggi**, 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 varmış olabilir. Daha önce de değindiğimiz gibi, BK. m. 5'de öngörülen bağlılık süresi, herkesin her zaman üzerinde anlaşabileceği, 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 zorunluluğu doğar.

— *İkinci hal:* İcapçının bilebileceği veya tamamen ona yüklenebilecek sebeplerden ötürü icabın karşı tarafa geç ulaşmasına rağmen, karşı taraf bu gecikmeyi bilmiyor, bilmesi veya anlaması da dürüstlük kuralının ışığında kendisinden beklenemiyorsa, yine kıyas yolu ile BK. m. 5/III hükmü uygulama alanı bulabilir. Zira bu ihtimalde de, tıpkı BK. m. 5/III'e esas teşkil eden olguda 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.

III. Bir süre kaydı içeren (süreli) icaplar

18 İcap "on gün içinde cevap bekliyorum" veya "8.5.2006 günü çalışma saati sonuna kadar" kabilinden açık bir bağlılık süresi öngörmüş olabilir. Bu sürenin örtülü biçimde verilmiş olması da mümkündür. Bu ihtimalde, kabul beyanı icapta öngörülen sürenin bitiminden önce icapçıya ulaşmadığı takdirde sözleşme kurulmuş olmaz (BK. m. 3).

Bu konuda aşağıdaki problemler önem taşır:

19 a. İcapta öngörülen 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 imkânı olup olmadığını araştırmak gerekir. İcabın içeriği hiçbir ipucu vermiyorsa, Yargıtay'ın da[27] yerinde olarak kabul ettiği gibi, *icabın gönderildiği tarih* sürenin başlangıcı için esas alınacaktır. Bu görüşün iki gerekçesi vardır:

27) Tic. D., 22.10.1953, E. 4865, K. 5413 (**Olgaç**, Kazaî ve İlmî İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu, Genel Hükümler, 2. bası İstanbul 1969, s. 25 veya **Karahasan**, TBH, GH, 2004, cilt 3, s. 90).

— *Birinci gerekçe:* İcabı yapan, karşı tarafça da bilinmesi gereken biçimde, icap ile bağlılığının bir an önce son bulmasını ve sözleşme kurulmayacaksa bir başkasına teklifte bulunma serbestisini en kısa sürede elde etmeyi ister. Bu durumda onun, süre tayin ederken bu sürenin başlangıcı olarak icabın karşı tarafa vardığı veya karşı tarafça öğrenildiği tarihi değil, gönderme tarihini esas almış olması asıldır.

— *İkinci gerekçe:* BK. m. 5'de öngörülen kanunî 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 alınmasının mümkün olduğu dönemde söz konusu olabilir. İcabın geri alınması imkânı kalmamışsa, sonradan sürenin kısaltılmasına da imkân kalmamıştır[28].

c. Karşı tarafın zamanında ve düzenli bir biçimde gönderdiği kabul be- 20
yanı icapçıya geç varırsa, BK. m. 5/III kıyas yolu ile uygulanabilir ve icapçı bu gecikmeyi derhal bildirmediği takdirde sözleşmenin kurulmuş sayılacağı söylenebilir mi? İcabın süreli veya süresiz olması karşılıklı menfaatler durumu bakımından hiçbir fark yaratmadığı için, bugün hâkim olan görüş ile birlikte, süre içermeyen icaplarla ilgili BK. m. 5/III hükmünün burada da uygulama alanı bulacağı kabul edilmelidir[29].

§ 20. Kabul

I. Hukukî Niteliği

Sözleşmenin kurulmasını sağlayan ikinci irade beyanı kabul beyanıdır. 1
Hâkim olan görüşe göre, icabı alan karşı taraf bununla yenilik doğuran bir hak sahibi olmuştur. Kabul beyanı da yenilik doğuran bir hukukî işlemdir, zira bu beyanın karşı tarafa varması ile sözleşme ve buna bağlı olarak sözleşme ilişkisi kurulmaktadır[1]. İcabı bir taraflı hukukî işlem olarak görme-

28) **Schmidlin,** Art. 3, N. 71-73.

29) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 419; **Schönenberger/Jäggi**, Art. 3, N. 93, **Schmidlin**, Art. 3, N. 87; **v. Tuhr/Peter**, § 24, not 30; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 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 hukukî işlem olduğu kanısındadır[2].

Buna karşı, ikinci bir görüş[3], tıpkı icap gibi, kabul'ün de bir taraflı bir hukukî işlem olmadığı, bu sebeple yenilik doğuran bir hukukî 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 kurmaya elverişli bir hukukî durumdan ibarettir. Herhalde, bir taraftan sözleşme *iki taraflı* hukukî 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 hukukî niteliği ile ilgili tartışmalarda olduğu gibi, bu konudaki tartışmanın da pratik bir sonucu yoktur.

II. 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 alma icabını, teslim yeri İstanbul olmak üzere kabul ediyorum" kabilinden cevaplar, gerçekte icabın reddi ile birlikte yapılmış yeni bir icap anlamını taşır[4]. 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 bulunduğuna göre, BK. m. 2/I kıyas yolu ile uygulanabilir ve sözleşmeye kurulmuş gözü ile bakılabilir[5].

Biz bu görüşe katılamıyoruz. Kabule eklenen veya değiştirilen hususlar

---

2) Örnek olarak bkz. v. **Tuhr**, AT, II/1, s. 468.

3) **Larenz**, AT, s. 522; **Larenz/Wolf**, 9. A., § 29, N. 43; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 396; **Koller**, I, N. 443, 481, 502; **Buz**, Medenî 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. 1'de yer almaktadır.

5) **Schönenberger/Jäggi**, Art. 2, N. 59. Krş. **Kramer**, Art. 1, N. 158; Art. 2, N. 18.

objektif açıdan ikinci derecede (yan) noktalarla ilgili bulunsa bile, bunların icapçı açısından sübjektif açıdan esaslı sayılması ihtimali vardır. İlk defa kabul aşamasında ortaya çıkan bu gibi ilâve ve değişikliklere itiraz imkânını vermeden, 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, âdil bir çözüm değildir.

— *İkinci çözüm*, Viyana Sözleşmesi m. 19/b. 2'nin benimsediği çözümdür. Buna göre, bu gibi durumlarda, söz konusu ilâve ve değişikliklerle bağlı olmak istemeyen icapçı derhal (gecikmeksizin)[5a] bunlara itiraz etme külfeti altındadır. Aksi halde, sözleşmenin bu şekilde kurulmasına katlanacaktır[6]. Bu çözüm, Türk Hukukunda, şu şekilde ifadesini bulacaktır: Yan noktalara ilişkin ilâve ve değişikliklere BK. m. 6 çerçevesinde uygun bir süre içinde karşı çıkmayan icapçı, karşı tarafın söz konusu ilâve ve değişiklikleri içeren yeni icabını susarak kabul etmiş demektir.

III. Örtülü (zımnî) Kabul

1. İrade faaliyeti yolu ile kabul

Ismarlanmadığı halde gönderilen bir kitabın (fiilî veya eylemli icap) sayfalarının açılıp çizilmesi[6a] 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 yöneltilip ulaştırılmasına da gerek yoktur[7,8]. 4

2. Susma ile kabul (BK. m. 6).

BK. m. 6, yeni öğretiye göre, güven ilkesi ve BK. m. 1/II'de ifadesini 5

5a) Biz burada, m. 19/b'nin Almanca metnini *("unverzüglich")* 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 luridicum 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 zimnî (örtülü) irade beyanları çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir hüküm içermektedir[9]. Buna nazaran, "işin özel niteliği" veya "hal ve mevkiin icabı" açık bir kabul beyanı beklenmesini gerektirmiyorsa, karşı tarafça uygun bir süre içinde reddolunmamış icap, güven ilkesine göre kabul 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 bulunuyoruz[10]. Onun için, bunları tekrar etmeden, aşağıda, sadece BK. m. 6'nın uygulanmasına yol açabilecek birkaç örnek vereceğiz[11]:

— İcap, karşı tarafa herhangi bir yükümlülük yüklemeksizin sadece onun yararına olan bir sözleşmeye (bağışlama vaadi, borçtan ibra gibi) yönelik ise, "işin niteliği gereği" BK. m. 6 uygulama alanı bulacaktır.

— Taraflardan biri diğerini (özellikle katalog vs. göndererek) icaba davet etmiş ve diğer taraf da bunun üzerine bir icapta bulunmuş ise, icapçı, sözleşmeyi yapmaya hazır olduğunu icaba davet teşkil eden önceki davranışları ile ifade etmiş bulunan karşı tarafın susmasını BK. m. 6 uyarınca kabul olarak değerlendirmekte 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 (fiilî 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 çerçeve sözleşme[12] kapsamında münferit sözleşmeler yapılıyorsa, BK. m. 6 yine uygulama alanı bulabilecektir.

— Teyit mektubu ve icabın objektif açıdan ikinci derecede noktalara ilişkin ek ve değişikliklerle kabul edilmesi ihtimalleri daha önce incelenmiş bulunduğu için, burada sadece bir hatırlatma ile yetiniyoruz[13].

---

9) **Schmidlin**, Art. 6, N. 12 vd. özellikle 14; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 455; **Yung**, L'ácceptation par le silence d'une offre de contracter, in: Etudes et Articles, Genève 1971, s. 226, **Karahasan**, 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/Schluep/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 öğretide aynı fikirde: **Koller**, I, 2.A., § 7, N. 105 vd.).

10) Bkz. yukarıda § 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 taraf, tamamen birbirlerinden habersiz, karşılıklı olarak aynı içerikte icaplarını birbirlerine 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, durum nedir? 6

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 olur[14]. 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 kurulduğunu kabul etmek gerekir. Ayrıca, BK. m. 6 uyarınca, "uygun süre içinde reddetmemiş olma" şartı aranmaz. Zira, icaplardan herbirinin, tamamen aynı içerikte olan karşı teklifin önceden kabulü anlamını taşıdığı söylenebilir[15].

Vekâlet sözleşmesi ile ilgili BK. m. 387'de, BK. m. 6'nın özel bir uygulama alanını oluşturan bir hüküm yer almaktadır. Buna göre, a) vekilin tevdi edilen işi görme hususunda resmî bir sıfatı varsa, b) işin icrası mesleğinin icabından ise, c) bu gibi işleri kabul edeceğini ilân etmişse, vekâlet verenin icabını derhal (görüldüğü gibi kullanılan deyim BK. m. 6'daki "münasip bir müddet"ten farklıdır) reddetmeyen vekil vekâleti 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), şartları varsa BK. m. 6'ya başvurulması imkânı saklıdır[16]. 7

Sözleşme BK. m. 6 çerçevesinde kurulduğu vakit, yukarıda da işaret edildiği gibi, karşı tarafın örtülü (zımnî) irade beyanı olarak değerlendirilen susması ile kurulmuştur. Şu halde, karşı taraf için irade bozukluklarına dayanma imkânı saklıdır. Özellikle, gerçekte susarak icabı reddetmek isteyen taraf, BK. m.6 ve güven ilkesi gereği örtülü kabul beyanında bulunmuş sayılmışsa, onun BK. m. 23 vd. hükümleri çerçevesinde bu sözleşmeyi hata sebebiyle iptal etmesine bir engel yoktur[17]. 8

14) **Schönenberger/Jäggi**, 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/Schluep/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/Jäggi**, Art. 6, N. 48; **Fellmann**, Art. 395, N. 71; **Piotet**, La formation du contrat en doctrine générale et en droit privé 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. İcabın geri alınması

İcabın geri alınması iki biçimde gerçekleşebilir[1]:

1 *1 - Fiilî (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 beyanı yanında bu defa icabın geri alınmasına ilişkin ikinci bir irade beyanında bulunması söz konusu değildir. Sadece, yola çıkmış bulunan icabın karşı tarafa gönderilmesi veya ulaşması *fiilen* engellenmektedir. Borçlar Kanunu icabın geri alınmasını düzenlerken bu ihtimal üzerinde durmuş değildir, esasen durmasına da gerek yoktur. Zira, bu sonuç, kanunî bir düzenlemeye ihtiyaç göstermeden kendiliğinden anlaşılır bir nitelik taşımaktadır.

2 - Hukukî 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 varmış ise. Örneğin mektupla yapılan icap henüz yolda iken, karşı tarafın evine ulaştırılan bir telgraf ile veya telefonla icabın geri alındığı bildiriliyor.

b. İkinci ihtimal: Geri alma beyanı, karşı tarafa icaptan *sonra* varmış olmakla beraber, karşı taraf önce geri alma beyanını öğrenmiş ise. Örneğin, mektupla yapılan icap karşı tarafın evde bulunmadığı bir iş günü posta kutusuna atılmış iken, icapçı işyerine telefon ederek ona icabını geri aldığını, eline geçecek mektuba itibar etmemesi gerektiğini bildiriyor.

İsviçre Hukukunda yukarıda belirtilen ikinci ihtimal ile ilgili olarak dikkate değer bazı düşüncelere rastlanıyor[2]. 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 ayarlıyabilir, bazı girişimlerde bulunabilir. Bunu önlemek için, geri almanın en geç icap ile birlikte karşı tarafa varması veya

1) Bu ayrımı yapan **Engel** (s. 199) bizim metinde benimsediklerimizden biraz farklı deyimler kullanıyor: *"Retrait matériel"* ve *"Retrait intellectuel"*.

2) **Schmidlin**, Art. 9, N. 31, 32; **Schönenberger/Jäggi**, Art. 9, N. 23.

hiç değilse icaptan önce öğrenilmesi şart koşulmuştur. Ne var ki, kanun, icap ile geri almanın *aynı anda* öğrenilmesi faraziyesinden hiç bahsetmemektedir. Gerçi, işin niteliği gereği, aynı anda öğrenmeden söz açılamayacağı, örneğin önünde iki mektup olan kimsenin ister istemez bunlardan birini önce, diğerini sonra açıp okuyacağı açıktır. Ancak, araya hiçbir kesinti girmeden arka arkaya okunan iki mektubun, tek bir öğrenme olgusunu oluşturduğu ve bu sebeple aynı anda öğrenilmiş sayılabileceği söylenebilir. Esasen, birisi icabı diğeri geri almayı içeren ve her ikisi arka arkaya açılıp okunan iki mektuptan tesadüfen birisi önce açılırsa başka, diğeri önce açılırsa başka sonuçların doğacağını kabul etmek yerinde gözükmemektedir. Burada, aynı anda öğrenme vardır ve BK. m. 9'un koruyucu amacı, en az geri almanın daha önce öğrenilmesi ihtimalinde olduğu kadar 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 öğrenmeden söz açılamaz ve geri alma beyanı hüküm ifade edemez. Gerçekten, bu ihtimalde, BK. m. 9'un karşı tarafı koruyucu amacı tehlikeye girmiştir, zira onun yaptığı telefon görüşmesinde bile, biraz önce öğrendiği icaba güvenerek bazı tedbirler alması, girişimlerde bulunması imkân dahilindedir. Hiç kuşkusuz, "arka arkaya okuma var mı, yok mu?" sorusunun yol açacağı ispat zorlukları ayrı bir problem oluşturur.

Buraya kadar yapılan açıklamalar gösteriyor ki, icap (yukarıdaki düşünceler saklı kalmak üzere) en geç karşı tarafça öğrenildiği ana kadar geri alınabilmekte, karşı tarafça öğrenildiği andan başlayarak BK. m. 3, 4, 5'de öngörülen bağlılık sürelerinin sonuna kadar icapçıyı bağlamaktadır.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, geri alma beyanı zamanında gönderildiği ve karşı taraf bunu anlayabilecek durumda olduğu halde yolda gecikirse, BK. m. 5/III hükmü kıyas yolu ile uygulanabilir. Şöyle ki, bu ihtimalde geri almanın icaptan sonra diğer tarafa varmış, hatta diğer tarafın önce icabı öğrenmiş bulunmasına rağmen, gecikmenin derhal icapçıya bildirilmemesi halinde geri alma hükmünü doğurur ve icap yapılmamış sayılır[3]. 2

II. Kabulün geri alınması

Bu konuda, icabın geri alınmasına ilişkin olarak yukarıda söylenenler aynen geçerli olur (BK. m. 9/II). 3

Sözleşme, kabul beyanının icapçıya *varması* ile kurulduğuna göre, varmadan sonra icapçıya ulaşan, ancak onun tarafından daha önce öğrenilen geri alma beyanının *kurulmuş* sözleşme üzerindeki etkisi nasıl açıklanabilir? Bu durumda, en makul açıklama, sözleşmenin kanun gereği bozucu bir şarta bağlı olarak kurulmuş olduğunu ileri süren açıklamadır[4]. Buna göre, sözleşmenin kurulmuş olmasına rağmen, BK. m. 9'da öngörülen süreler içinde gerçekleşen bir geri alma beyanı geriye etkili biçimde sözleşmenin hiç kurulmamış sayılmasına yol açacaktır.

3) **Schmidlin**, Art. 9, N. 37; **Schönenberger/Jäggi**, Art. 9, N. 33.
4) **Guhl** (trad. par René Des Gouttes), Le droit fédéral des obligations, Zürich 1947, s. 85.

III. İcabın veya kabulün hükümden düşmesi

4 İcapçının icabı yaptıktan sonra ölmesi veya ehliyetsiz duruma düşmesi, ilke olarak, yapılan icabın geçerliliğini etkilemez ve karşı tarafın kabul beyanı ile sözleşmenin kurulmasına engel olmaz. Örneğin, bir malını satmak için B'ye icabını gönderen A, mektubu postaya verdikten sonra ölürse, B'nin kabul etmesi halinde sözleşme B ile A'nın mirasçıları arasında kurulmuş olur. Hiç kuşkusuz, icaptan hemen haberdar olan A'nın mirasçıları için, A'nın ölümü üzerine BK. m. 9 hükümleri çerçevesinde icabı geri alma imkânı saklıdır[5].

İstisna olarak, icap, icapçının şahsının önem taşıdığı bir sözleşme ile ilgili ise (ressam A, işadamı 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

1 Karşı karşıya bulunan kişiler arasında, kabul beyanının yapıldığı anda icapçı bunu öğrenmek imkânına 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, örneğin cevap mektubunu yazarak iradesini açığa vurması ile sözleşmenin kurulmuş olacağı kabul edilebilir (*Açığa vurma* veya *izhar teorisi*);

— Karşı tarafın irade beyanını açıklaması yeterli görülmeyip bunun ayrıca gönderilmesi aranabilir (*gönderme teorisi*);

— Kabul beyanının icapçıya varması esas alınabilir (*varma veya ulaşma teorisi*);

— Nihayet, kabul beyanının icapçı tarafından öğrenildiği ana üstünlük tanınabilir (*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 çatışan menfaatleri arasında âdil bir denge kurmaktadır. Zira, bu yoldan, 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 (II) 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, gaipler (hazır bulunmayan veya karşı karşıya olmayan kişiler) arasındaki sözleşmelerin *kurulduğu an* ile *hükümlerini doğurduğu an* arasında bir ayrım 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 bir kabul beyanı ile sözleşme 10 Temmuz'da kurulduğu, bağlayıcı hükümlerini ancak bu tarihte doğurduğu halde, bunun kurucu hükümleri geriye yürüyecek ve tarafları borç altına sokan borç ilişkisine 5 Temmuz'da gerçekleşmiş nazarı ile bakılacaktır. 2

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 Alman Ticaret Kanunundan (§ 321) İsviçre Borçlar Kanununa geçen bu hükmün[1] benzerine İsviçre'nin komşusu olan ülkelerin hiçbirinde (Fransa'da, Almanya'da ve İtalya'da) rastlanmamaktadır. *De lege ferenda*, BK. m. 10'un kanundan çıkarılmasında sakıncadan çok yarar vardır[2].

---

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, zamanaşımının (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 olunacaktır[3].

2. Satış sözleşmesinde hasarın ne vakit alıcıya geçtiğini (BK. m. 183) tespit etme açısından BK. m. 10'dan yararlanmak imkânı var mıdır?

3 Bilindiği üzere, BK. m. 183 Roma Hukukunun etkisinde kalarak, satış sözleşmesinin kurulduğu andan başlamak üzere satılan şeye ilişkin karşı edim hasarının alıcıya geçmesini öngörmüş, yani satılan mal henüz alıcıya teslim edilmeden ve satıcının herhangi bir kusuru bulunmaksızın bir kaza sonucu yok olsa dahi, alıcının semeni tam olarak ödeme yükümlülüğü altında olduğunu kabul etmiştir. Çok eleştirilen ve haksız bulunan bu hükmün uygulanmasında, 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, varma ile kurulan sözleşmenin hükümleri gönderme anına kadar geriye yürüdüğüne göre, yukarıda verdiğimiz örnekte BK. m. 183 uyarınca hasar alıcıya geçmiş sayılır[4]. 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 ve sözleşmenin kurulduğu 10 Temmuz günü sözleşmenin konusu BK. m. 20 anlamında imkânsız hale gelmiş bulunmaktadır. Şu halde, 10 Temmuz günü kurulan sözleşme, konusunun imkânsızlığı sebebiyle kesin hükümsüz bir sözleşmedir. 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/Altop**, s. 97.

leşmenin, "doğmayan" hükümlerinin BK. m. 10 gereği kabul haberinin gönderildiği ana kadar geriye yürütülmesi söz konusu olamaz. Bu gibi durumlarda BK. m. 183 uygulanamaz ve kabul haberinin karşı tarafa varmasından önce gerçekleşen hasar satıcıda kalmış sayılır[5].

Tam hasar için kabul edilen bu çözümün kısmî hasar halleri için de değer taşıması gerekir[6].

Bu çözümü destekleyen bir düşünce de şudur: Haksız bulunan BK. m. 183 hükmünün imkân ölçüsünde dar, aynı maddede öngörülen istisnaların ise elden geldiğince geniş biçimde uygulanması gerek İsviçre Federal Mahkemesi[7] gerekse öğreti[8] tarafından benimsenmektedir. Bu durumda, hukuk tekniği açısından bir zorunluluk bulunmadığı, hatta aksi görüş çok daha rahat savunulabildiği 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 ettiği sistem şöyledir: Karşı tarafın açık bir kabul beyanına ihtiyaç olmayan hallerde, BK. m. 6 gereği, sözleşme, icabın karşı tarafa varmasından sonra, uygun bir sürenin susarak geçirilmesi sonucu kurulmaktadır. Ne var ki, icabı reddetme imkânının bulunduğu sürenin sonunda kurulan sözleşmenin hükümleri, icabın karşı tarafa vardığı (yani uygun sürenin başladığı) andan itibaren gerçekleşmiş sayılacaktır. 4

§ 22a. Mesafeli Sözleşmelerin Kurulmasına İlişkin Özellikler

I. Mesafeli Sözleşme Kavramı

Mesafeli sözleşme *(Fernabsatzvertrag, contrat à distance, distance contract)* deyimi pozitif hukukumuza, 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) **Thévenoz**, La rétroactivité 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**, Réflexions sur l'impossibilité objective initiale provoquée par la faute d'une partie, Prof. Dr. Halûk Tandoğan'ın Hâtırasına Armağan, Ankara 1990, s. 166.

6) **Thévenoz**, 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 97/7/CE sayılı Yönergesi (Direktifi)1 dikkate alınarak yapıldığı anlaşılmaktadır[1,2].

2 Mesafeli sözleşme, satış, kira, hizmet vs. gibi sözleşmelerin yanında yer alan ayrı ve bağımsız bir sözleşme tipi olmayıp, sadece bir sözleşmenin *kuruluş tarzını* esas alan bir kavramdır. Şu halde, aşağıda açıklayacağımız biçimde kurulmuş olmak şartıyla herhangi bir sözleşme mesafeli sözleşme kavramı içinde yer alabilir ve örneğin bir satış sözleşmesi "mesafeli satış sözleşmesi" olur[3]. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna 2003 yılında eklenen 9/A maddesiyle, bu kavrama kanun koyucu bir ad koyup sınırlarını çizmiş ve böylece onu kanunî 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[3a].

3 TKHK. m. 9/A hükmü mesafeli sözleşme kavramını şöyle tanımlamaktadır:

"Mesafeli sözleşmeler; yazılı, görsel, telefon ve elektronik ortamda veya diğer iletişim araçları kullanılarak ve tüketicilerle karşı karşıya gelinmeksizin yapılan ve malın veya hizmetin tüketiciye anında veya sonradan teslimi veya ifası kararlaştırılan sözleşmelerdir".

Bu tanımda, mesafeli sözleşmeleri diğer sözleşmelerden ayırmaya yarayacak en önemli unsur, sözleşmenin *taraflar fiziksel olarak karşı karşıya gelmeksizin iletişim araçları aracılığı ile kurulmuş olmasıdır*[3b]. Alman

---

1) Bu Yönergenin Fransızca ve Almanca metinleri için bkz. **Amstutz/Pichonnaz/Probst/Werro**, Droit privé européen, Directives choisies (Europäisches Privatrecht, Ausgewählte Richtlinien), Berne/Athènes, 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. **Palandt/Heinrichs**, 64.A., Vorbem. vor § 312, N. 2). Bu konuda ayrıca bkz. **Larenz/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; **Zevkliler/Aydoğdu**, Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. baskı, Ankara 2004, s. 263; **Aslan**, s. 410.

Hukukunda BGB § 312 b/I, bu şartı çok daha iyi ifade ederek, sözleşmenin *sadece (münhasıran) iletişim araçları kullanılmak suretiyle* kurulmasını aramaktadır[4]. Buradaki ileşitim araçlarından maksat, tarafların fiziksel olarak karşı karşıya gelmelerine gerek bırakmaksızın, *uzaktan bağlantı* sağlamalarına imkân veren iletişim araçlarıdır[5]. Bunun içine örneğin İnternet üzerinden (yani modern iletişim araçları kullanılarak) gerçekleşen bağlantılar girebileceği gibi, telefon, faks, mektup 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 kurmuş olmaları 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, bir gün önce satıcının mağazasına gidip mallarını inceleyen, gerekli bilgileri alan, ancak fiyat hakkında tereddüt ettiği için son sözü söylemeden mağazadan ayrılan alıcı, ertesi gün telefonla görüştüğü satıcıya icabı kabul ettiğini bildirirse ortada mesafeli bir sözleşme yoktur, zira bu sözleşme *sadece* uzaktan bağlantı sağlayan iletişim araçları kullanılarak kurulmuş değildir[6].

Bir mesafeli sözleşmeden söz açabilmek için gerekli bir başka şart TKHK. m. 9/A hükmünde açık ifadesini bulmamıştır. 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. Şu halde, geçici olarak ve tesadüflere bağlı biçimde uzaktan iletişim araçları aracılığıyla gerçekleşen sözleşmeler, kanunun öngördüğü anlamda bir mesafeli sözleşme sayılamaz. Ne var ki, Avrupa Birliği Yönergesi (m. 2/1) ve BGB § 312b/I'den farklı olarak[6a], bu şartın TKHK. m. 9/A hükmünde ayrıca ve açıkça anılmamış olması dolayısıyla konu Türk öğretisinde tartışmalıdır[6b]. 4

Mesafeli sözleşme Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda düzenle- 5

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 sözleşmeden söz edilebilmesi için, karşımızda mutlaka *bir tüketiciyle yapılan* ve anılan kanun anlamında *"tüketici sözleşmesi" niteliğini taşıyan* bir sözleşme bulunmalıdır. Bu durumda iki ticarî 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 sayılmaz[7].

6 Şu noktayı ekleyelim ki, "elektronik sözleşme" ve "mesafeli sözleşme" kavramları da eş anlamlı değildir. Bir defa tüm elektronik sözleşmelerin tüketici sözleşmesi niteliğinde olması gerekmez. Diğer taraftan, iki tarafın buluşup 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 oluşturmaz[8]. Nihayet, bir mesafeli sözleşme oluşumuna imkân hazırlayacak biçimde uzaktan iletişim yolu ile kurulan tüm sözleşmelerin mutlaka elektronik ortamda gerçekleşmesi, dolayısı ile elektronik sözleşme olarak hayata geçmesi mecburiyeti yoktur. Örneğin telefon aracılığıyla veya karşılıklı faks mesajları ile gerçekleşen mesafeli 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 olması[9] yatmaktadır:

— Mal sunan veya hizmet sağlayan taraf o konuda bilgi ve tecrübe sahibi olduğu halde, tüketici genellikle bu bilgi ve tecrübeden yoksundur.

— Tüketici, çok defa karşı tarafın varlığı, kimliği ve güvenilirliği konusunda bilgi sahibi olmaksızın bir hukukî ilişki içine girmektedir. Gerçekten, örneğin bir Web sayfasında bazı mal veya hizmetler için teklifte bulunan tarafın gerçekten mevcut bir tâcir olup olmadığı, varsa gerçek kimliği ve ne dereceye kadar kendisine güvenilebileceği konularında tüketici aydınlanmış değildir.

---

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.

— Bunun gibi, tüketici, aslını görmediği mal gibi, sunulan hizmetin de kendi amaçlarına ne dereceye kadar uygun düştüğü konusunda açık bir fikir sahibi olmaktan uzaktır.

Kanundaki düzenleme, yukarıda yazılı sebeplerle tüketici aleyhine bozulmuş dengeyi yeniden kurmaya yöneliktir.

III. Ön Bilgilerin Tüketiciye Verilip Bu Hususun Yazılı Olarak Teyit Ettirilmemesinin Sözleşmenin Kurulması veya Geçerliliği Üzerindeki Etkisi

1. Genel Olarak

Yukarıda sayılan olguların yarattığı sakıncalı durumları önlemek ve tüketiciyi korumak üzere gerek Avrupa Birliği Yönergesi gerekse Türk mevzuatı (tıpkı Alman Hukukunda olduğu gibi) sözleşme kurulurken bazı bilgilerin tüketiciye verilmiş olmasını şart koşmuşlardır. Burada iki çeşit bilgi bildirimi ile karşılaşıyoruz: 8

— Bunlardan birincisi, sözleşme kurulmadan önce tüketiciye verilmiş olması gereken *ön bilgiler*dir. Bu bilgilerin kapsamına 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 ayrı bentte teker teker sayılan bilgilerin bazılarıdır).

— İkinci grupta, yazılı olarak yapılması ve bir nüshasının tüketiciye verilmesi zorunlu kılınan sözleşmede yer alması gereken şartlar *(sözleşme bilgileri)* karşımıza çıkmaktadır. Bunlar Yönetmeliğin 7. maddesinde teker teker gösterilmiştir (Ayrıca bkz. aşağıda § 51'den sonraki EK).

İşte bu noktada, gerek Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 9/A, gerekse Yönetmelik m. 6'da öngörülen, ancak hem Avrupa Birliği Yönergesinde, hem de bu Yönerge göz önünde tutularak 2002 yılı başında Alman Medenî Kanununda (§§ 312 b-d) yapılan değişikliklerde hiç yer almayan bazı ifadeler büyük tereddüt uyandırmakta ve tartışmalara yol açmaktadır:

TKHK. m. 9/A'nın 2. fıkrasına göre,

"Mesafeli satış sözleşmesinin akdinden önce, ayrıntıları Bakanlıkça çıkarılacak tebliğle belirlenecek bilgilerin tüketiciye verilmesi zorunludur. Tüketici bu bilgileri edindiğini yazılı olarak teyit etmedikçe söz-

leşme akdedilemez. Elektronik ortamda yapılan sözleşmelerde teyit işlemi yine elektronik ortamda yapılır".

Yönetmeliğin 6. maddesi ise şöyledir:

"Ön Bilgilerin Doğruluğunun Yazılı Olarak Kanıtlanması

Madde 6- Tüketici, ön bilgileri doğru ve eksiksiz olarak edindiğini yazılı olarak teyit etmedikçe sözleşme akdedilemez. Elektronik ortamda yapılan sözleşmelerde bu teyit işlemi yine elektronik ortamda yapılır. Tüketici, mallar için sözleşme konusu mal kendisine ulaşmadan, hizmetler için de en geç sözleşmenin ifasından önce ön bilgileri içeren yazılı onayı almalıdır." (Bkz. aşağıda § 51 sonrası EK).

9 Bu hükümler, Avrupa Birliği Yönergesi ve Alman Medenî 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 amacıyla[10] zorunlu kılmaktadır[11]. 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 akdedilemeyeceğinin* 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 Alman Hukukunda, öğreti, 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". Kanuna 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 aldığını teyit eden yazılı belgeyi malın teslimiden 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 olmasına 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 ahlâka aykırılığın en ağır biçimde gerçekleştiği ihtimallerde bile, yaptırım olarak "yokluk" değil, sadece "butlan" (kesin hükümsüzlük) öngörülmüştür (BK. m. 20/I). Oysa, aşağıda göreceğimiz gibi, burada butlan (kesin hükümsüzlük) yaptırımına da yer yoktur ve bu sonucu açıklayan gerekçeler yokluk görüşünün reddedilmesi için de yeterlidir.

Öngörülen yasağa rağmen sözleşme yapılmışsa, yaptırımın yokluk değil, kesin hükümsüzlük (butlan) olacağı da şimdi açıklayacağımız sebeplerden ötürü söylenemez[12]. "Sözleşme akdedilemez" ibaresinin gösterdiği gibi, burada geniş anlamda emredici hükümlere dahil sayılabilecek bir *yasaklayıcı hüküm* söz konusudur. Yasaklayıcı hükümlere ters düşen sözleşmeler otomatik olarak BK. m. 20/I hükmüne tâbi 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 gerekir[13]. 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, resmî tatil günlerinde kapalı kalması gereken dükkânların açık tutulup alışverişe devam etmesidir. Bu örnekte sözleşmelerin içeriğine ilişkin bir yasak yoktur. Sadece, resmî tatil günlerinde dükkânların 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 dükkân sahipleri kanunda öngörülen ceza yaptırımına tâbi tutulur[14]. Tüketiciyi koruma mevzuatının öngördüğü "ön bilgileri verme ve bunun tüketici tarafından yazılı biçimde doğrulanması" yükümlülüklerinin bir yandan sözleşmenin kurulmasına eşlik eden hal ve şartlara (olaylara) ilişkin bulunduğu, diğer yandan da tamamen ve sadece tüketicinin çıkarlarını korumak amacıyla sevk edilmiş hükümler oldukları kuşkusuzdur. Bu yükümlülükler 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 hükümlerin, 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 (TKHK, m. 1) tüketiciler aleyhine işletilmesini kabul etmek anlamını taşır[15]. 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 teyit alınmaksızın kurulan ve tüm esaslı noktaları üzerinde uyuşma sağlanmış sözleşmeler, yasaklayıcı hükümler çiğnenerek kanun koyucunun öngördüğü tarza ters düşen biçimde kurulmuş olduklarından*, ilke olarak yaptırım geçersizlik şeklinde gerçekleşmeyecek, buna karşı bir bölümü tüketiciyi koruma mevzuatında, diğer bölümü ise Borçlar Hukukunda öngörülmüş aşağıda sözünü ettiğimiz yaptırımlar 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 iki 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 kanunî 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 (Ayrıca bkz. not 10).

15a) **Gezder**'e göre (not 3'de age, s. 88-89), tüketicinin yazılı teyidi geciktirici bir kanunî 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 açamayacağını gözden kaçıran 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.

dayanağı yoktur. Kanun bu konuda özel bir şekil aramamıştır. Buna karşı, *"Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik"* m. 7/I'de yer alan hükme göre *"Mesafeli sözleşmenin yazılı olarak yapılması ve bu sözleşmenin bir nüshasının tüketiciye verilmesi zorunludur"*. Bu son hükümden hareket ederek, mesafeli sözleşmelerde yazılı şeklin bir *geçerlilik şartı* olduğu sonucuna varılabilir mi? Bizce, bu sorunun cevabı olumsuzdur. BK. m. 11/I, *kanunda* açık bir hüküm bulunmadıkça, sözleşmeler için geçerlilik şartı olarak bir şeklin öngörülemeyeceğini, herhangi bir soru işaretine yer bırakmayacak biçimde belirtmiştir[15c]. Şu halde, anılan Yönetmelik hükmünün yazılı şekli bir geçerlilik şartı olarak öngördüğü söylenemez[15d]. Ancak kanunun, belirli bir işlemin geçerli sayılabilmesi için açıkça bir şekil şartını öngördüğü durumlardadır ki, bu şeklin nasıl gerçekleşeceğine ilişkin ayrıntıların bir Tüzük veya Yönetmeliğe terk edilmesi mümkün olabilir[15e]. Olayımızdaki durum böyle değildir. Diğer taraftan, şu noktayı hiç gözden kaçırmamak gerekir ki, şekil serbestisi Anayasayla (m. 48/I) teminat altına alınmış sözleşme özgürlüğünün bir parçasıdır. Oysa yine Anayasaya göre (m. 13), temel hak ve hürriyetler "ancak kanunla" sınırlanabilir. Bu durumda, Yönetmelik m. 7/I'de düzenlenen yazılı şeklin olsa olsa bir ispat aracı olarak öngörüldüğü kabul edilmek gerekir (Ayrıca bkz. § 51'den sonraki EK).

Vurgulayarak belirtelim ki, aşağıda incelenen yaptırımların uygulama alanına girebilmesi için önce sözleşmenin kurulmuş olması gerekir. Oysa, ön bilgiler ve sözleşme bilgileri arasında öyle bazıları vardır ki, bunlar (örneğin satıcının veya hizmet sunucunun kimliği veya satılan malın yahut taahhüt edilen hizmetin belirlenmesine yarayan bilgiler) açıklığa kavuşturulup tüketiciye ulaştırılmadan sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde bir uyuşma olduğunu, dolayısı ile sözleşmenin meydana geldiğini söylemek mümkün değildir[16]. 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 kurulamaz. Önemle belirtelim ki, bu sonuç, ön bilgiler tüketiciye verilip onun tarafından yazılı biçimde doğrulanmadıkça sözleşmenin kurulamayacağını bildiren ve TKHK. m. 9/A'da yer alan yasaklayıcı hükmün çiğnenmiş olmasına değil, sadece Borçlar Hukuku'nun sözleşmenin kurulmuş sayılması için aradığı en temel şartların olayda gerçekleşmemiş olmasına dayanmaktadır. Durum böyleyken daha sonra tekrar üzerinde duracağımız Yönetmeliğin 8. 12

15c) Geçerlilik şekli olarak yazılı şekle uyma zorunluluğunun sadece bir kanun 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 birlikte) 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 yerinde 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 ayrım yapmadan, sözleşmedeki eksikliklerin satıcı veya sağlayıcı tarafından en geç otuz gün içinde giderilmesine izin vermiş bulunmaktadır[16a]. Bu hükmü sadece esaslı noktalar dışında kalan ve sözleşmenin kurulmasını engellemeyen şartların eksik kalmış olması ihtimaline yönelik olarak anlamak yerinde olacaktır. Esaslı noktaları üzerinde uyuşma olmadığı için kurulmamış bir sözleşmeye, satıcı veya hizmet sağlayıcının *bir taraflı* bildirimiyle 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 bundan böyle Yönetmelikte sözü edilen diğer bilgiler yanında sözleşmenin esaslı noktalarıyla ilgili bu gibi konularda da yazılı sözleşme metnindeki eksikliklerin tamamlanması için Yönetmelik m. 8/V hükmünün uygulanmasına bir engel kalmamıştır. Yönetmelikte eksikliklerin tamamlanması için öngörülmüş otuz günlük sürenin başlangıç tarihinin ne olacağını ve otuz gün içinde yazılı sözleşmedeki eksiklikler satıcı veya sağlayıcı tarafından giderilmediği takdirde nasıl hareket edileceğini ise aşağıda cayma (geri alma) hakkını incelerken açıklıyoruz.

2. Uygulanacak Yaptırımlar

13 Esaslı noktaları üzerinde tarafların anlaştığı sözleşmelerde uygulama alanı bulabilecek yaptırımlar şunlardır:

a. Tüketiciyi Koruma mevzuatına dayalı yaptırımlar[17]:

= TKHK. m. 25 hükmü gereği, aynı kanunun 9/A maddesi çerçevesinde, sözleşme kurulmadan ön bilgileri tüketiciye ulaştırıp ondan yazılı teyit almayan satıcı veya sağlayıcı bir para cezasına çarptırılacaktır[18].

= TKHK. m. 9/A'nın 5. fıkrası, kapıdan satış hükümlerine yollama yapmak suretiyle tüketiciye bir *cayma (geri alma) hakkı* 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/II uyarınca *"Elektronik ortamda anında ifa edilen hizmetler ve tüketiciye anında teslim edilen mallara ilişkin sözleşmeler cayma hakkı ve kullanımına ilişkin hükümlere tâbi değildir"*. Bu hükümle doğrudan E-Ticaret işlemlerinin kastedildiği anlaşılmaktadır. Yönetmelik m. 8/II hükmünün eleştirilmesi için bkz. **Atamer**, not 15a'da age, s. 191.

netmeliğin 8. maddesi bu hakkı daha ayrıntılı biçimde düzenlemektedir. Bu hükme göre,

"Tüketici, mal satışına ilişkin mesafeli sözleşmelerde, teslim aldığı tarihten itibaren yedi gün içerisinde hiçbir hukukî ve cezaî sorumluluk üstlenmeksizin ve hiçbir gerekçe göstermeksizin malı reddederek sözleşmeden cayma hakkına sahiptir. Hizmet sunumuna ilişkin mesafeli sözleşmelerde ise, bu süre sözleşmenin imzalandığı tarihte başlar"[20]. Görüldüğü gibi, cayma (geri alma) hakkı tanınan sözleşmelerde, bu hakka sahip olan taraf, hakkın kullanılma süresi içinde hiçbir sebep göstermeden ve hiçbir sorumluluk altına girmeden bir taraflı yenilik doğuran irade beyanı ile sözleşme ilişkisinden geçmişe etkili olarak sıyrılmak imkânına sahiptir, yani sözleşme (genel kurala aykırı biçimde) onu bağlamamaktadır[21].

Aynı yönetmelik, (6. ve 7. maddelerine yollama yapmak suretiyle) *gerek ön bilgilerin gerekse sözleşme bilgilerinin* tüketiciye tam olarak verilmemiş olması halinde, satıcı veya sağlayıcıyı bu bilgilerdeki eksikliği en geç otuz gün içerisinde tamamlamakla yükümlü tutmaktadır (m. 8/V)[22]. Söz konusu 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 Alman öğretisi, bu konudaki geri alma (cayma) hakkını dönme (rücu) hakkının 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 hukukî 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) hâkim olan görüşün, 20.12.1985 tarih ve 85/577/CEE sayılı Avrupa Birliği Yönergesiyle (m. 5/2) bağdaşmadığı, bu sebeple cayma (geri alma) beyanı üzerine sözleşme ilişkisinin geçmişe etkili olarak hükümsüz kalacağı öne sürülmüştür (**Larenz/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 eksik olması halinde, bu eksiklik satıcı-sağlayıcı tarafından tamamlandıktan sonra cayma süresi işlemeye başlar". Bizce, Yönetmelik m. 8/V hükmünde sözleşme metnindeki eksiklikleri gidermesi için satıcı veya sağlayıcıya tanınan 30 günlük süre, TKHK. m. 9/A, III 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, III ve Yönetmeliğin 9/I 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 uzatılabilmektedir. 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. 8/V hükmü eksikliklerin giderilmesi için, borcun muaccel yani ifasının istenebilir olduğu tarihten başlamak üzere, ifa süresi olan 30 gün

"Bu durumda 7 günlük süre söz konusu eksikliğin giderildiğine dair bilginin[23] *yazılı olarak tüketiciye ulaştırıldığı tarihten itibaren başlar".*

Böylece, sözleşmenin kurulması halinde, gerek ön bilgilerin gerekse sözleşme bilgilerinin tüketiciye hiç verilmemiş veya eksik biçimde bildirilmiş olmasının, bir başka anlatımla, bilgi eksikliği dolayısıyla tüketicinin cayma (geri alma) hakkını sağlıklı bir biçimde kullanabilecek duruma getirilmemiş bulunmasının yaptırımı açık biçimde ortaya çıkmaktadır. Bu yaptırım, hem Avrupa Birliği Yönergesine (m. 5-6) hem de bu Yönerge esas alınarak hazırlanan BGB hükümlerine[24] uygun biçimde, *cayma (geri alma) hakkına ilişkin yedi günlük hak düşürücü sürenin, bahis konusu bilgiler tüketiciye ulaştırılmadığı sürece işlememesi* biçiminde karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda yedi günlük cayma (geri alma) hakkı süresi, ancak eksik bilgilerin tamamlanıp tüketiciye ulaştırıldığı tarihten itibaren işlemeye başlayacak ve bütün bu zaman dilimi içinde tüketici serbestçe sözleşmeden cayma hakkını muhafaza edecektir[25]. Avrupa Birliği Yönergesinde öngörülen (mallarda bunların tüketici tarafından teslim alındığı, hizmetlerde sözleşmenin kurulduğu andan başlayarak işleyen) üç aylık *üst süre* hukukumuzda yer almamaktadır. Ne var ki, bunun yerini almak üzere, öğretide dürüstlük kuralına (MK. m. 2/I) dayalı bir azamî (üst) süre sınırlaması öngörülmektedir[26]. Şu halde, bilgilerin verilmemiş veya tamamlanmamış olmasına rağmen, yedi günlük süre sınırlamasından kurtulan tüketici, malı teslim aldığı veya hizmet sunumuna ilişkin sözleşmeyi imzaladığı tarihten sonra, cayma hakkını ancak dürüstlük kuralının çizdiği, her olayın özellik

---

içinde bu eksikliklerin tamamlanması gerektiğini belirtmektedir. Şu halde, Yönetmelik m. 8/V hükmünde sözü geçen otuz günlük sürenin başlangıcı, tüketicinin siparişinin satıcı veya sağlayıcıya ulaştığı tarihtir. Ne var ki, metindeki açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere, bu süreye uyulmamasının tüketiciye ait cayma (geri alma) hakkının kullanılabilme süresini uzatmaktan başka bir sonucu da yoktur.

23) Yönetmelikte yer alan bu ifade yerinde değildir. Tüketiciye ulaştırılacak olan bilgi, "söz konusu eksikliğin giderildiğine dair bilgi" olmayıp "söz konusu eksiklikleri gideren bilgi"dir (**Gezder**, Mukayeseli Hukuk Açısından İnternet'te Aktedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, İstanbul 2004, s. 214, not 201; **Gezder**, not 3'de age, s. 170).

24) Bkz. 2002 yılı başından itibaren değişikliğe uğramış BGB §§ 312d, 355. -Şu noktayı ekleyelim ki, Alman Hukukunda, sözleşme kurulmadan önce verilmesi gereken ön bilgilerin verilmemiş olmasının cayma (geri alma) hakkı süresi üzerinde herhangi bir etkisi yoktur. Buna karşı (ön bilgileri de kapsamına alan) sözleşme bilgilerinin verilmemesi (Bkz. **Larenz/Wolf**, 9.A., § 30, N. 66) cayma (geri alma) hakkına ilişkin sürenin işlemesini engeller (**Palandt/Heinrichs**, 64.A., § 312 c, N. 12; **Jauernig/Berger**, § 312c, N. 5). Türk Hukukunda, Yönetmelik m. 8/V, hem m. 6'nın öngördüğü ön bilgilerin, hem de m. 7'de yer alan sözleşme bilgilerinin eksiksiz olarak verilmemesi halinde cayma hakkı süresinin işlemeyeceğini belirtmekle yetinmiştir.

25) Bu görüşte: **İnal**, not 4'de age, s. 134-135; s. 180 vd.; **Aslan**, 3. bası, s. 474; **Gezder**, not 23'de age, s. 213 vd., 198 vd. (Yazarın, bu sonuca ulaşırken TKHK. m. 9/A, II'nin bir geçersizlik yaptırımını öngördüğü esasından hareket etmesi isabetsizdir). Ayrıca bkz. **Demir**, not 3b'de age, s. 103 ve aşağıda § 51 sonrası EK.

26) **İnal**, not 4'de age, s. 185, 187; **Aslan**, 3. bası, s. 474.

lerine göre mahkemece takdir edilecek bir üst süreyi kaçırmaksızın kullanmak zorundadır[27].

Tüketiciyi koruma mevzuatına hâkim tüketicileri koruma amacı çerçevesinde, tıpkı kapıdan satışlarda tüketicilere tanınan cayma (geri alma) hakkında olduğu gibi (TKHK. m. 9), genel kuraldan ayrılmak suretiyle, burada da cayma (geri alma) beyanının süresi içinde *gönderilmiş* olması yeterlidir[28]. 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 sayılacaktır[29]. 14

Burada üzerinde durulmayacak bir başka yaptırım için bkz. TKHK 23/IV.

b. Borçlar Hukukuna dayalı yaptırımlar[30]:

= Tüketici, yerine göre ve şartları gerçekleşmişse, hata veya hile hükümlerine (BK. m. 24, 28) dayanarak sözleşmeyi iptal edebilir. 15

= Kendisine hiç veya tam ve doğru bilgi verilmemiş olan tüketici bu yüzden bir zarara uğramışsa, geçerli bir sözleşmenin kurulmadığı durumlarda *culpa in contrahendo* (sözleşme müzakereleri sırasında gerçekleşen kusurlu davranış) esasına dayanarak tazminat isteyebilir. Sözleşme geçerli olarak kurulup ifa aşamasına geçildiği halde tam ve doğru bilgi verilmemiş olması sözleşmenin olumlu ihlâli (kötü ifa) olarak nitelenebilir ve bu yüzden 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 sınırlayan 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) **İnal**, not 4'de age, s. 188; **Demir**, Kapıdan İşlemlerde 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 Alma 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. **Larenz/Wolf**, 9.A., § 30, N. 65-66; **Palandt/ Heinrichs**, 64.A., § 312 c, N. 12.

leri, esas itibariyle aynı sosyo-ekonomik konumda olan ve karşı karşıya gelip görüştükten 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, rasyonalizasyon ve standardizasyon amaçları ile, aynı konulara ilişkin olarak pek çok kimse ile ilerde yapılması planlanan sözleşmelerin şartları, önceden bir taraflı olarak bu gibi kurumlarca hazırlanmakta ve herhangi bir müzakere imkânı kalmaksızın karşı tarafın önüne konulmaktadır. Karşı taraf için yapılabilecek iki şey vardır: 1 – Önüne konulan şartları olduğu gibi kabul etmek; 2 – Arz edilen mal veya hizmet ediminden ve dolayısı ile sözleşmenin kurulmasından vazgeçmek.

Forstmoser'in 1980 yılında yayımlanan bir yazısına göre[1], o tarihte Almanya'da, sigortacılık, bankacılık, turizm, uzaktan (mektupla) öğretim ve otomobil satışlarında genel işlem şartlarına dayanılarak kurulan sözleşmelerin oranı %100, inşaat ve tellâllık işleri ile, mobilyacılık ve mesken kiralarında %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 çıkarlarını savunması, önem verdiği bazı noktaları sözleşmeye geçirebilmek için diğer bazı noktalarda ödün vermesi normaldir. Bu yoldan, (hiç 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 âdil bir düzen olması ihtimali kuvvetlidir. Oysa, sözleşme, bir tarafın hazırladığı genel işlem şartlarına diğer tarafın, fiilen hiçbir görüşme imkânı olmaksızın, boyun büküp katılmasıyla kuruluyorsa, artık sözleşme adaletinden söz açılamaz. 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 imkânları 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 deustchen Recht, in: Recht und Wirstchaft heute, FG Max Kummer, 1980, s. 99.

kanunun *emredici hükümlerini* değiştirmesi veya bertaraf etmesi mümkün değildir. Her şey, kanunun *tamamlayıcı hükümleri ile* (hiç şüphesiz *yorumlayıcı hükümler* de buraya dahildir) düzenlenmiş 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 kurmak endişesi ile öngördüğü tamamlayıcı hükümleri, iki taraf görüşüp anlaşarak, kendi aralarındaki ilişkide uygulama dışı bırakabilirler. Ancak *iki tarafın görüşmesi sonucu* tamamlayıcı hükmün yerini alacak düzenlemenin, yine onların çıkarları arasında az çok makul bir denge kurması beklenir. Olaydaki durumun özelliği, tamamlayıcı kanun hükümlerinin iki tarafın serbestçe görüşüp anlaşması sonucu değil, içlerinden birinin *bir taraflı* iradesi ile değiştirilmesi ve diğer tarafın da bu değişiklikleri ister istemez blok halinde kabul etmek mecburiyetinde kalmasıdır. Bu tarzda gerçekleşen bir değişiklik ise, tamamlayıcı hükümlerden ayrılarak kurulan yeni düzenlemenin adaleti ve yerindeliği hususunda hiçbir garanti içermemektedir[2]. Bu konuda, bankacılık uygulamasından alınan şu örnek, durum hakkında bir fikir verebilir: Bilindiği üzere, hukukumuzda, icap, kabul, takas, fesih (bozma) gibi karşı tarafa yöneltilen irade beyanlarında, hâkim 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 şubelerinin 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 anlaşılmaktadır[3].

Şu noktayı ekleyelim ki, daha elverişli sözleşme şartları elde etmek üzere, bir başka mal veya hizmet sağlayıcıya başvurulması da genellikle sonucu değiştirmeyecektir. Zira, genel işlem şartlarını kullanan tarafın piyasada bir tekel (monopol) durumunda olması halinde, başvurulacak başka birisi yoktur; böyle bir tekel durumu bulunmasa bile, yine hemen hemen

---

2) Bkz. **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 âdil ve uygun bir düzenleme amacı ile konulduğu söylenemez. Bunlardan bazıları, ilgili çevrelerde hâkim olan görüşlere en çok uyan çözümü getirdikleri için, diğer bazıları ise, bir konuyu çözümsüz bırakmaktansa herhangi bir çözümü öngörmenin daha iyi olduğu düşüncesi ile kabul edilmiş olabilir.

3) **Tekinalp**, Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 1988, s. 288, N. 75.

aynı nitelikte genel işlem şartlarıyla çalışan bir başkası ile karşı karşıya kalınacaktır[4].

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 mümkün değildir[5]. Yapılacak şey, genel işlem şartlarına dayalı sözleşmeleri hukuken daha sıkı bir denetim altına almak ve zayıf durumdaki karşı tarafı daha iyi korumaktan ibarettir.

3 Şu noktayı önemle belirtmeliyiz ki, karşı tarafın genel işlem şartlarına dayalı olarak kurulan sözleşmeler açısından korunması probleminde, iki ihtimali daha baştan birbirinden ayırmak gerekir[6]:

— Bu ihtimallerden birincisi, sözleşmenin, her ikisi de o konulardan anlayan iki tacir arasında kurulmasıdır. Bu durumda, taraflardan biri veya her ikisi genel işlem şartlarına göre hareket etseler bile, karşı tarafın alelâde bir tüketici kadar korunmaya ihtiyacı olmayacağı açıktır.

— Buna karşı, bir tarafta genel işlem şartlarına dayanan bir tacir, diğer tarafta ise *bir tüketicinin* yer aldığı ihtimallerde durum değişir ve karşı tarafın nasıl korunacağı meselesi çok daha geniş ölçüde önem kazanır. Biz aşağıdaki açıklamalarımızda 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. Hâkim olan ve bize de uygun gelen görüşe göre, bu durumda gerçekleşen kısmî uyuşmazlığa 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 hükmün 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) **Schwenzer**, N. 44, 03; **Brox/Walker**, § 4, N. 33.

5) **Merz**, Massenvertrag und Allgemeine Geschäftsbedingungen, FG Schönenberger, Freiburg 1968, s. 141; **Engel**, Cents ans de contrat sous l'empire des dispositions générales du Code fédéral 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 Schönenberger, s. 160; **Atamer**, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 1999, s. 54 vd.

lıklı ifanın başladığı andan itibaren böyle bir iddiaya yer kalmaz. Her iki tarafın genel işlem şartlarında yer alan ve çatışan hükümlerin saf dışı kalması dolayısıyla ortaya çıkan boşluk, ilk plânda kanunun tamamlayıcı hükümlerine göre doldurulur. Konuya ilişkin tamamlayıcı hüküm yoksa veya mevcut hüküm o sözleşmenin özelliklerine uymuyorsa, tarafların bu durumu bilselerdi dürüstlük kuralının ışığında hangi hükmü kabul etmiş olacakları araştırılarak tamamlayıcı yorum yoluyla boşluğun doldurulması yoluna gidilir[7].

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 sözleşmeye yine tarafların rızası ile girip o sözleşmenin içeriği haline gelmedikçe hukuken bir değer tanınamaz[8]. Diğer taraftan, taraflar arasında kurulan sözleşmenin içeriğini *sadece* genel işlem şartlarının oluşturduğu sanılmamalıdır. Tam tersine, kiminle sözleşme yapıldığı, hangi maldan ne miktar satıldığı, yahut bir taşıma sözleşmesinde hangi malların hangi tarihte nereden nereye taşınacağı vs. gibi konular, ister istemez ancak sözü geçen sözleşmede kararlaştırılabilir[9]. Ne var ki, sözleşme bu gibi konuların dışında, bir tarafın diğer tarafça önceden hazırlanmış genel işlem şartlarını tartışmasız kabul edip onlara katılmasıyla kurulur. Bu sebeple, bu yoldan kurulan bu gibi sözleşmelere (aşağıda göreceğimiz gibi bu konuda kullanılan başka deyimler de bulunmakla birlikte) Fransız Hukukundan gelen bir deyimle "katılmalı (= iltihakî) sözleşmeler" *(contrats d'adhésion)* denir. Gerçi öğretide rastlanan bir görüşe göre, iltihakî sözleşmeden söz açabilmek için sözleşmenin *bütün hükümleri* önceden bir taraflı olarak tespit edilmiş olmalıdır. Sözleşmenin sadece bir bölümünde genel işlem şartlarına atıf yapılmışsa artık iltihakî sözleşme deyimi kullanılmamalıdır[10]. Biz bu görüşe katılamıyor ve bir sözleşmenin yalnız sosyal veya ekonomik açıdan güçlü olan tarafın diğer tarafa tartışmasız empoze ettiği belirli hükümleri açısından iltihakî sözleşme sayılmasına bir engel göremiyoruz. Nasıl, genel işlem şartları taraflar arasındaki sözleşmenin sadece bir veya bir kaç hükmünü etkilemekle yetinebiliyorsa, bunu paralel olarak iltihakî (katılmalı) sözleşme nitelemesi, yalnız sözleşmenin genel işlem şartlarından etkilenen, yani karşı tarafa dayatılan bölümü için geçerli olmak üzere kullanılabilir. Sonuç olarak şu noktaya dikkatleri çekmekle yetiniyoruz 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/Jäggi**, Art. 1, N. 433, 517; **Forstmoser**, s. 107.

9) **Schönenberger/Jäggi**, Art. 1, N. 432; **Bucher**, AT, s. 152.

10) **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 21.

şartları" deyimi sözleşmenin "içeriği" ile, Fransız Hukukundan gelen "iltihakî (katılmalı) sözleşme" deyimi ise sözleşmenin "kurulma tarzı" ile ilgili bulunmaktadır[11].

6 Bazı Yargıtay kararlarında rastlanan ifade ile, "iltihakî sözleşmeler (contrats d'adhésion) bir kamu hizmeti ifa edip, hukuken 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, iltihakî sözleşmeler "hukukî veya fiilî bir tekele, devlet tarafından verilen bir imtiyaza dayanarak topluma kamu hizmeti niteliğinde sayılan konusu su, elektrik, 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 eder[13]. Bu görüş isabetsizdir. Bir defa Yargıtay'ın tüm kararlarında iltihakî sözleşmelerle ilgili bu tip bir sınırlama yapılmamaktadır. Örneğin, 5.4.1944 tarih ve E. 4, K. 12 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararında, iltihakî sözleşmeler incelenirken, "... hususî hukuk sahasında sigorta ve nakliye mukaveleleri gibi emsali bulunan bu akitler de onların tamamen aynıdır" denilerek geniş kapsamlı bir tanım benimsenmiş bulunmaktadır[13a]. Gerçekten, örneğin evden eve taşıma işleriyle uğraşan ve serbest piyasada çok sayıda rakibi bulunan bir ticaret şirketinin genel işlem şartlarını karşı tarafa empoze etmesi sonucu kurulan taşıma sözleşmesinin, sınırlayıcı görüşün kapsamı dışında kalmasına rağmen bir iltihakî sözleşme oluşturduğu kuşkusuzdur. Kaldı ki, Yüksek Mahkemenin bir başka kararında[14] "Gerek ülkemizde, gerek Alman ve İsviçre Mahkeme içtihatları ile bilimsel öğretisinde, genel işlem şartlarının (veya iltihakî sözleşmenin)..." denmek suretiyle öğretideki azınlık görüşünün getirmek istediği sınırlamaların benimsenmediği açığa vurulmuştur. İltihakî (katılmalı) sözleşme kavramının kaynağı olan Fransız Hukukunda böyle bir sınırlama bulunmadığı gibi[15], İsviçre-Türk öğretisinde büyük çoğunlukça benimsenen anlayış da, iltihakî sözleşme kavramının belirlenmesinde bu tip sınırlamalara yer vermemektedir[16]. Bütün bunlar gösteriyor ki, hukukî veya fiilî bir tekele

---

11) **Wessner**, Les contrats d'adhésion: quelle protection pour la partie réputée la plus faible?, ZSR, N.F. 105 (1986/I), 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: "iltihaki 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'ahdésion, Paris 1973, s. 27 vd., 39-40. Ayrıca bkz. **Carbonnier**, Droit civil, tome 4, Les Obligations, 16. éd., Paris 1992, s. 74; **Terré/Simler/Lequette**, Droit civil, 5. éd., Paris 1993, s. 58, s. 149 vd.

16) Örnek olarak bkz. **Wessner**, not 11'de age, s. 164 vd.; **Engel**, s. 165-166 (Bu yazarın yerinde olarak belirttiği gibi, "iltihakî sözleşme" deyimi, "müzakereye dayalı sözleşme" deyiminin karşıtı 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 şartlarını içeren sözleşmelerle iltihakî sözleşmelerin nitelik itibarıyle aynı şey olduğuna işaret etmektedir.

yahut devletçe verilmiş bir imtiyaza dayalı olarak kamu hizmeti gören kuruluşlarla yapılan sözleşmeler, iltihakî sözleşmelerin sadece uygulamada çok sık rastlanan bir örneğini oluşturur. İltihakî sözleşme bu örneği de içeren daha geniş bir kavramdır. Bunun içine, güçlü konumda bulunan taraflardan birinin, karşı tarafa önceden bir taraflı olarak hazırladığı (genellikle genel işlem şartları görünümünde karşımıza çıkacak) kendi sözleşme şartlarını empoze ettiği tüm sözleşmeler girer.

Borçlar Kanunumuzun gerek İsviçre'de hazırlandığı, gerekse Türkiye'de kabul edildiği dönemlerde, sözleşmenin bu modele göre kurulması problemi bugünkü ölçüde önem taşımadığından bu kanunda genel işlem şartları ile ilgili bir hüküm aramak boşunadır. Mevzuatımızda, genel işlem şartlarını sadece tek bir noktada ele alan bir kaç dağınık hükme rastlanabilir. TTK. m. 776 ve 1266/II bu konuda iyi birer örnek olabilir[17]. Çok sınırlı uygulama alanı olan bir başka örnek, Sermaye Piyasası Kurulu'nun Seri V, No. 19, Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ'in (Seri V, no. 38) 1. maddesinde yer almaktadır[18]. Buna göre, aracı kuruluşlar ile müşteriler arasında yapılacak çerçeve sözleşmede *"... müşterilerin haklarını ciddî şekilde zedeleyici ve aracı kuruluş lehine tek taraflı olağanüstü haklar sağlayan hükümlere... yer verilemez"*. Böylece, müşteriler, aracı kuruluşların pazarlık konusu yapılmadan tek taraflı olarak hazırlayıp dayattıkları genel işlem şartlarına karşı özel olarak korunmuşlardır[18]. 7

Avrupa ülkelerinde uzun yıllardan beri müşterilerin genel işlem şartlarına karşı korunması amacıyla çıkarılan özel kanunlar vardır[19]. Örneğin, Alman Hukukunda önce bu konuda 9.12.1976 tarihli özel bir kanun çıkarılmış, daha sonra, 2002 yılı başında yürürlüğe giren Alman Medenî Kanunu değişikliğinde söz konusu özel kanunun maddî hukuka ilişkin hükümleri Alman Medenî 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 rekabetin önlenmesi açısından ele alan ve çok eleştiri alıp büyük tartışmalara yol açan bir hükme rastlanmaktadır[21]. 8

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 Korunması Hakkında Kanunun 6. maddesinde bu kanunla yapılan ve 14.6.2003 tarihinden itibaren yürürlüğe giren değişiklik sonucu, tüketicileri 9

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 1'de age, s. 100; **Wessner**, not 11'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) vardır[22].

II. 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 anlatımla, yürürlük kazanıp kazanmadıkları) meselesi ile ilgilidir. Derhal belirtelim ki, taraflar arasında hiçbir görüşme yapılmaksızın ve genel işlem şartlarının aynen kabul edilmesiyle gerçekleşen bu tip sözleşmeler için "kitlesel sözleşme", "formüler sözleşme", "katılmalı (iltihakî) sözleşme" gibi deyimler yanında en çok kullanılan 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* meselesi karşımıza çıkar.

— Nihayet, üçüncü aşamada, sözleşmede yer alan genel işlem şartlarının bir *içerik kontroluna* tâbi tutulabilip tutulamayacağı, yani bazı hallerde *geçersiz* sayılabilip sayılamayacağı inceleme konusu olur.

1. Genel işlem şartlarının tarafların rızası ile sözleşmenin içeriğine girmesi

a. Açık (sarih) benimseme ile

11 Sözleşme kurulurken açıkça bu ilişkide genel işlem şartlarının geçerli olduğuna yollama yapılmış ve karşı tarafa bunların içeriğini öğrenme imkânı bahşedilmişse, onun bu sözleşmeyi imzalaması aynı zamanda genel işlem şartlarının da açıkça kabul edilip benimsenmesi anlamını taşır. Yalnız, bunun için ya genel işlem şartları imzalanan metnin ön veya arka yüzünde yer almalı (arka yüzde yer alan genel işlem şartlarına müşterinin imzasının üstünde bulunan bölümde yazı ile, yahut metin imzalanmadan sözlü olarak yollama yapılmış olmalıdır) veya ayrı ve bağımsız bir kağıtta yer alan bu gibi şartlar sözleşme kurulurken diğer tarafa verilmelidir[23].

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 yapılmadan kurulmuş sözleşmenin içeriğini değiştirmesi mümkün değildir[24].

Genel işlem şartlarını kullanan tarafın bizzat *kendisinin* hazırladığı şartlara dayanmış olması gerekmez. O, *üçüncü bir kişi* (örneğin bir başka ticaret şirketi veya bir meslek kuruluşu) tarafından hazırlanmış genel işlem şartlarını da esas almış olabilir[25]. Diğer taraftan hâkim olan görüşe göre, genel işlem şartlarından söz açabilmek için bunların bir tek sözleşme için değil, fakat *birden fazla* sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanmış olması gerekir. Şu var ki, bu maksat tespit edilmişse, daha ilk kullanımdan itibaren genel işlem şartlarından söz açmak mümkün olur[26]. 12

Bizce, bu konudaki ispat yükü şöyle olmalıdır: Karşı taraf, önüne sürülen önceden hazırlanmış sözleşme şartlarının sadece bir defalık kullanım için mi, yoksa birden çok kullanıma yönelik olarak mı öngörülmüş bulunduğunu genellikle bilemez, bilebilecek durumda da değildir. Şu halde, ihtilâf halinde bu şartların tek bir kullanım için öngörülmüş 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. 13

Tüketicileri korumak amacıyla Avrupa Birliği Konseyi Yönergesi ve TKHK m. 6 hükümlerinin öngördüğü özel sistemi aşağıda "İçerik Denetimi" başlığı altında ayrıca inceliyoruz. 14

Açık bir yollama bulunsa bile, okunamayacak derecede küçük puntolarla yazılmış genel işlem şartları benimsenmiş sayılabilir mi? TTK. m. 1266/II, sigorta genel şartları ile ilgili olarak bunların "zahmetsizce okunabilecek bir tarzda basılmış" olmalarını aramıştır. Bu hükmün, sigorta genel şartları dışında da, kıyas yolu ile uygulanmasına bir engel yoktur[27]. Sözü edilen şart gerçekleşmemişse, karşı tarafa genel işlem şartlarını öğrenme 15

---

24) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1133. Bir an için, sözleşmenin kurulmasından sonra karşı tarafa genel işlem şartlarının bildirilmesi sözleşme içeriğinde değişiklik yapma icabı olarak görülse bile, karşı tarafın susması bu teklifin kabul edildiği anlamını taşımaz (Bkz. **Havutçu**, not 13'de age, s. 126; **Medicus**, AT, N. 410; **Brox/Walker**, § 4, N. 35; **Koller**, I, N. 557).

25) **Larenz/Wolf**, 9.A., § 43, N. 10; **Brox**, N. 222; **Atamer**, not 6'da age, s. 65-66. -Krş. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 156.

26) **Atamer**, not 6'da age, s. 66 vd.; **Havutçu**, not 13'de age, s. 81 vd., 84. -Alman Hukukunda, Federal Mahkeme ve öğreti en az üç kullanım için hazırlanmış olma şartını aramakta, ancak bu niyet sâbit olmuşsa, daha ilk kullanımdan itibaren genel işlem şartlarına 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 öngörülen haksız şartlar bile genel işlem şartları hükümleri çerçevesinde denetime tâbi tutulur (Bkz. BGB § 310/III, 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/Altop**, s. 159.

imkânı verilmemiş sayılır ve bunlara müşteri veya tüketici tarafından benimsenmiş gözü ile bakılamaz[28].

TKHK m. 6/VI, teker teker saydığı tüketici sözleşmelerinin *en az on iki punto ve koyu siyah harflerle* düzenlenmesini öngörmüştür. Bu hüküm, standart sözleşme niteliğini taşısın veya taşımasın, tüm tüketici sözleşmelerinde uygulanacak bir hükümdür[28a].

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/I 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) sayılmaz[29].

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 kullanarak yazılı bir kopya çıkarma imkânına sahip kılınması zorunlu bir şart olarak öngörülmüştür[29a].

b. Örtülü (zımnî) benimseme ile

18 Öğretide hâkim olan görüş, alelâde tüketicilerle yapılan sözleşmelerde "örtülü benimseme" kavramını kolay kolay kabul etmeme eğilimindedir. Bu konuda bazı istisnalar tanınabilip tanınamayacağı tartışmalıdır.

Aşağıdaki halde, böyle bir istisna kabul edilebilir: Taraflar arasında daha önce kurulmuş iş ilişkilerinde, bir taraf diğerine genel işlem şartlarını vermiş ise, daha sonraki sözleşmelerde açıkça genel işlem şartlarına yollama yapılmasa bile, müşterinin örtülü kabulü ile bunların yine sözleşmeye dahil oldukları düşünülebilir, yeter ki önceki iş ilişkilerinden bu yana uzun süreli bir kesinti araya girmiş olmasın[30]. 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) **Köhler**, 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 kaydın, 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: **Schwenzer**, 4.A., N. 45.06a -Anılan Yönerge'nin Fransızca ve Almanca metinleri için bkz. **Amstutz/Pichonnaz/Probst/Werro**, Droit privé européen, Directives choisies (Europäisches Privatrecht, Ausgewählte Richtlinien), Berne/Athènes 2005, s. 532 vd.; 580, 581.

30) Bu düşüncede: **Forstmoser**, not 1'de age, s. 117. Aksi görüşte olan **Kramer**'e göre ise (Art. 1, N. 194), bu ihtimalde dahi örtülü bir benimseme söz konusu olamaz.

işletmeci genel işlem şartlarıyla işlem yaptığı hususunda müşteriyi (örneğin işyerinde yaptığı görünür ilânlarla veya yazışmalarında genel işlem şartlarına yaptığı yollamalarla, hatta yerine göre genel işlem şartları metnini teslim ederek) uyarmış, fakat bir süre devam eden sözleşme görüşmelerinden sonra, örneğin karşılıklı faks mesajlarıyla sözleşme kurulurken genel işlem şartlarından tekrar söz açılmamışsa, o, müşterinin davranışını güven ilkesinin ışığında genel işlem şartlarına ilişkin örtülü bir kabul olarak değerlendirmekte haklı görülebilir[31].

Bu konuda kabul edilen bir başka istisna ise şudur: Genel işlem şartlarına açık bir yollama yapılmasının nispetsiz güçlüklere yol açacağı bazı durumlarda, sözleşmenin kurulduğu mahalde yer alan ve müşterinin gözüne batacak ve rahat okunabilecek biçimde duvara asılmış genel işlem şartları yeterli sayılabilir. Bu sonuç, örneğin emanetçilerle, otomobil park yerlerini işletenlerle yapılan sözleşmelerde olduğu gibi, sözleşmenin alelacele ve hiç konuşmadan kurulduğu ihtimallerde ("sessiz sözleşmeler") değer taşıyacaktır[32].

Buna karşı, İsviçre'de yaygın olan görüşe göre, bankalar, sigorta şirketleri, taşıyıcılar gibi genel işlem şartlarına dayalı olarak sözleşme yapmaları mutat olan kişiler karşısında dahi, alelâde müşteri veya tüketicinin zımnen genel işlem şartlarını benimsediği kabul edilmeyecek ve sarih bir yollama şart koşulacaktır[33]. Bize daha gerçekçi gözüken diğer bir görüşe göre ise, genel işlem şartlarının varlığını bilen bir müşteri, somut olayda, dürüstlük kuralının ışığında karşı tarafın bunları kurulacak sözleşmenin içeriği haline getirmek istediğini anladığı veya gerekli özeni gösterseydi anlayabilecek durumda bulunduğu vakit onun genel işlem şartlarını da hesaba katması beklenir, dolayısıyla olayın özelliklerine göre örtülü benimseme gerçekleşmiş sayılabilir[34]. Oysa, bankalar, sigorta şirketleri ve taşımacıların genel işlem şartlarına dayalı olarak çalışmaları genellikle bilinen, alışılmış bir olgudur. Bu sebeple, olayda aksi sonuca götürecek özellikler yoksa, bunların müşteri tarafından örtülü biçimde kabul edilmiş sayılmaları mümkündür[35]. Ne var ki, Türk bankacılık uygulamasında sık sık rastlandığı gibi, bankaların imzalanmış sözleşmenin bir nüshasını müşterilerine vermekten kaçındıkları ihtimallerde, metni sözleşmeyle birlikte müşteriye verilmemiş genel işlem şartlarına dayanmak dürüstlük kuralıyla bağdaşmaz. Bu konudaki ispat külfeti bankalara aittir.

---

31) Bkz. **Atamer**, not 6'da age, s. 100.
32) **Medicus**, AT, N. 411; **Kramer**, Art. 1, N. 195; **Forstmoser**, not 1'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 noktayı ekleyelim ki, 4822 sayılı kanunla değişik TKHK m. 10/I ve 10/A uyarınca, bankalarla tüketiciler arasında yazılı şekilde yapılması öngörülen "tüketici kredisi" ve "kredi kartı" sözleşmelerinde, bankaların tüketiciye sözleşmenin bir nüshasını vermesi zorunlu kılınmıştır.

c. Global benimseme ile

19 Yukarıdaki açıklamalardan anlaşıldığı gibi, bazı istisnalar dışında, genel işlem şartlarının alelâde müşteri tarafından benimsenmiş sayılması için, diğer tarafın bunlara *açıkça* yollama yapması ve müşterinin bunları öğrenebilecek durumda olması şarttır. Bu şartlar gerçekleşse dahi, bizde olsun, yabancı ülkelerde olsun realite şöyledir: Hemen hemen hiçbir yerde, kendisine yollama yapılan ve öğrenme imkânı verilen genel işlem şartları okunmamakta (okunsaydı dahi, içerdikleri teknik hükümler dolayısıyla çok defa doğru dürüst anlaşılmaları mümkün olmayacak idi) ve müşteriler tarafından genellikle "global" biçimde, yani okunmadan, düşünmeden, anlaşılmadan olduğu gibi, bir bütün olarak kabul edilmektedir. Böyle global bir benimseme hiç kuşkusuz geçerlidir[36].

Öğretide global kabulün geçerliliği, okunmadan imzalanan belgelere ilişkin hâkim görüşle paralellik kurularak kabul ediliyor[37].

20 Bu yoldan bir bütün olarak benimsenen genel işlem şartlarına karşı, müşteriyi korumak ihtiyacı çok açıktır. Bunun için, özellikle aşağıdaki yollara başvurulabilir:

— Bireysel anlaşmaların genel işlem şartlarına üstünlüğü ilkesi

Genel işlem şartlarının mevcudiyetine rağmen, belirli bir konuda, taraflar arasındaki sözleşmede genel işlem şartlarına ters düşen bir hüküm kabul edilmişse, sonraki özel hüküm olarak bu anlaşmaya üstünlük tanınacak ve genel işlem şartlarındaki hüküm uygulanmayacaktır[38].

---

36) Özellikle bkz. **Wessner**, not 11'de age, s. 177, 180; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1130.

37) **Kramer**, Art. 1, N. 190.

38) **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 471; **Forstmoser**, not 1'de age, s. 121 – Genel işlem şartlarında yer alan bir hüküm, bu şartlara aykırı bir bireysel anlaşmanın geçersiz veya ancak belirli bir şekilde yapılmışsa geçerli olacağını öngörmüş olabilir. **Fortmoser**'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 sayılabilip sayılamayacağıdır ki, bu sorunun cevabı ilgili hükmün ne tarzda yorumlanacağına bağlıdır (**Forstmoser**, s. 121, not 154).

— *Genel işlem şartlarında yer alan olağan dışı (beklenilmeyen) ve şaşırtıcı kayıtların sözleşmeye dahil olmamış sayılması*

Müşterinin genel işlem şartlarını kabul ederken *önceden hesaba katması ondan beklenemeyecek olan*, sonradan ortaya çıktığı vakit bir *sürpriz* teşkil eden bu gibi kayıtlar onun kabul beyanının içeriğine dahil sayılamaz ve ona karşı ileri sürülemez. Bu sonuç, güven ilkesi ile açıklanabilir. Genel işlem şartlarını düzenleyen taraf, olayda müşteri bu konuda *açıkça* ikaz edilmiş olmadıkça, onun kabul beyanında ifadesini bulan iradesinin bu gibi kayıtları da kapsamına almadığını bilebilecek durumdadır. 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 görülür[39]. İsviçre'de, özellikle yetkili mahkemeyi değiştiren veya taraflardan birinin (genel işlem şartlarını hazırlayan tarafın) kanunî yükümlülük ve sorumluluklarını, iş hayatında âdet olanın üstünde veya dışında kaldıran kayıtlar bakımından bu ilkenin uygulama alanı bulacağı belirtilmektedir[40].

> 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 sayılır[41].

"Olağan dışı (alışılmamış)" ve "şaşırtıcı" kayıtlar arasında bir ayrım yapılması doğru değildir[42]. Olağan dışı bir kayıt, bir taraftan sözleşmeye yabancı kalan, diğer yandan da karşı tarafın görüş ufkunun dışında yer al-

---

39) **Kramer**, Art. 1, N. 190, 204; **Bucher**, AT, s. 156; **Köhler**, 28.A., § 16, N. 20; **Larenz/Wolf**, 9.A., § 43, N. 25; **Havutçu**, not 13'de age, s. 133; **Gauch/Schluep/ Schmid**'in (N. 1141a) bu görüşe karşı çıkarak, bu gibi kayıtların dürüstlük kuralı gereği geçersiz olacağını ileri sürmesi 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, alelâde 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. Ia. 279; krş. BGE 109. Ia. 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 kiralarından ve hizmet ilişkilerinden doğan davalarda yetkili mahkemeyi değiştiren kayıtlara bundan böyle izin verilmemektedir (**Gauch/Schluep/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 kayıtların 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.

dığı için onun açısından şaşırtıcı bir nitelik taşıyan bir kayıttır. Şu halde, kaydın sözleşmeye yabancı kalması dolayısıyla "olağan dışı (alışılmamış)" sayılması bu kavramın objektif, "şaşırtıcı" olması ise sübjektif unsurunu oluşturmaktadır[43]. Görülüyor ki, bu deyimlerin her ikisi de, birisi kaydın objektif niteliğini, diğeri bunun diğer taraf üzerindeki etkisini ön plâna çıkararak aynı şeyi ifade etmektedir. Diğer taraftan, bir kaydın şaşırtıcı olmasına yol açan olağan dışılığın, o kaydın sözleşmenin ilgisiz bir maddesi içine sıkıştırılıp gizlenmesinden veya genel işlem şartlarını kullananın daha önce yaptığı reklamlara ters düşmesinden kaynaklanmış olmasına da bir engel yoktur[44].

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 genel işlem şartları yer alıyor ve bunlar çıkacak ihtilâflarda yetkili mahkeme olarak Amerikan mahkemelerini gösteriyordu. New York Mahkemesi yerinde olarak bu hükmün uygulanmasını reddetmiştir[45]. Öyle sanıyoruz ki, bu olayda, yetkili mahkeme kaydının olağan dışı niteliği bir yana, karşı tarafa, bilmediği bir dilde yazılan genel işlem şartlarını öğrenme imkânının verilmediği, bu sebeple de bunların taraflar arasındaki sözleşmeye girmediği rahatlıkla söylenebilir.

21 Genel işlem şartındaki kaydın "olağan dışı" olması ile, "haksız" olması birbirine karıştırılmamalıdır. Bunlar farklı kavramlardır[46]. Olağan dışı kayıt, daha önce de belirttiğimiz gibi, *işleme yabancı* bir kayıttır[47]. Bundan, normal olarak o işlemde yer alması beklenemeyecek kayıtları anlamak gerekir. Bu durumda, önce bir kaydın olağan dışı bir nitelik taşıyıp taşımadığı ve buna bağlı olarak sözleşme içeriğine girip girmediğini araştırmak, daha sonra, içerikte yer alan kayıtların 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 incelenmesine engel değildir[48].

2. Genel işlem şartlarının yorumlanması

22 Alman Hukukunda hâkim 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; **Larenz/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'adhésion, Paris 1973, s. 67.

46) **Merz**, FG Schönenberger, s. 151.

47) **Schönenberger/Jäggi**, 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 tanınıyor[49]. Bu düşünce Türk Hukuku için de geçerlidir.

Öte yandan, bir hükmün anlamı hakkında diğer yorum araçları ile bir sonuca varılamadığı, şüphe ve tereddütler devam ettiği takdirde, sözleşmeyi kaleme alan taraf aleyhine olan anlama üstünlük tanınması kuralı *(İn dubio contra stipulatorem)* en büyük ve tartışma konusu olmayan uygulama alanını genel işlem şartlarının yorumlanmasında buluyor[50].

Her halde şu noktayı hiç gözden kaçırmamak gerekir ki, genel işlem şartlarının yorumlanması aşamasına geçilebilmesi için, önce yukarıda (1) altında incelenen mesele bir çözüme bağlanmış, yani yorumlanacak hükmün taraflar arasındaki sözleşmenin içeriğine girdiği kesinleşmiş olmalıdır[51].

3. Genel işlem şartlarında içerik denetimi

a. İdarî ön denetim

Genel işlem şartlarının, önceden idarî makamlarca denetlenmesi ve ancak onlar tarafından onaylanan hükümlerin taraflar arasında kurulacak sözleşmelerde kullanılmasına izin verilmesi, bizde, sigorta genel şartları alanında öteden beri yürürlükte olan bir sistemdir. 23

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 Vekâletince tasdik edilmiş ve zahmetsizce okunabilecek bir tarzda basılmış olan sigorta umumî şartlarını ... ihtiva eder"* hükmünü içermektedir.

İdarî yoldan gerçekleştirilecek ön denetim, bazı aşırı ve haksız hükümlerin daha uygulamaya girmeden tasfiyesini sağlayabileceğinden, belirli sınırlar içinde olsa bile, yarar sağlayabilir. Tersine düşüncelerin de bulunmasına rağmen, bütün genel işlem şartları için böyle bir sisteme başvurulması, başka sakıncaları bir yana, bunun için kurulacak örgütleri ve sistemin

---

49) **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 465 vd.; **Huguenin**, OR, N. 278 ve orada anılan Federal Mahkeme kararları. – Krş. **Kramer**, Art. 1, N. 218-219.

50) **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 451-452; **Kramer**, Art. 1, N. 221, 109.

51) **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 464.

bürokrasi çarkı içinde eriyip gitme ihtimalini dikkate aldığımızda bize uygun gözükmüyor[52].

Şurasını ekleyelim ki, genel işlem şartlarının önceden bir idarî denetimden geçmiş olması, sonradan bunların bu defa da yargısal bir denetime tâbi tutulmasını engellemez ve engellememelidir[53].

b. Yargısal denetim

24 Burada, idarî denetimden farklı olarak, sonradan *(ex post)* yapılan bir denetim söz konusudur. Bu konuda, Türk Hukukundaki durumu incelerken bir ayrım 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 Resmî Gazete'de yayınlanan "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik"i çıkarmıştır[55].

26 Avrupa Birliği Yönergesinin en başta gelen özelliği ise, doğrudan doğruya genel işlem şartlarıyla değil, fakat *bireysel sözleşmede yer alan haksız şartlarla* ilgili olmasıdır. Böylece, sadece genel işlem şartlarıyla ilgili bir düzenlemeye nazaran tüketiciye daha geniş bir koruma sağlanmaktadır. Bu sistemde bireysel sözleşmede yer alan haksız şart ister genel işlem şartlarına dayalı olarak sözleşmeye girmiş, yani bireysel sözleşmeyi bir standart sözleşmeye dönüştürmüş olsun, ister hiçbir genel işlem şartı bulunmaksızın sözleşmede yer alsın, bir başka anlatımla taraflar arasındaki sözleşme bir

---

52) Bu konuda krş. **Merz**, FG Schönenberger, s. 157 vd.; **Baudenbacher**. Braucht die Schweiz ein AGB-Gesetz?, ZBJV, 1987, s. 522-523; **Kramer**, SJZ 81 (1985), s. 33 vd.; **Wessner**, not 11'de age, s. 186 vd.

53) Bkz. **Merz**, in: Richterliche 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/Pichonnaz/Probst/Werro**, Droit Privé Européen, Directives choisies (Europäisches Privatrecht, Ausgewählte Richtlinien, Berne/Athènes, 2005, s. 64 vd.).

55) Gerek kanun değişikliğinin gerekse Yönetmeliğin Avrupa Birliği Yönergesi esas alınarak hazırlandığı hususunda bkz. **Atamer**, Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, 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 sözleşme niteliğini taşısın veya taşımasın, tüketici korunmaktadır[56].

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesi de bu sistemi benimsemiştir[57]. Örneğin, maddenin 2. fıkrasında "taraflardan birini tüketicinin 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 ayrım yapmak gerekecektir:

— *Tüketici sözleşmesi satıcının veya sağlayıcının genel işlem şartları esas alınarak kurulmuş ve bu yüzden bir standart sözleşme niteliğini kazanmış* olabilir. Bu ihtimalde, genel işlem şartlarının benimsenmesi yolu ile tüketici sözleşmesine giren haksız şartların denetlenmesi, aynı zamanda genel işlem şartlarının da denetlenmesi anlamını taşır.

— İkinci ihtimal, *tüketici sözleşmesinin hiçbir genel işlem şartına dayanmaksızın kurulmuş olmasıdır*. Örneğin, satıcı, satış sözleşmesinde mutlaka yer almasını istediği hükümleri bir taraflı olarak fakat tek bir kullanım için hazırlamışsa, daha önce açıkladığımız gibi burada genel işlem şartlarından söz edilemez. Bu ihtimalde, bireysel tüketici sözleşmesindeki herhangi bir şartın haksız sayılıp geçersizliğine hükmedilmesi, genel işlem şartlarının denetlenmesi problemiyle en ufak bir ilgisi bulunmaksızın, sırf olaydaki bireysel sözleşme hükmünün haksız ve dolayısıyla geçersiz sayılması sonucunu doğuracaktır.

Tüketici sözleşmesinde yer alan bir kayıt ne vakit "haksız şart"[58] sayılacaktır? TKHK m. 6'nın bu konuda verdiği tarif şöyledir: 27

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/Schluep/Schmid**, N. 1152. -Hâkim 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) katılamıyoruz.

57) Özellikle bkz. **Atamer**, not 55'de anılan Armağan, 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 "missbräuchliche Klauseln" denmektedir. Bazı yazarlarca (Almanca deyimden hareket etmek suretiyle) bu deyimlerin karşılığı olarak verilen "kö-

"Satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır".

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 Armağan, s. 303-304; **Havutçu**, not 13'de age, s. 66. Anılan yazarlardan **Atamer**'e göre, "kötüye kullanılabilir şartlar" deyimi, "haksız şartlar" deyimine nazaran daha doğrudur). Bir defa, "missbräuchlich" kelimesi gerek Almanca-Almanca, gerekse Almanca-Türkçe Sözlüklerde verilen anlamıyla "kötüye kullanılabilir" diye çevrilemez. Örneğin, Duden (Deutsches Universal Wörterbuch) "missbräuchlich" karşılığı "absichtlich falsch, unerlaubt" demekte, Almanca-Türkçe Sözlüklerde de, buna paralel olarak "istimali yerinde olmayan; yersiz (kullanış)" (**K. Steuerwald**, 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. Kıygı**, Wörterbuch der Rechts-und Wirtschaftssprache-Hukuk ve Ekonomi Terimleri Sözlüğü, Deutsch-Türkisch, Almanca-Türkçe, München 1999; **Önen/Şanbey**, Almanca-Türkçe Sözlük, Ankara 1993) açıklamalarına yer verilmektedir. Fransızca "abusif" deyimi bakımından da durum bundan farklı değildir. Fono Universal Fransızca Büyük Sözlük, "abusif" karşılığı "aşırı, çok fazla; kanunsuz, usulsüz, yasaya aykırı" demektedir. Görülüyor ki, gerek Almanca "missbräuchlich" gerekse Fransızca "abusif" sözcüklerinin Türkçe karşılığı "kötüye kullanılabilir" değildir. Bu deyimler karşılığı "kötüye kullanılabilir şartlar" demek açık bir çeviri yanlışı oluşturmaktan öteye geçmemektedir. Kaldı ki, "kötüye kullanılabilir şartlar" deyimi incelediğimiz olgunun özelliklerine de hiçbir şekilde uymamaktadır. Sözü geçen koşullar tüketici sözleşmesinin içine yerleştirilmiş bulunduğuna 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-bräuchlich" 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 başvurulan ve (gerek Fransızca gerekse Almanca deyimlerin kapsamı dışına çıkmaksızın) söz konusu kötüye kullanmanın sonucunu ifade eden bir deyimdir. Kural koyma (sözleşme şartlarını 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).

[illegible]

[illegible]

[illegible]

göre, aynı sonuç belirli bir sözleşme maddesinin sadece bazı hükümlerinin müzakere konusu yapılmış olması hali için de geçerlidir[64].

64) TKHK. m. 6/IV hükmü, *"sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden, standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez"* diyerek bu hükmü sadece genel işlem şartlarına dayalı olarak kurulmuş sözleşmeler için öngörmüş gözükmektedir. 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'nın 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 tüm sözleşmelerdir. Tüketicinin korunması açısından, önüne çıkarılan ve görüşme yapılmadan kendisine dayatılan sözleşme taslağının bir defalık kullanım için mi (bu halde teknik anlamıyla standart sözleşme yoktur), yoksa birden fazla kullanım için mi öngörülmüş bulunduğu bir fark yaratmaz. Gerekçedeki "matbu" sözcüğü de sınırlayıcı bir yoruma tâbi tutulmamalıdır. Zira, genel işlem şartlarının dahi mutlaka matbu ("matbaada basılmış, basılı") olması mecburiyeti yoktur. Maksat, 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 imkânını 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 hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir"* diyen ve teknik anlamda bir standart sözleşmenin varlığını zorunlu kılmayan bir kanunun, bir sonraki fıkrada, kısmî müzakere halinde tüketiciyi müzakere konusu olmamış bölüme ilişkin olarak sadece standart sözleşmelerde koruyan bir düzenleme getirmesini makul bir şekilde açıklamak imkânı 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 düzenlediği konuya sadece lâfzı (sözü) açısından uymakta, ruh ve amacı açısından ise hiç uymamakta, yani kanun içinde bir yabancı cisim gibi durmakta ve kabul edilmesi imkânsız sonuçlara götürmektedir. Bu hükme dayanıp aynen uygulanmasını istemenin MK. m. 2/II anlamında bir hakkın kötüye kullanılması sayılabileceği durumlarda, artık ortada hâkimin MK. m. 1 hükmüne göre uygun bir normla doldurabileceği bir boşluğun bulunduğu kabul edilecektir. İncelediğimiz meselede, TKHK. m. 6/IV hükmü bu şartları tam olarak gerçekleştirmektedir. Özellikle şu noktaya ayrıca dikkatleri çekelim ki, bu hüküm sözüne uygun biçimde aynen uygulandığı takdir-

Bu açıklamaların ışığında aşağıdaki örnekte TKHK. m. 6 anlamında bir müzakereden söz edilemez:

— Satıcı: Sözleşme metnini hazırladık, buyrun okuyun ve imzalayın; — Tüketici: Metni okudum, ancak bu metinde benim çok aleyhime hükümler görüyorum. Bunlarda bazı değişiklikler yapmak gerekecek; — Satıcı: Bu sözleşme piyasada kullanılan benzer sözleşmelere uygun biçimde hazırlanmış, her iki tarafı da koruyucu hükümler içeren dengeli bir sözleşmedir. Onu, olduğu gibi kabul etmezseniz bu iş yürümez. Lütfen imzalayın; –Tüketici: Kaleminiz var mı?"

Müzakere konusunda en önemli problem ispat külfetiyle ilgilidir. Yukarıda belirtilen anlamda bir müzakerenin gerçekleştiğini ispat etmek hayli zordur. Böyle bir müzakere aşamasından geçilmediğini ispat etmek isteyen tüketicinin karşılaşacağı zorluklar bundan da fazladır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun bu konuda ispat yükünü, tüketicinin lehine olarak, müzakerenin yapıldığını ileri süren satıcı veya sağlayıcıya yüklemiştir (m. 6/III. Krş. m. 6/V). 29

Bu konuda, bir yandan TKHK. m. 6/III ve Yönetmelik m. 5/I hükümleriyle, diğer yandan TKHK. m. 6/V ve Yönetmelik m. 5/III hükümleri arasında bir uyumsuzluk vardır. Şöyle ki, 30

— TKHK. m. 6/III ve Yönetmelik m. 5/I'e göre, "bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse" o şartın müzakere edilmeksizin sözleşmeye girdiği yolunda bir karine oluşur ve bunun tersini ispat tüketiciye değil, satıcı, sağlayıcı veya kredi veren konumundaki karşı tarafa düşer. Görüldüğü gibi, bu hüküm standart tüketici sözleşmeleriyle, (hükümleri satıcı veya sağlayıcı tarafından bir taraflı olarak önceden hazırlanmış) bireysel tüketici sözleşmeleri arasında bir ayrım yapmamaktadır.

— Buna karşı, TKHK. m. 6/V ve Yönetmelik m. 5/III "Bir satıcı veya sağlayıcı, bir standart şartın münferiden tartışıldığını ileri sürüyorsa, bunu ispat yükü ona aittir" diyerek bu sonucu sadece standart sözleşmede öngörülmüş şartlar için kabul etmiş gözükmektedir. Şu halde, anılan son hükümlere sıkı sıkıya sadık kalınırsa, bir satıcının bir defa kullanmak üzere hazırladığı sözleşme şartlarını karşı tarafa dayatması suretiyle kurulan bir sözleşme, genel işlem şartlarına dayalı bir standart sözleşme niteliğini taşımadı-

---

de, bir *bireysel* tüketici sözleşmesi kurulurken önemsiz bir iki maddenin müzakere edilmesi 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/IV hükmü sözüne uygun biçimde uygulanıp) engellendi mi, bundan böyle satıcıların ve hizmet sağlayıcıların bu yola başvurması sonucu, *genel işlem şartlarına dayalı olmaksızın kurulan* (kısmen müzakere edilmiş) tüketici sözleşmeleri fiilen TKHK. m. 6/I'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. m. 6/IV'de yer alan çözüm standart sözleşme niteliğini 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/I 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 olur[65].

31 Genel işlem şartlarına dayalı olarak veya olmaksızın, *sözleşmede yer alan bir hüküm, bu sözleşmenin tüm hükümlerinin pazarlık ve müzakere konusu yapıldığını bildiriyorsa*, sözleşme altında imzası bulunan tüketici açısından ispat yükü yer değiştirmiş sayılabilir mi? Bu sorunun cevabı olumsuzdur. Aksi 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 imkânını kazanırlardı[65a]. Bizce, müzakerenin yapıldığına ilişkin tüketici beyanının sözleşme metninde değil, ayrı 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 ayrı bir belgeyi koymak arasında bir fark gözetilemez. Asıl sözleşmeyi imzalamak mecburiyetini hisseden tüketici, diğer belgeyi de boynunu büküp imzalar. Görülüyor ki, sonucu belirleyecek olan husus, tüketicinin imzasını taşıyan bir beyan değil, fakat müzakerenin gerçekten ve fiilen yapılmış 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/I 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 lâfzı, amacını açıkça ortaya koymuş 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/Heinrichs**, 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.

lamış bulunan satıcı, sağlayıcı veya kredi verene yüklenmiştir. O halde, tüketiciler lehine öngörülmüş haksız şart denetiminin tamamen saf dışı bırakılmasına yönelik müzakerenin fiilen gerçekleştiği iddiası, ancak güçlü ve soru işaretlerine yer bırakmayacak delillerin varlığı halinde kabul edilebilir. Bu ispat her sözleşme maddesi, hatta her sözleşme hükmü (şartı) için ayrı ayrı yapılmalıdır[65b].

= *İkinci şart: Sözleşmede yer alan bir veya birden fazla hükmün, tüketici aleyhine, tarafların karşılıklı hak ve borçlarında dürüstlük kuralına aykırı düşecek ölçüde önemli bir dengesizliğe yol açması* 32

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/I, *"dürüstlük kuralına aykırı olarak tüketiciyi önemli ölçüde mağdur eden"* bir dengesizlikten bahsetmektedir. Bizde de, buna 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 düzeye ulaşmış bir dengesizliğin önemsiz bir dengesizlik olması düşünülemez[66].

Şimdiden belirtelim ki, Avrupa Birliği Yönergesi m. 4/II hükmünden hareket eden Yönetmelik (m. 6/III), haksız şartların denetlenmesine aşağıdaki istisnayı getirmiştir: 33

"Şartların haksızlığının takdirinde, bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille kaleme alınmış olmak koşuluyla, gerek sözleşmeden doğan aslî edim yükümlülükleri arasındaki, gerekse mal veya hizmetin gerçek değeri ile sözleşmede belirlenen fiyatı arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz".

Bu istisna, öğretide, daha kısa ve açık biçimde "edim-karşı edim dengesini ilgilendiren kayıtların" denetim dışı bırakılmış olduğu şeklinde ifade edilmiştir. Şu halde, "mal bana çok pahalıya satıldı" diye bir iddia TKHK. m. 6'nın öngördüğü içerik denetiminin kapsamına girmeyecektir. Derhal ekleyelim ki, anılan istisna, serbest piyasa ekonomisinin hâkim olduğu bir ortamda fiyat kontrolünün ilke olarak söz konusu olamayacağı yolundaki

---

65b) Bkz. not 65a'da anılan **Larenz/Wolf**. -Şu noktayı ekleyelim ki, ayrı ayrı her sözleşme şartı (hükmü) için müzakere şartının gerçekleştiğine ilişkin ispat yükü sadece somut olayda ihtilâf (dava) konusu olmuş şartlar (hükümler) için söz konusu olacaktır.

66) Aynı doğrultuda: **Atamer**, not 55'de anılan Armağan, s. 309; **Aslan**, s. 291.

gerekçe ile, karşı tarafını tüketicinin oluşturduğu veya oluşturmadığı tüm genel işlem şartları için geçerlidir[67].

34 İnceleme konusu yaptığımız ikinci şartta iki kavram yer almaktadır. Bunlardan birincisi, tüketici aleyhine 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 aslî unsur "dürüstlük kuralı" değil, edimler arasında tüketici aleyhine gerçekleşen "dengesizlik"tir. *Sözleşme şartı dürüstlük kuralına ters düştüğü için değil, tüketici aleyhine yaratılmış önemli dengesizlik sebebiyle haksız sayılmaktadır. Dürüstlük kuralı, bu dengesizliğin derecesini ölçmekte başvurulan yardımcı bir unsurdur.* Ancak, dürüstlük kuralına aykırı düşecek dereceye erişmiş dengesizlikler haksız şart olarak nitelenmektedir[68]. Şu noktayı gözden kaçırmamak gerekir ki, içerik denetimi sırasında sadece belirli bir hükmü incelemekle yetinmek isabetli 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 tüm hükümler dikkate alınmalıdır (Yönetmelik m. 6/III)[69]. Bütün bu incelemeler sırasında, hareket noktası olarak, sözleşmedeki ihtilâflı şart olmasaydı kanunun hangi tamamlayıcı hükmünün uygulanacağına bakmak ve taraf menfaatleri arasında âdil bir denge kurduğu farz edilen kanuna dayalı çözüm ile sözleşmede öngörülen çözümü karşılaştırmak yerinde olur[70].

35 Şeffaflık (saydamlık) ilkesi gereği, genel işlem şartlarının açık ve anlaşılır olması zorunluluğuna daha önce değinmiştik (Ayrıca bkz. Yönetmelik, m. 6/I). Bu konudaki denetim ilk aşamada söz konusu hükümlerin yürürlük kazanıp kazanmadığına, yani sözleşme içeriğine girmiş sayılabilip sayılamayacağına ilişkin incelemelerin yapıldığı sırada söz konusu olur. Bu denetim başarıyla atlatılmış ise, bu defa ikinci aşamada yorum yoluyla denetim karşımıza çıkar ve iyi anlaşılmayan sözleşme hükümleri onları kaleme alan aleyhine, dolayısıyla karşı taraf (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 olmayabilir[71]. O

---

67) Bu açıklamalar için bkz. **Atamer**, not 55'de anılan Armağan, s. 313; **Atamer**, 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. **Palandt/Heinrichs**, 64.A., § 307, N. 9; **Aslan**, s. 290. -Şurasını ekleyelim ki, Yönetmelik m. 6/III, "sözleşme konusu mal veya hizmetin niteliği" ve "sözleşmenin yapılmasını sağlayan şartlar"ın da dikkate alınmasını öngörmektedir. Ancak, Avrupa Birliği Yönergesi m. 4/I hükmü esas alınarak yapıldığı anlaşılan çeviri çok aksamaktadır.

70) Bkz. **Palandt/Heinrichs**, 64.A., § 307, N. 8; **Atamer**, not 55'de anılan Armağan, s. 305.

71) Bkz. **Larenz/Wolf**, 9.A., § 43, N. 33 vd., 71 vd.

zaman, son aşama olarak karşımıza içerik denetimi çıkar. Alman Hukukunda 2002 başında gerçekleşen değişiklik sonucu Alman Medenî Kanununa giren bir hükümle (BGB § 307/I, 2), o zamana kadar Alman mahkemelerince benimsenmiş görüşe uygun olarak, müşterinin uygun olmayan ölçüde mağdur edilmesinin genel işlem şartlarında yer alan hükmün açık ve anlaşılabilir olmamasından ileri gelebileceği de kabul edilmiştir[72]. Bizde, TKHK. m. 6 hükmünde böyle bir açıklık bulunmamasına rağmen, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da 6.3.2003 tarihli kanunla değişiklik yapılmasından önce ve sonra, aynı sonucun Türk Hukuku için de geçerli olduğu savunulmuştur[73]. 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 aranacaktır[74]. Şurasını ekleyelim ki, Alman öğretisinde, içeriğe ilişkin bu denetim tipinin fazla abartılmaması gerektiğine, zira genel işlem şartlarını kullanan tarafın ayrıca her maddenin yanına bunun açıklamalarını eklemesinin, yani maddeleri teker teker şerh etmesinin beklenemeyeceğine özellikle işaret edilmektedir[75],[76].

Bir sözleşme şartının haksız sayılabilip sayılamayacağını araştıran mahkemelerin işini kolaylaştırmak üzere bazı *haksız şart örneklerinin* verilmesi, hem Avrupa Birliği Yönergesi, hem de Alman Medenî Kanunu (§§ 308, 309) ve hukukumuzda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (m. 6/VII) tarafından benimsenmiş bir sistemdir. Şu var ki, Alman Hukukunda bizzat kanun bu örnekleri sıraladığı halde, bizde TKHK m. 6/VII hükmü, Bakanlığı standart sözleşmelerde yer alan haksız şartların tespit edilmesiyle yükümlü kılmakla yetinmiştir. Bu yükümlülük 13.6.2003 tarihli Resmî Gazete'de yayınlanan Yönetmeliğe eklenen bir listeyle yerine getirilmiş bulunmaktadır. Bu listeye nazaran örneğin, *"Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin, sadece kendisi tarafından belirlenen koşullarda edimini ifa edeceği, buna karşılık tüketicinin herhalde ifa ile yükümlü tutulduğu şartlar"* (Ek no. 3) veya *"Satıcı, sağlayıcı veya kredi verene haklı sebeplerin varlığı dışında süresiz bir sözleşmeyi herhangi bir uyarıda bulunmaksızın feshetme hakkı tanıyan şartlar"* (Ek no. 7) haksız şart sayılmıştır. Hiç kuşkusuz, bu listede öngörülmüş örnekler sınırlayıcı değildir ve mahkemelerin bu örnekler dışında kalan sözleşme şartlarını da haksız şart olarak nitelemelerine bir engel yoktur[77]. Nitekim, Yönetmelik (m. 5/IV) *"İşbu Yönetmeliğin ekinde, yol gösterici mahiyette ve* 36

72) **Jauernig/Teichmann**, § 307, N. 1; **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/Walker**, § 4, N. 53.

75) **Medicus**, AT, N. 429b; **Palandt/Heinrichs**, 64.A., § 307, N. 18.

76) BGB § 313/II, ne vakit karşı tarafın uygun olmayan ölçüde mağdur edilmiş sayılabileceği konusunda iki adet yardımcı nitelikte özel kriter vermektedir. Bunlardan birincisine göre, kanundaki düzenlemeden ayrılan sözleşme hükmünü, bertaraf ettiği kanun hükmünün temelinde yatan ana düşünce ile bağdaştırmak mümkün değilse, uygun olmayan ölçüde mağdur olma şartı ilke olarak gerçekleşmiş sayılacaktır. Aynı sonuç, sözleşmenin doğasına bağlı olarak doğan esaslı hak ve borçların, sözleşmenin amacının elde edilmesini tehlikeye sokacak ölçüde sınırlandırılmış olması halinde de kabul edilecektir.

77) Bkz. **Aslan**, s. 288.

sınırlayıcı olmamak üzere haksız olarak kabul edilebilecek şartlar listesi yer almaktadır" diyerek bu noktaya işaret etmiştir.

37 Acaba, anılan listede yer alan örneklerden birisi gerçekleştiği halde, mahkeme, olayın özelliklerini göz önünde tutarak farklı bir değerlendirme yapabilir ve ortada haksız bir şart bulunmadığı sonucuna varabilir mi? Bu konuda Alman Medenî Kanunu'nun sistemiyle bizim sistemimiz arasında önemli bir fark vardır: Alman Hukukunda öngörülen örnekler iki ayrı maddede düzenlenmiştir. BGB § 308'de sayılan örnekler için, hâkime bir değerlendirme yaparak ortada haksız bir şartın bulunmadığı sonucuna varmak imkânı tanınmıştır. Buna karşı, BGB § 309'da sayılan örnekler böyle bir değerlendirmeye kapalıdır ve hâkim artık bu maddede öngörülen örneklerden birine uyan sözleşme hükmünü haksız ve dolayısıyla geçersiz saymak zorunluluğu altındadır[78]. Bizde böyle bir ayrım yapılmamış bulunduğuna göre, Yönetmelikte öngörülmüş tüm örnekleri mahkemenin değerlendirmelerine açık örnekler olarak kabul etmek ve onun, dengesizliği telâfi edici diğer sözleşme hükümlerini ve olayın özelliklerini dikkate alarak ortada haksız bir şartın bulunmadığı sonucuna varabilmesine imkân tanımak gerekir[79]. 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 gönderme ile, bankaya karşı yapılan beyanların ise öğrenme ile hüküm ifade edeceğini bildiren kayıtlar geçerli midir? Bu örnek Yönetmelikte öngörülmüş değildir. Bizce, kendi beyanlarına ilişkin rizikoları gönderme anından itibaren (henüz bu beyanları öğrenme imkânına kavuşmamış) müşteriye yükleyen bankanın, kendisine karşı yapılan beyanlarda, öğrenmeme veya öğrenmede gecikme rizikolarını yine (bankanın mükemmel işlemesi gereken iç organizasyonun tamamen dışında kaldığı için bu konudaki ispat külfetini hiçbir zaman yerine getiremeyecek) müşteriye yüklemesi, taraflar arasındaki dengeyi TKHK 6/I 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/I) esinlendiği anlaşılan TKHK. m. 6/II şu hükmü kabul etmiştir:

38 *"Taraflarından birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici 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) **Larenz/Wolf**, 9.A., § 43, N. 54 vd.; **Brox/Walker**, § 4, N. 48-49.
79) Aynı doğrultuda: **Aslan**, s. 299.

haksız şartları "bâtıl" (kesin hükümsüz) saydığı halde, ikinci cümlesinde "yok sayılan" hükümlerden söz açmaktadır[80].

Bizce, yönetmeliklerin kanuna aykırı bir düzenleme getiremeyecekleri ilkesinden hareket edilmeli ve mesele TKHK. m. 6/II hükmü esas alınarak çözüme bağlanmalıdır. Bu açıdan, burada BK. m. 20/I anlamında klasik anlamıyla kesin hükümsüzlük (butlan) yaptırımının söz konusu olduğunu ileri süren görüşe[81] katılamıyoruz. 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/II hükmünün öngördüğü yaptırım, BK. m. 20/I'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 (bâtıl) olmakla birlikte, bu hükümsüzlüğe sadece tüketici dayanabilir, mahkeme de butlanı yalnız tüketici lehine olmak üzere re'sen göz önünde tutabilir. Buna karşı, diğer tarafın bu butlana dayanması veya hâkimin onun lehine butlanı 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 bağlamayacağını belirten ifadeyle tam bir uyum içinde olduğu kuşkusuzdur[83].

Tüketici sözleşmesinde yer alan haksız şartın geçersiz sayılması halinde kısmî butlan yaptırımı uygulanır ve sözleşme geri kalan bölümüyle ayakta tutulur. Şu var ki, gerek Avrupa Birliği Yönergesine (m. 6/I) gerekse Yönetmeliğe (m. 7/c. 2) göre, bu sonucun kabul edilebilmesi için, objektif bir değerlendirme sonucu sözleşmenin geri kalan hükümleriyle ayakta tutulabilir olması gerekir[84]. Bu da ancak meydana gelen boşluğun, başta kanunun tamamlayıcı hükümleri olmak üzere bilinen yollarla doldurulabilmesi[85] 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. aşağıda § 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 Armağan, s. 319.
85) Bkz. aşağıda § 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 satıcı, sağlayıcı veya kredi verenle tüketici arasında yapılmış *somut* bir sözleşme esas alınmakta ve bu sözleşmeden doğan bir hakkın kullanılması (özellikle bir talebin ileri sürülmesi) vesilesiyle bu hakkın dayanağını oluşturan sözleşme hükmünün haksız bir şart oluşturup oluşturmadığı bir ön mesele olarak incelenmektedir. Ne var ki, mahkeme ortada bir haksız şartın bulunduğu sonucuna varıp bunun geçersiz olduğuna hükmetse bile, verilen 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 veya sağlayıcı yahut kredi veren durumundaki tarafın haksız şartı da içeren genel işlem şartlarını başka tüketicilerle yapacağı standart sözleşmelerde kullanmasına 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 gerekir[86]. Hiç kuşkusuz daha önce verilmiş bir mahkeme kararına konu olmamış haksız şartların da kullanılmasına devam ediliyor olabilir. İşte bu gibi durumlara 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 imkân tanımışlardır[87]. Türk Hukukunda, TKHK. m. 6/VII ve Yönetmelik m. 8 hükümleri de önleme davalarına yeşil ışık yakmış bulunuyorlar.

TKHK. m. 6/VII hükmüne göre,

"Bakanlık standart sözleşmelerde yer alan haksız şartların tespit edilmesine ve bunların sözleşme metninden çıkartılmasının sağlanmasına ilişkin usul ve esasları belirler".

Yönetmeliğin 8. maddesinde ise, aynı doğrultuda olmak üzere şu hükme yer verilmiştir:

"Meşru menfaatı olan gerçek veya tüzel kişiler, genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış standart sözleşmelerde yer alan haksız şartların

86) Bu açıklamalar için özellikle bkz. **Larenz/Wolf**, 9.A., § 43, N. 87.
87) Bkz. **Larenz/Wolf**, 9.A., § 43, N. 88; **Brox**, N. 239.

kullanılmasının önlenmesi için dava açabilirler. Bu hallerde, mahkeme, önleme için gerekli tedbirlere hükmeder"[88].

Yönetmeliğin 8. maddesinde sözü geçen tüzel kişilerden, TKHK. m. 3/p anlamında tüketici örgütlerini anlamak gerekir. Bizce, tüketici örgütleri (buna gerçekte tüzel kişiliği bulunmamasına rağmen tüzel kişiliğe 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 çözümdür[89].

Diğer taraftan, gerek TKHK m. 6/VII, gerekse Yönetmelik m. 8 hükümlerinde "standart sözleşmelerde" yer alan haksız şartlardan söz açılması yanlış anlaşılmaya elverişli bir ifade tarzıdır. Sözü edilen "standart sözleşmeler"den maksat, henüz taraflar arasındaki somut bir hukukî ilişkiye konu olmamış "standart sözleşme metinleri" veya daha doğrusu, genel işlem şartlarıdır. Genel işlem şartlarını içeren standart sözleşme metinleri somut olayda kullanılıp taraflar arasındaki hukukî ilişkiye esas olmuşsa, bunlar hakkında daha önce belirttiğimiz gibi, sadece TKHK. m. 6 uyarınca haksız şartlara ilişkin hükümler uygulanır. Örneğin satıcı S, bu metinleri tüketiciler A ve B ile yaptığı sözleşmelerde kullandığı vakit durum böyledir. Buna karşı, 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 açılabileceği gibi; sözleşme içeriği olmuş, ancak henüz taraflar arasında bir ihtilâf çerçevesinde uygulanamamış olan genel işlem şartlarına ilişkin olarak da açılabilir"[90]. Bu görüş Alman öğreti 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 dayanmaktadır[91]. Ne var ki, bu sistemle Türk Hukukunun sistemi arasında önemli bir fark vardır. Alman Hukukunda önleme davası açma hakkı (bizde olduğu gibi) meşru menfaati olan tüm gerçek veya tüzel kişilere değil, sadece kanunda (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 kanun 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: **Atamer,** not 53'de anılan Armağan, s. 320.

91) Bkz. **Palandt/Bassenge,** 64.A., UKlaG, § 1, N. 6, 8.

hükmü 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" dayandırır[92]. Bu ilke hem Alman hem de Türk Hukukları için geçerlidir ve somut standart sözleşmenin içeriğine girmiş olmakla birlikte henüz uygulanmamış ve ihtilâf konusu olmamış şartlara karşı açılacak önleme davalarında da aynı yönteme göre bir değerlendirme yapılacağı kuşkusuzdur. Buna karşı, somut bir standart sözleşmenin içeriğine girmiş haksız şarta karşı, "önleme" değil, fakat TKHK. m. 6/I hükmüne dayanılarak "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 değerlendirilirken, sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin yapılmasını sağlayan şartlar ve/veya onun bağlı olduğu sözleşmelerin tüm şartları dikkate alınır"* diyen m. 6/II hükmünden de açıkça anlaşılmaktadır. Bütün bu açıklamalar karşısında, somut bir standart sözleşmede yer alıp da henüz uygulanmamış haksız şartlara karşı bir önleme davası açılabileceği görüşü, aşağıda belirtilen kabulü imkânsız sonuçlara götürür:

— Tüketici, TKHK. m. 6/I çerçevesinde geçersizlik iddiasında bulunduğu zaman, sözleşmenin tüm özellikleri dikkate alınacağı halde, o, Yönetmelik m. 6/II 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 hükümleriyle dengelendiği için TKHK. m. 6/I'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 açılabilecek bir olumsuz tespit davasına terk etmek çok daha isabetli bir çözüm oluşturur.

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 sözleşmeleri de içine alacak biçimde tüm tüketici sözleşmeleri açısından yasal esaslara bağlamıştır. Karşı tarafta bir tüketicinin yer almadığı, genellikle tâcirler arasında gerçekleşen standart sözleşmeler açısından halen Türk Hukukunda içerik denetimine ilişkin *genel bir*

92) **Atamer**, not 55'de anılan Armağan, s. 321.

düzenleme yoktur. Bu konu, genel hukuk ilkelerine terk edilmiş durumdadır[93]. Buna ilişkin olarak ileri sürülmüş çeşitli görüşler anılan kanun değişikliğinden önce büyük önem taşıyordu. Tüketici sözleşmeleri açısından 4822 sayılı kanunla gerçekleştirilen değişiklik genel işlem şartlarının en önemli uygulama alanını kapsamına aldığı için, ileri sürülmüş çeşitli teoriler günümüzde uygulama alanlarından, dolayısıyla pratik önemlerinden çok şey kaybetmiş durumdadır. Bunu dikkate alarak, biz bu alanda ileri sürülmüş görüşleri[94] teker teker ve ayrıntılı biçimde incelemeye gerek görmeksizin, kısaca aşağıdaki noktaları kaydetmekle yetiniyoruz:

— Gerek dürüstlük kuralına aykırılık (MK. m. 2/I) gerekse hakkın kötüye kullanılması yasağına (MK. m. 2/II)[95] ilişkin hükümler, İsviçre Federal Mahkemesinin de yerinde olarak belirttiği gibi, sözleşmelerin geçerli olarak kurulmuş sayılabilip sayılamayacakları açısından içerik denetimi yapılmasına elverişli hükümler değildir. Bu anlamda içerik denetimi BK. m. 19-20 hükümlerine göre yapılır[96].

BGB § 315'i karşılayan BK. m. 70/c. 2 hükmünden kıyas yolu ile yararlanma düşüncesi[97], BK. m. 70/c. 2'nin MK. m. 2/I ile olan bağlantısı sebebiyle[98] bizi farklı bir sonuca götürecek değildir.

— BK. m. 21'de düzenlenen gabin kurumu, çok sınırlı hallerde uygulama alanı bulabileceğinden genel bir denetim kriteri oluşturmaya elverişli sayılamaz[99].

— Günümüzde İsviçre öğretisinde ağır basan ve bize de yerinde gözüken düşünceye göre, en elverişli denetim kriteri olarak *kamu düzenine* aykı-

---

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. 2/II'nin, Alman ve İsviçre Hukuklarında yaygın olan görüşe uygun biçimde sadece hakların değil, hukukî kurumların (burada sözleşme yapma özgürlüğünün) kötüye kullanılması hallerinde kıyas yoluyla uygulanabileceği (bizce yerinde olarak) kabul edilse bile, sonuç değişmez. (Kurumsal kötüye kullanma ile ilgili olarak bkz. aşağıda § 50, not 23).

96) BGE 115.II.236 (Ayrıca 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 veya sınırını çizmekte bir rol oynar (Bkz. **Merz**, Art. 2, N. 103; **Deschenaux**, s. 156).

97) **Auer**, Die richterliche Korrektur von Standardverträgen, Bern 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 katılamıyoruz.

99) Özellikle bkz. **Atamer**, not 6'da age, s. 167; **Havutçu**, not 13'de age, s. 190.

rılığı (BK. m. 19/II) esas almak gerekiyor.[100] Bu düşünce tarzına göre, genel işlem şartları ile bertaraf edilen kanunun tamamlayıcı hükümleri, sadece taraflar belirli bir konuda anlaşma yapmadıkları zaman boşluk doldurmaya yarayan *herhangi* bir hükümden ibaret değildir. Genellikle, bunlar taraflar arasında âdil bir dengenin 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, iki sebepten ötürü, 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 âdil ve dengeli bir çözüme ulaşmış olmaları ihtimalinin güçlü olmasıdır. İkinci sebep ise, bireysel sözleşme ile tamamlayıcı hükümlerden ayrılmanın genellikle *arızî* ve *istisnaî* 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 âdil 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 tüm yurtta ağır biçimde genel işlem şartı kullananlar lehine bozulması anlamını taşıyan bu sonuç kamu düzenini zedeler. Bu sebeple, tamamlayıcı hükümlerin sözleşme ile bertaraf edilmesi söz konusu oldukta, bunun alelâde bireysel bir sözleşme ile mi, genel işlem şartlarına dayalı bir sözleşme (bir başka deyimle "standart sözleşme") ile mi yapıldığına bakmak gerekir. Genel işlem şartlarına dayalı bir sözleşme söz konusu ise, alelâde 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 eder[101].

42 Kamu düzenine aykırılık görüşünü kabul eden yazarlardan bir bölümüne göre[102], 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 Ab-sprachen, Festgabe für H. Deschenaux, s. 256 vd.

101) Türk Hukukunda **Atamer** de (not 6'da age, s. 200 vd.) kamu düzenine aykırılık görüşüne katılmaktadır.

102) **Kramer**, Art. 19-20, N. 160, 232; **Havutçu**, not 13'de age, s. 213.

— Bir defa, genel olarak belirtelim ki, kurumsal kötüye kullanma dolayısıyla MK. m. 2/II'nin uygulanması, ikincillik (talilik) ilkesi dolayısıyla, başka bir kanun hükmüne dayanmak imkânının bulunmadığı hallerle sınırlıdır[103]. Kamu düzenine aykırılık (BK. m. 19/II) varsa, MK. m. 2/II uygulama alanı bulamaz.

— İkinci olarak, yine ikincillik ilkesi gereği, MK. m. 2/II başvurulabilecek son çaredir, bir benzetme yaparsak son duraktır. Bu hükmü bir ara istasyon veya sıçrama tahtası olarak kullanmak suretiyle BK. m. 19/II hükmünde açık ifadesini bulmuş kamu düzeni kavramına ulaşan görüşü ikincillik ilkesiyle bağdaştırmak mümkün değildir.

Son olarak şu noktayı ekleyelim ki, yerine göre kamu düzenine aykırılık yanında ahlâka aykırılık (BK. m. 19/II, 20/I) dolayısıyla da genel işlem şartlarının denetlenmesi söz konusu olabilir[104]. 43

§ 24. İlân 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 (mükâfat) verileceğine ilişkin ilânlara sık sık rastlanır. *Schwarz*'dan öğreniyoruz ki, ilk çağlarda dahi kaçan esirlerin yakalanması için böyle ilân yolu ile ödül vaatlerine başvuruluyordu[1]. Bu tip ilânları daha baştan iki gruba ayırmak gerekir: 1

— *İlân yolu ile ödül vaadi* söz konusu ise, umuma yapılan bir ilânla, bir işin yapılması veya bir sonucun elde edilmesi karşılığı bir ödül verileceği vaat olunmuştur. Yukarıda verilen örneklerin tümü bu gruba girer.

— Buna karşı, ikinci bir imkân, *ilân yolu ile ödüllü bir yarışma* (mükâfatlı müsabaka) düzenlenmesidir. Bu ihtimalde, yine umuma yapılan bir ilânla yarışanlar arasında bir işi en iyi yapan kimseye bir ödül vaat edilmektedir. Örneğin, mimarlar arasında belirli bir inşaat ile ilgili olarak bir proje yarışması açılması halinde durum böyledir. Tevdi edilecek projeler arasında en iyisinin hangisi olduğuna (hiç kuşkusuz sadece birinciye ödül vaat edilmesi şart olmayıp, örneğin ikinci ve üçüncü olacaklar için de

---

103) MK. m. 2/II hükmünün uygulanmasına esas olan ikincillik ilkesi için bkz. **Baumann**, Zürcher Kommentar, Einleitung, 1. Teilband, Zürich 1998, Art. 2, N. 27; **Deschenaux**, s. 154.

104) Krş. **Atamer**, not 6'da age, s. 160 vd. Bu yazara göre, "bütün ahlâka aykırı hükümler per se ölçüsüzdür, ama bütün ölçüsüz hükümler ahlâka aykırı değildir. Kuşkusuz genel işlem şartları içinde de ahlâka aykırı hükümlerin bulunması mümkündür, ancak aynı hükümler bireysel sözleşmeler içinde olsa da ahlâka aykırı sayılacaktır, dolayısıyla bu denetim genel işlem şartlarına özgü bir denetim sayılamaz". Bizce, genel işlem şartlarına özgü bir denetim biçimi sayılmaması, ahlâka aykırılık damgasının vurulabildiği hallerde, bu kriterden genel işlem şartlarında yararlanılmasına bir engel oluşturmaz.

1) **Schwarz**, s. 274.

birer ödül öngörülmüş olabilir)[2] ya yarışmayı düzenleyen kişi bizzat, ya da uygulamada hemen her zaman görüldüğü gibi, onun belirleyeceği bir jüri (seçiciler kurulu) karar verecektir. BGB § 661 ödüllü yarışma vaadinin geçerli olması için bunda bir *süre* kaydının bulunmasını zorunlu saymıştır. Aynı esas İsviçre-Türk Hukukları için de geçerlidir. Aksi halde, yani adaylar için bir başvuru süresi öngörülmediği takdirde, vaatte bulunan, daha iyi bir teklif gelebileceği gerekçesi ile, yarışmanın sonuca bağlanmasını durmadan erteleyebilirdi[3].

İlân yolu ile ödül vaadi ile ödüllü yarışma düzenlenmesi arasında hem benzerlikler hem de önemli farklar vardır. Bunların özelliklerini aşağıda arka arkaya inceliyoruz.

II. İlân yolu ile ödül vaadi

1. Hukukî niteliği

Bu konuda iki görüş vardır:

a. İcap görüşü

2 Bazı hukukçulara göre, BK. m. 8'in kanundaki yerinin de gösterdiği gibi, ilân yolu ile vaat umuma yapılmış bir icaptır. İlânda öngörülen işin yapılması veya vaatte bulunana yapılan başvuru kabul olarak değerlendirilmek ve bu yoldan, işi yapan ile vaatte bulunan arasında bir sözleşmenin kurulduğu sonucuna varmak gerekir[4].

b. Bir taraflı irade beyanı ile borç altına girme (pollicitatio) görüşü

BGB tarafından benimsenen ve Alman Hukukunda hâkim olan bu görüşü[5] İsviçre-Türk Hukuklarında benimseyen ve öğretideki çoğunluğu oluşturan yazarlara nazaran, borçlunun ancak bir sözleşme ile borç altına girebileceği yolundaki temel ilkeye BK. m. 8 bir istisna getirmiş bulunmaktadır. Buna göre, ilânın yapılması ile birlikte vaatte bulunan, borçlanmaya yönelik *bir taraflı irade beyanı* ile (şu halde bu vaadi kabul edecek bir karşı tarafın irade beyanına ihtiyaç olmaksızın) *şartlı* olarak borç altına girer.

---

2) **Schönenberger/Jäggi**, Art. 8, N. 21.

3) **Larenz**, Lehrbuch des Schuldrechts, II/1, München 1986, s. 407; **Oser/Schönenberger**, Art. 8, N. 9; **İnan**, Türk Hukukunda ilân suretiyle yapılan vaadler, Ankara 1961, s. 89.

4) Bu görüşte: **Oser/Schönenberger**, Art. 8, N. 18 (yazarlar, benimsenen çözümlerde bilinen kavram ve ilkelere bağlı kalmanın önemine de işaret ediyorlar); **Merz**, Vertrag, N. 267. Ayrıca bkz. **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 158. – **Merz**'e ve **Schönenberger/Jäggi**'ye (Art. 8, N. 37) göre, bu konudaki tartışmanın pratik önemi de yoktur (Aşağıda bunun böyle olmadığını göreceğiz).

5) **Larenz**, not 3'de age, s. 405-406 ve not.4; **Palandt/Heinrichs**, 64.A., § 657, N. 1, 4.

Buradaki şart geciktiricidir: Borçlunun bir taraflı irade beyanına dayalı borcu, ancak vaat konusu iş gerçekleştirilince hüküm doğuracaktır. Şu halde, vaat konusu işin yapılması bir kabul olmayıp, vaadin hükümlerini doğurması için gerekli olan şartın gerçekleştirilmesidir[6].

Aşağıda görüleceği gibi, genellikle kabul edilen bazı sonuçları ancak bu son görüş açıklayabileceğinden, biz de bu görüşe katılıyoruz.

2. Şartları

a. İlân yolu ile *umuma (herkese)* yapılmış bir vaat bulunmalıdır. Bununla birlikte, yerine göre, ödül karşılığı işi yapabilecek olanların sınırlandırılmasına 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 kapsamına girmez ve olsa olsa şartlı bir bağışlama vaadi icabı olarak değerlendirilebilir[7]. 3

b. Yapılması istenen iş, *olumlu bir eylem* (kaybolan köpeğin bulunması) olabileceği gibi, *olumsuz bir eylem* de (tedavi görüp alkol bağımlılığından kurtulduktan sonra en uzun süre ağzına alkollü içki almamış bulunma) oluşturabilir[8]. Herhalde, bir *edimin* gerçekleştirilmesi şarttır. Ödüllendirilecek kişinin belirli bir *durumda* bulunmasının aranması, BK. m. 8'in uygulanmasına yol açmaz. Örneğin, İzmir'de kendi doğduğu evde doğan herkese 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 bağlanmıştır[9]. 4

c. İlân özel bir şekle bağlı değildir. Hitap edilen kitlenin bu duyuruyu öğrenebilecek duruma gelmesini sağlayan herhangi bir vasıtaya (gazete veya duvar ilânları, radyo veya televizyonla yahut İnternet üzerinden yapılan bildiriler vs.) başvurulabilir. 5

d. Genellikle, ilân yolu ile vaatte bulunanın, işin yapılmasında doğrudan doğruya kişisel (kaybolan köpeğin veya eşyanın bulunması istendiği vakit olduğu gibi) veya sadece mânevi, sosyal, estetik vs. menfaati olabilir. Örneğin bir küçük kızı 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/Altop**, s. 468-469; **Gauch/Schluep/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) **Oser/Schönenberger**, Art. 8, N. 8; **Enneccerus/Lehmann**, s. 657.

Bazen öyle durumlarla karşılaşılır ki, ilân yolu ile vaatte bulunanın o işin yapılmasında hiçbir çıkarı bulunmadığı gibi, menfaatlerine ters düşeceği için ödül konusu sonucun gerçekleşmesini hiç istemez. Örneğin, bir mal imal eden üretici, malın çürüklüğünü ispat edene veya tanınmış bir güreşçi kendisini yenene ödül vaat ederse durum böyledir.

Bu gibi vaadlerin 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 tip vaatlerin geçerli olması gerektiği genellikle kabul edilmekle birlikte[10] ortaya bir problem çıkmaktadır: Acaba bunları bir bahis sözleşmesi[11] için yapılmış icap olarak değerlendirmek ve bu sebeple böyle bir vaatten, BK. m. 504 gereği, olsa olsa doğal (tabiî) bir borcun doğacağını söylemek daha yerinde olmaz mı?

Bizim de katıldığımız 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 zıt iddialarda bulunan taraflardan herbiri, kendi iddiasının yanlış çıkması hali için diğer 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 şu bakımdan mümkün olmayacaktır ki, burada *taraflardan sadece biri* (örneğin mal üreten ve malın bozukluğunun ispatı halinde ödül vermeyi vaad eden kişi) şarta bağlı olarak borçlanmakta, diğer taraf ise herhangi bir tarzda borç altına girmemektedir[13]. Bahsin bir tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak da yapılabileceğini iddia edenler için bu gerekçe hiç kuşkusuz değer taşımayacaktır[14].

---

10) **Enneccerus/Lehmann**, s. 656; **Schmidlin**, Art. 8, N. 25.

11) Bkz. yukarıda § 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: "Diğer cihetten davalı vekili sözkonusu akti *bahis* olarak vasıflandırmıştır. Halbuki Borçlar Kanununun 504'üncü maddesi uyarınca bahis durumunun kabulü için mahkeme kararında da belirtildiği üzere *iki tarafın birbirine bir şey vaadetmiş olması kanunî şartlardan bulunduğu halde* davaya esas olan akitte sadece davalı borç altına girmiştir" (**Olgaç**, Kazaî ve İlmî İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu ve İlgili Özel Kanunlar, c. III, Ankara 1969, s. 541).

13) **Larenz**, not 3'de age, s. 406 ve not 6.

14) Nitekim **Schönenberger**'e göre (Zürcher Kommentar, V/3, 2. Auflage, Zürich 1945, Art. 513, N. 6), ilân yolu ile yapılmış bu tarz vaatler bahis sayılır.

— İkinci olarak, ilân yolu ile ödül vaadinin hukukî niteliği konusunda varılan sonuç da burada büyük rol oynayacaktır. Hâkim görüşle birlikte, *bir taraflı* irade beyanından doğan bir borç ile karşı karşıya olduğumuz kabul edilirse, bahisten söz açmaya imkân kalmayacaktır. Zira, bahis bir *sözleşmeye* dayanır, yani iki tarafın karşılıklı irade beyanlarını şart koşar[15].

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 madalya, 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 varıyorlar[16]. Bizce, BK. m. 8'deki "bedel"i, sözlük anlamına uygun biçiminde "karşılık" olarak anlamak yerinde olur. Bu şekilde, İsviçre'de hâkim olan çözüm Türk Hukuku için de geçerli olacaktır[17].

— Ödül'ün belirli veya belirlenebilir (tayin edilebilir) olması gerekir. Oysa, "köpeğimi bulan'a ödül verilecektir" veya "memnun edilecektir" tarzındaki ilânların, ödülün belirli veya belirlenebilir olmadığı gerekçesi ile geçersiz sayılması çok haksız ve rahatsız edici bir sonuçtur. Bunu önlemek için, bu gibi hallerde "hal ve şartlara uygun", bir başka deyimle "makul ve dürüst insanların bekleyebileceği" bir ödülün (belirlenebilir ödül) vaat edilmiş bulunduğu kabul edilmelidir[18].

f. Gerek yapılacak işin, gerekse vaat edilen ödülün kanuna yahut genel ahlâka aykırı olması (BK. m. 19-20), ödül vaadini geçersiz kılacaktır. 8

3. Sonuçları

a. İşin yapılması, bir taraflı borç vaadinde yer alan geciktirici şartın gerçekleşmesi anlamını taşır ve vaadin hüküm doğurmasını sağlar. İlke olarak, işi yapan kimsenin ilândan *önce* veya *ilândan haberi olmaksızın* işi gerçekleştirmiş olması onun ödüle hak kazanmasını engelleyemez ki, bu sonucu açıklama açısından bir taraflı irade beyanı ile borç altına girme görüşünün icap görüşüne üstünlüğü pek açıktır[19]. 9

---

15) **Akev**, Türk Hususî Hukukunda kumar ve bahis, İstanbul 1964, s. 63 ("Akit olmayan yerde bahis de olamaz"); **Bauer**, 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/Jäggi**, Art. 8, N. 44; **Bucher**, Basler Komm., Art. 8, N. 7, 9, 23.

10 b. Kayıp eşyayı bulmak, bir cinayeti aydınlatmak gibi eylemler hukukî bir işlem olmayıp bir maddî fiilden ibaret kaldıkları için, bunları gerçekleştiren kimselerin *fiil ehliyetine* sahip olmaları gerekmez. İcap teorisi kabul edilseydi, fiil ehliyetinden yoksun bir kimsenin nasıl olup da geçerli bir kabul beyanında bulunduğu sorusu ister istemez karşımıza çıkacak idi[20].

11 c. İşi yapan kimse, esasen *resmî görevi gereği* o işi yapmak yükümlülüğü altında ise (örneğin, çalınan veya kaybolan eşya bir polis memuru tarafından bulunuyor), o, bir görüşe göre ödül talebinde bulunamaz. Çünkü ödüle hak kazanabilmek için iş herhangi bir yükümlülük bulunmadan gönül rızası ile gerçekleştirilmiş olmalıdır. Ödül vaadi, işi yapacak olanları belirli bir edimi yerine getirmek hususunda teşvik etmek ve onların bu konudaki emeklerinin karşılığını vermek üzere yapılmıştır. Bunların hiçbiri bu ihtimalde söz konusu değildir[21]. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, bu durumdaki kimseler bile ödüle hak kazanırlar[22]. Bizce, bu konuda son sözü söyleyecek olan ödül vaadinde bulunan kişinin iradesidir. Onun ise, ilke olarak, resmî sıfatı olsun veya olmasın herkesi işin görülmesi için harekete geçirmek istediği açıktır. Resmî görevlilerin ödül talep etme hakkı, (bu konuda açık bir hüküm bulunmadıkça) Özel Hukuk kuralları ile değil, onların hukukî statülerini belli eden Kamu Hukuku kuralları ile sınırlanabilir.

12 d. İlân 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 logaritma cetvelinde yanlış bulan herkese veya her karga ölüsü getirene 5 lira vaat edilmiştir), işi yapanlardan her bir ayrı ayrı ödülü talep edebilir.

bb. Vaadin içeriğinden ödülün sadece *bir defa* verileceği anlaşılıyorsa, aşağıdaki ihtimaller önem taşır:

— Birden fazla kişiden her biri *tek başına* edimi yerine getirmiş olmakla birlikte, içlerinden biri vaatte bulunana daha önce, diğeri veya diğerleri daha sonra başvurmuşlardır. 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) **Schmidlin**, Art. 8, N. 29; **Bucher**, Basler Komm., Art. 8, N. 26.
22) **Schönenberger/Jäggi**, Art. 8, N. 44; **Merz**, Vertrag, N. 263. Federal Mahkeme de bu görüştedir: BGE 39. II. 594.

bilgiyi edinmiş, buna rağmen durumu ilk defa vaatte bulunana bildiren B olmuştur.

Bu gibi hallerde, kimin ödüle hak kazandığını tespit edebilmek için, ilk önce vaadin içeriğinin incelenip yorumlanması gerekir. Vaatte bulunan, kaybolan eşyayı veya köpeği kendisine *getiren* veya *yerini bildirene* ödül verme taahhüdü altına girmişse, ödül talep etme hakkı hiç kuşkusuz ilk defa bildirimde bulunana (yukarıdaki örnekte B'ye) aittir.

Buna karşı, sadece "kayıp köpeği bulanın", yani *işi yapanın* ödüllendirileceği öngörülmüşse durum değişir. Alman Hukukunda, BGB § 659/I, bu halde, *işi ilk defa yapanın* ödüllendirileceğini öngördüğü halde, İtalyan MK. m. 1991'in çözümünden etkilenen İsviçre-Türk Hukuklarındaki hâkim görüş, ilk defa vaatte bulunana *başvuranın* ödüle hak kazanacağını kabul etmektedir[23]. *Bizce*, hâkim görüş bu şekliyle yerinde olmadığı gibi, BGB § 659/I'in çözümü de olduğu gibi kabul edilemez. Bu konuda, aşağıda belirtilen esaslar çerçevesinde bir sonuca varmak gerekir:

Daha pek çok hukukî problemde olduğu gibi, bu meselede de iki korunmaya değer menfaat çarpışmaktadır. Bu menfaatlerden birincisi, işi ilk defa yapanın menfaatidir. Adalet ve hakkaniyet düşünceleri ödülü 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 imkânını elde etmesi yüzünden ödülü alması açık bir haksızlıktır. Ne var ki, meseleye ödül 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 içermediğine göre, MK. m. 1 anlamında mevcut boşluğu doldururken, benzer menfaat çatışmaları için öngörülmüş başka kanun hükümleri varsa, onları dikkate almaktan ve kıyas (örnekseme) yolu ile uygulamaktan vazgeçemeyiz. Borçlar Kanununun, alacağın temlikine ilişkin 165. maddesi hükmü bu nitelikte bir hüküm olduğundan burada kıyas yolu ile uygulanabilir. Anılan maddeye göre, A_1'e borçlu olan B, A_1'in alacağını A_2'ye temlik etmesine rağmen bundan haberdar edilmemişse, iyiniyetle A_1'e yapacağı ödeme ile borcundan kurtulur. Dikkat edileceği üzere, burada B'nin karşısında iki alacaklı vardır. Bunlardan birincisi kendisi tarafından *bilinen* görünüşteki alacaklı A_1, diğeri ise bu sıfatını B'ye bildirmediği için B tarafından varlığı *bilinmeyen* gerçek alacaklı A_2'dir. Borçlu, A_2'nin gerçek alacaklı olduğunu bilmeden ve bilmesi de gerekmeden, varlığını bildiği A_1'e iyiniyetle tediye-

23) **Schönenberger/Jäggi**, Art. 8, N. 52; **Schmidlin**, Art. 8, N. 33; **Radhi**, La promesse publique de récompense, Genève 1958, s. 70; **İnan**, not 3'de age, s. 72; **Eren**, s. 421.

de bulunmakla borcundan kurtulabilmekte; iyiniyetli değilse, bu ödeme onu A_2'ye karşı borcundan kurtarmamaktadır.

Olayımızdaki durum da buna benzemektedir. Ödül vaad edenin karşısında iki alacaklı bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, *işi ilk defa yapmakla ödüle hak kazanan, 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 kurtarır[24]. Aksi halde, yani işi ilk defa A'nın yaptığını bildiği veya bilmesi gerektiği halde, B'ye tediyede 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.

— Bu konuda diğer bir ihtimal, birden fazla kişinin işi, her biri diğerinden bağımsız olarak, fakat *aynı zamanda* yapıp bildirmeleridir. BGB § 659/II uyarınca, ödül, bunlar arasında eşit olarak paylaştırılır. Ne var ki, ödülün (örneğin değerli bir vazo gibi) paylaşılmaya elverişli olmayan bir nitelik taşıması mümkündür. Bunun gibi, vaatte bulunanın sadece "bir kişiye" ödül vermek istediği vaadin içeriğinden anlaşılabilir. O zaman, işi yapanlar arasında kura çekilir. Bizde de, bu çözüm esas alınabilir.

— Üçüncü bir ihtimal, edimin *birden fazla kişinin işbirliğiyle* gerçekleştirilmiş olmasıdır. Örneğin, bir cinayetin aydınlanması 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 sonuca katkısını göz önünde tutarak ödülü aralarında hakkaniyete uygun tarzda paylaştırması sistemini benimsemiştir. Onun paylaşım tarzı açıkça hakkaniyete aykırı ise, hâkime başvurularak paylaştırmayı onun yapması istenebilecektir.

---

24) Alman Hukukunda, kaybolan eşyanın bulunup getirilmesi hali için, **Enneccerus/Lehmann** (s. 658), bizde karşılığı bulunmayan BGB § 851'i kıyas yolu ile uygulayarak benzer bir sonuca varıyorlar.

e. İşi daha önce yapan veya önce başvuran kişi hak kazandığı ödülü al- 13
maktan 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 çoğaltmaz[24a].

III. Ödüllü yarışma vaatleri

1. Hukukî niteliği

Ödüllü yarışma vaatlerindeki mekanizma, ilân yolu ile yapılan vaatler- 14
den tamamen farklı olduğu gibi, bunların hukukî nitelikleri de farklıdır. Gerçekten bu tip vaatlerde,

— Yarışmaya katılmak için, önce ödül vaad edene süresi içinde bir *başvuruda bulunma* mecburiyeti vardır ve ilân işte bu başvuruyu sağlamak üzere yapılmaktadır.

— Diğer taraftan, başvuruda bulunmak da yeterli değildir. İlân yolu ile yapılan vaatlerde, işi gören, şartı gerçekleştirip hemen alacaklı sıfatını elde ettiği halde, burada kimin ödüle hak kazandığı *vaat edenin veya bir jürinin başvuranlar arasında yapacağı bir değerlendirme sonucu* belli olacaktır[25].

Bütün bu özellikler göz önünde tutulursa, hukukî niteleme açısından aşağıdaki esasları kabul etmek gerekmektedir:

— İlân yolu ile ödüllü yarışma düzenlenmesi, ilgilileri bu ilânda belirtilen yarışma şartlarını kabul etmek suretiyle başvuruda bulunmaya davet eden bir *icap*tır.

— İlgililerin (yarışma şartlarına göre, eserlerini hazırlamış olarak veya henüz hazırlamadan) başvuruda bulunması ise bir *kabul* niteliğindedir. Bu şekilde, taraflar arasında içeriğinde yarışma şartlarının yer aldığı 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.

leşme ilişkisi kurulmaktadır[26]. Bu sözleşme ile, başvuruda bulunanlar yarışma jürisinin yetkisini kabul etmiş ve onun yarışma şartları çerçevesinde takdir hakkını kullanarak vereceği karara uyma taahhüdünde bulunmuş sayılırlar.

15 Yarışmalı ödül vaadi ile, bir ihale prosedürü çerçevesinde teklif vemeye davet ilânlarını birbiri ile karıştırmamak gerekir. Bu son halde, örneğin bir inşaat işini üstlenecek müteahhidi (yükleniciyi) belirlemek üzere, gazetelere ilân 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 kurmaktadır. Genellikle kabul edildiği üzere, gazeteye verilen ilân bir icaba davetten ibarettir, müteahhidin teklif vermesi icap, en uygun teklifi verene işin ihale edilmesi ise kabuldür. Uygulamada, ihale ile kurulan inşaat sözleşmesinin, şartname hükümlerine göre daha sonra ayrıca (yerine göre geçerlilik şartı veya sadece bir ispat aracı teşkil etmek üzere) yazılı veya resmî şekle bağlanması gerekmektedir. Burada hiç gözden kaçırılmaması gereken nokta şudur: İcaba davet niteliğindeki ilk ilânda, 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,

— Gazetedeki ilân, 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 kurulmakta[27], 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 girmektedir[28]. 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 imkânını kaybetmiş sayılır ve iş sahibinin teminatına el koymasına katlanmak zorunda kalır.

2. Yarışmayı düzenleyenin veya jürinin vereceği karara itiraz imkânı olup olmadığı

16 Yarışma sonucu, ya yarışmayı düzenleyenin bizzat veya genellikle rast-

26) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1055, **Schönenberger/Jäggi**, 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" (Ayrıca bkz. m. 42).

29) Bu kavram için bkz. yukarıda § 2, N. 54.

landığı üzere bir jürinin vereceği karar ile belli olur. Yarışmada kaybedenlerin, ilke olarak, kararın yerinde olmadığını, haksızlık yapıldığını iddia ederek buna itiraz hakları yoktur. Zira, yukarıda belirtildiği üzere, sözleşme ile yarışma şartlarını ve jürinin takdirine boyun eğmeyi kabul etmiş durumdadırlar. Buna rağmen, istisna olarak, aşağıdaki iki durumdan biri varsa mahkemeye itiraz etme imkânı saklıdır[30]:

— Karar verilirken, yarışma şartlarında öngörülen *usul* ve *şekil* ilkelerine uyulmamış olması bir itiraz sebebi olabilir.

— Her ne kadar, kararı veren jürinin veya yarışma düzenleyicisinin takdirine karışma imkânı yoksa da, MK. m. 2/II anlamında takdir hakkı açıkça kötüye kullanılarak *keyfî* bir karar verilmişse, itiraz ederek kararı mahkemede iptal ettirmek için kapılar yine açıktır.

IV. İlân yolu ile yapılan vaadin geri alınması (BK. m. 8/II)

1. Bir taraflı olarak gerçekleşen vaatten, yine her zaman ve hiçbir sebep göstermek mecburiyeti olmadan geri dönülebileceği kanun tarafından açıkça kabul edilmiştir. Bunun tek istisnası, vaat edenin vaadini geri alma hakkından feragat etmiş bulunmasıdır. Genellikle benimsenen görüşe göre, *ilân yolu ile ödül vaadinde* bir *süre* öngören kişi, aksi anlaşılmadıkça, bu süre içinde vaadini geri alma hakkından zımnen (örtülü biçimde) vazgeçmiş sayılır[31]. *Ödüllü yarışma düzenlenmesi* ihtimalinde ise durum şöyledir: Daha önce gördüğümüz gibi, bu ihtimalde bir başvuru süresinin öngörülmüş olması zorunludur. O halde, başvuru süresi içinde, hiç kuşkusuz yine aksi anlaşılmadıkça (yarışmayı düzenleyen her zaman bir taraflı olarak vaadini geri alma hakkını saklı tutmuş olabilir) vaatten dönülemeyecektir. Ne var ki, başvuruda bulunanlar ile yarışmayı düzenleyen kişi arasında, bu başvuru ile (yarışma şartlarına ilişkin) sözleşme ilişkileri meydana geldiği ve bir sözleşmeden her istenildiği zaman serbestçe dönmek mümkün bulunmadığı için, bundan sonraki aşamada da geri alma hakkının kullanılmasına imkân kalmayacaktır[32]. 17

2. Geri almanın geçerli olması için, bunun daha önceki ilân ne yoldan yapıldıysa, aynı yoldan yapılması şart değildir (Krş. BGB § 658/I). Şüphesiz, iki gazetede ilân yolu ile vaatte bulunan kişi, vaadinden döndüğünü 18

30) **Schönenberger/Jäggi**, Art. 8, N. 61; **Merz**, Vertrag, N. 264; **Schmidlin**, Art. 8, N. 51. – Yarışma şartları içinde yer alan ve yarışmaya katılanların her türlü dava hakkından feragat etmiş sayılacağını bildiren kayıtlar, metinde belirtilen itiraz imkânları açısından geçersizdir (**Schmidlin**, Art. 8, N. 52; **Schönenberger/Jäggi**, Art. 8, N. 62).

31) BGB § 658/II; **Schönenberger/Jäggi**, Art. 8, N. 69. Bu yazarlara göre, bir feragat bulunsa dahi, hal ve şartlar vaatten sonra önceden görülemeyecek biçimde temelinden değişmişse, yine vaatten dönme mümkün görülecektir.

32) Bkz. **Enneccerus/Lehmann**, 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 sayılır[33].

19 3. Vaadin geri alınması ancak arada vaat konusu iş yapılmamışsa ve sırf ileriye dönük olarak (*ex nunc*) geçerli olur. Bu sınırı çizmek için, vaadin içeriği incelenmelidir. Ödüle hak kazanmak için sadece "işin yapılması"ndan söz ediliyorsa, öğretide aksi görüşün savunulmasına rağmen[34], geri alma beyanından önce işi yapmış olanlar bu hususu ispat ederek ödülü talep hakkına sahiptir. Buna karşı, vaatte, ödülün işi yapıp "haber verene" veya "başvurana" verileceği ifade edilmişse, kendisine işin yapıldığı haber verilmeden 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 aleyhine, bu vaade güvenip çeşitli giderler yapanların uğradıkları *olumsuz zararın* tazmini borcu doğar[35]. Böyle bir tazminat talebinin vaat edene karşı ileri sürülebilmesi için,

— talepte bulunanın, ilân 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 bulunduğu ve talep edilen miktarların toplamı ödülü aştığı takdirde, bunların herbiri lehine hükmedilecek miktarlar arasındaki oranlar (daha doğrusu, hükmedilecek her tazminat talebinin, yine hükme esas olacak toplam tazminat talepleri tutarına oranı) göz önünde tutularak talepler indirime tâbi tutulur, yani bu yoldan, toplam olarak tazminine karar verilecek miktarın yine ödül ile sınırlı olması sağlanır[36].

---

33) **Schmidlin**, Art. 8, N. 67.

34) **Schönenberger/Jäggi**, 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 (**Schönenberger/Jäggi**, Art. 8, N. 72; **Schmidlin**, Art. 8, N. 73).

36) **İnan**, not 3'de age, s. 86-87; **Schmidlin**, Art. 8, N. 75; **Schönenberger/Jäggi**, Art. 8, N. 74.

Örneğin, vaat edilen ödül 9.000 lira, sâbit 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 x 1/2 = 4.500 liraya; B için, 4.000/ 12.000 = 1/3, yani 9.000 x 1 /3 = 3.000 liraya; C için 2.000 /12.000 = 1 / 6, yani 9.000 x 1 / 6 = 1.500 liraya hükmedilecektir.

5. Ödül olarak para ile ölçülebilir değeri olmayan bir şey (örneğin bir takdirname) verilmesi öngörülmüşse, vaadin geri alınması üzerine yine tazminat davası açılabilir mi? Hâkim olan görüşe göre, bu durumda bir tazminat davasına yer yoktur. Çünkü, geri alma olmasaydı dahi, sadece maddî değeri olmayan ödül alınabilecek, yapılan giderlerin tazmini herhalde istenemeyecekti[37]. Biz bu görüşü paylaşamıyoruz. Her ne kadar, vaat edilen ödül maddî bir değer taşımıyorsa da, bunun mânevi bir tatmin sağlayacağı açıktır ve işte bu mânevi tatmin sağlama şansının bulunmasıdır ki, birtakım kimseleri böyle bir vaat bulunmasaydı hiçbir zaman yapmayacakları giderleri yapmaya sevk etmiştir. Vaat geri alınınca, bu giderler, aynen maddî değer arz eden ödül vaatlerinde olduğu gibi boşuna yapılmış giderler durumuna düşmüştür. Yapılacak şey, söz konusu giderleri yapanlara BK. m. 8/II, c.1'de öngörülen tazminat talebini ilke olarak tanımak; ancak ödülün para ile ölçülebilir, şu halde ödüle hak kazananlar için dahi yapılan giderleri maddî yönden karşılamaya elverişli bir nitelik taşımadığını göz önünde tutarak, BK. m. 43/I uyarınca hükmedilecek tazminat miktarını bir indirime tâbi tutmak olmalıdır. 21

6. Vaadini geri alan kimse, bu geri alma olmasaydı dahi kendisinden tazminat talep eden kişinin nasıl olsa sonuç alamayacağını, bir başka deyimle ödüle hak kazanamayacağını ispat edebilirse, tazminat talebi reddonulur. Örneğin, dâvalı, tazminat talebinde bulunanın kaybolan eşyayı yanlış yerde aradığını veya bir başkasının ondan önce davranarak işi yapacağını ve ödüle hak kazanacağını ispat ettiği vakit durum böyledir[38]. 22

37) **Schmidlin**, Art. 8, N. 74, **Eren**, s. 422 not 20; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1050.
38) **Schönenberger/Jäggi**, Art. 8, N. 73; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1050.

Hukukta irade değil beyan esastır.
↓
iradeyi dış dünyaya yansıtan beyan

ÜÇÜNCÜ ALT BÖLÜM

HUKUKÎ İŞLEMLERDE, ÖZELLİKLE SÖZLEŞMELERDE ŞEKİL

§ 25. Şekil Kavramı ve Çeşitleri

I. Şekil kavramı

1. Genel Olarak

1 Hukukta, hiç değilse ilke olarak, bir iç olgudan ibaret "irade" değil, iradeyi dış dünyaya yansıtan ve yürürlüğe koyan "beyan" esastır. İradenin, irade beyanı biçiminde dış dünyaya yansıyabilmesi için, söz, yazı, işaretler vs. biçiminde bazı kalıp veya vasıtalara başvurulması zorunludur. Oysa, söz, yazı veya işaretlerden her biri bir şekil olduğuna göre, bu anlamda bütün irade beyanları ister istemez bir şekle bürünüp açıklanır, hepsinde şekil vardır. Ne var ki, genellikle beyan sahibi, iradesini hangi kalıba döküp açıklayacağını tayin etmekte tamamen serbesttir. O, dilerse, sözlü bir beyanda bulunabilir, dilerse işaretle, yahut âdî veya resmî yazılı biçimde iradesini açığa vurabilir. Bu ihtimalde *şekil serbestisi*nden bahsedilir. Buna karşı, diğer bazı ihtimallerde kanun veya tarafların iradesi gereği, beyan sahibi iradesini açığa vurmak için dilediği şekli seçme imkânından yoksundur. O, mutlaka belirli bir şekle (örneğin resmî yazılı şekil) uymak mecburiyetindedir ki, bu durumda *belirli bir şekle uyma zorunluluğu* var demektir. İşte, şekil serbestisinin olduğu durumlarda, işlemin bir *şekle bağlı tutulmadığından* söz açılır ki, bununla kastedilen, belirli bir şekli seçme mecburiyetinin bulunmamasıdır. Bunun dışında kalan hallerde, yani öngörülmüş belirli bir şekli seçme mecburiyetinin bulunduğu durumlarda, belki biraz yanıltıcı olan bir deyimle, *şekle bağlı işlemler* söz konusu olur[1].

2 Dar ve teknik anlamı ile şekil, sadece *irade beyanlarını* 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 *ilân* gibi eylemler, burada ele alınan *teknik anlamda şekil* kavramının dışında kalır.

Tescil (örneğin tapu kütüğüne yapılan tesciller) ve *ilânın* (örnek olarak bkz. TTK. m. 37) bir şekil sayılabilip sayılamayacağı tartışmalıdır. Bu konuda üç görüşe rastlanıyor: 3

— Birinci görüşe göre, tescil ve ilân da, şekil kavramı içinde yer alır[2].

— İkinci görüşe nazaran, kurucu nitelikteki tesciller şekil kavramı içinde yer almadığı halde, özellikle Ticaret Hukukunda ticaret siciline yapılan bildirici nitelikteki tesciller ve bunlara bağlı ilânlar şekle dahildir[3].

— Bizim de benimsediğimiz üçüncü görüşe göre, tescil ve ilân, gerçek ve teknik anlamı ile şekil kavramının dışında kalır. Bunlar, irade beyanının dış dünyaya yansıyıp yürürlüğe konmasını sağlayan birer araç değildir. Tescil veya ilânın yapıldığı aşamada, irade beyanları yapılmış, hukukî işlem (hiç değilse irade beyanlarından oluşan özü itibarıyla) kurulmuştur. Diğer taraftan, tapu kütüğüne yapılan kurucu tesciller, şekil değil, esas şartıdır. Aynî hak ancak tescil ile kazanılabilmektedir. Kaldı ki, ister kurucu, ister bildirici olsun, tescil ve ilânın teknik anlamı ile bir şekil oluşturmadığı şuradan da anlaşılır ki, bunların yapılmaması halinde şekle aykırılığa, bir başka deyimle şekil noksanına ilişkin hüküm ve yaptırımların uygulanması hiçbir şekilde söz konusu olmaz[4].

2. Şeklin yararları ve sakıncaları

a. Yararları

Hukukî işlemin şekle bağlanması suretiyle elde edilmek istenen belli başlı yararlar çok genel olarak iki büyük grupta toplanabilir[5]: 4

— *Birinci grup: Şekil düşüncesizce 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 alıkoyar.

— *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, resmî yazılı şekil söz konusu olduğu zaman, resmî memur, çok defa hukuk bilgisinden yoksun olan tarafların iradeleri-

2) **Schönenberger/Jäggi,** 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) **Merz**, Vertrag, N. 386.

4) **Flume**, § 15, I, 4, s. 248-249; **Schmidlin**, Art. 11, N. 176; **v. Tuhr/Peter**, § 30, I, s. 235.

5) Özellikle bkz. **Bucher**, AT, s. 161-162.

nin ilerde tereddütlere yol açmayacak hukukî formüllere bağlanmasını sağlar. İrade beyanlarına fiziksel (cismani) bir varlık kazandıran (âdi veya resmi) yazılı şekil, gerek taraflar gerekse üçüncü kişilerin işlemi kolaylıkla ispat etmelerine imkân verdiği gibi, bazı resmî sicillere (örneğin tapu kütüğüne) yapılacak tesciller için sağlam ve güvenilir bir dayanak oluşturur[6].

b. Sakıncaları

5 — Şekil hukukî işlemlerin yapılmasını, ağırlaştırır, zorlaştırır. Bu sebeple, iş hayatında 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 herhangi bir şekil eksikliği yüzünden geçersiz kalması ihtimalinin bulunmasıdır.

— Üçüncü bir sakınca olarak, özellikle resmî şekilde, bunun taraflara ekonomik açıdan bir külfet yüklemesi, onları şeklin giderlerine katlanmak zorunda bırakması anılabilir.

— Alman 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 gösterilmektedir[7].

II. Şeklin çeşitleri

1. Şekil zorunluluğunun kaynağı açısından

6 Bu açıdan, kanuna dayanan (kanunî) şekil ile sözleşmeye dayanan (rızaî) şekli birbirinden ayırmak icap eder.

a. Kanuna dayanan (kanunî, yasal) şekil

Kanun, belirli işlemlerin, mutlaka belirli şekilde yapılmasını emretmişse, kanuna dayalı şekil vardır. Aşağıda görüleceği gibi, Borçlar Kanunu açısından *ana ilke şekil serbestisidir*. Şu halde, kanunun açıkça belirli bir şekle bağlamadığı bütün hukukî 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 hâkim olan fikre göre, kanunun açıkça öngörmediği durumlarda, örf ve âdet hukukuna dayanarak veya hâkimin boşluk doldurması yolu ile şekil mecburiyeti yaratılamaz. Ne var ki,

6) **Schwarz**, s. 242.
7) **Medicus**, AT, N. 613.

bütün bunlar, sadece kanunda düzenlenmiş sözleşmeler açısından geçerlidir. Kanun tarafından öngörülmemiş bulunan isimsiz (adsız) sözleşmelerde, şekil hükümlerinin amacından hareket edilerek, bunların şekle tâbi olduğu sonucuna varılabilir[8].

b. Sözleşmeye dayanan (rızaî) şekil

Tarafların, kanun tarafından geçerliliği belirli bir şekle bağlanmamış hukukî işlemleri, anlaşarak şekle bağlamalarına bir engel yoktur ve BK. m. 16 bu konuyu düzenlemektedir. Bu durumda, kanunî değil, rızaî (tarafların anlaşarak öngördükleri) bir şekil söz konusudur.

2. Şeklin fonksiyonlarına göre

Bu açıdan, geçerlilik (sıhhat) şekli ile ispat şeklini birbirinden ayırmak gerekir. 7

a. Geçerlilik (sıhhat) şekli

Bu tip bir şekil öngörüldüğü vakit, işlemin *geçerli* olması o şekle uyularak yapılmış olmasına bağlıdır. Borçlar Kanunu başta olmak üzere, maddî hukuka ilişkin kanunlar esas itibariyle bu tip şekiller öngörür. Nitekim, BK. m. 11/II, kanunun öngördüğü şekillerin, aksi belirtilmedikçe, bir geçerlilik şekli olarak anlaşılması gerektiğini açıkça bildirmiştir.

b. İspat şekli

Bu tip şekillerin işlemin geçerliliği ile ilgisi yoktur. İşlem, sadece ispat yönünden belirli bir şekle bağlanmıştır. Nitekim, Medenî Usul Hukukunda, Fransız Hukuku sistemini benimseyen HUMK. m. 288, son değişiklikten sonra, yapıldıkları andaki miktar veya değerleri 400 lirayı aşan hukukî işlemlerin (kanunda öngörülmüş bazı istisnalar dışında) mutlaka yazılı delille (senetle) ispat edilmesini emretmiştir. Ne var ki, bu rakam, yeni sisteme göre her takvim yılında zamlanmak suretiyle değişmektedir[8a].

---

8) **Gauch/Schluep/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 değerleme oranında artırılacaktır. **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 zikretmeden, yine **Kuru/Arslan/Yılmaz**'ın (Medenî Usul Hukuku, Ders Kitabı, 17. baskı, Ankara, 2006, s. 462 vd.) yaptıkları gibi, "HUMK 288'da yazılı tutarı (meblağı) aşan hukukî 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 sınırı aşmayan hukukî işlemler:* Bunlar, kanunda öngörülmüş istisnalar dışında bir geçerlilik şekline bağlı olmadıkları gibi, yine herhangi bir sınırlama olmadan her türlü delille (özellikle tanık dinleterek) ispat olunabilir.

— *Yapıldıkları andaki miktar veya değerleri HUMK. m. 288'de öngörülen sınırı aşan hukukî işlemler:*

= İlke olarak, bunlar da geçerlilik şartı olarak bir şekle bağlı değildir (BK. m. 11/I). Fakat, HUMK. m. 288/I 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/I uyarınca ispatları 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 gerçekten yapılmış olduğunu, karşı tarafın *ikrarı* veya *yemin* yolu ile ispat ederek geçersizliği bertaraf etmek mümkün değildir. Oysa, şekil sadece bir ispat şartından ibaretse, senet düzenlenmemiş olmasına rağmen, ikrar veya yemin gibi başka yollardan işlemin ispat edilmesine bir engel yoktur[9].

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 mümkündür[10]. Ne var ki, bizde, HUMK. m. 288'de öngörülmüş tutarı aşan işlemlerde ispat açısından senet ibraz etmek mecburiyeti karşısında, ancak HUMK. m. 294'den yararlanarak şahitle ispat yolunu açmak kabil olabilecektir[11]. Yalnız, karşı taraf işlemin yapıldığını ikrar ederse, ispat şartı olarak senet ibraz etmek mecburiyeti kalkacağından, işlemin geçerlilik şekline uyularak yapılmış olduğu ve (bu husus sâbit 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. Erl. zu Art. 12-15, N. 36).

11) **Üstündağ**, s. 649.

bb. İlişkiler

aaa. Birinci ilke

Kanunda geçerlilik şartı olarak öngörülen şekle uyularak düzenlenen senetler, aynı zamanda ispat şartını da yerine getirmiş sayılır. Başka bir ifade ile, *geçerlilik şartı olan şekli gerçekleştirmiş her senet, aynı zamanda Usul Hukuku anlamında ispat vasıtası olan bir senettir.* Bu ilkenin gerekçelerini anlamak zor değildir. Geçerlilik şartı olarak öngörülen şeklin amaçlarından biri de ispatı kolaylaştırmak olduğuna göre, geçerlilik şartını yerine getiren tarafların, 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 kanunî delillerin yardımı 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 davranmış olması asıldır[12]. 9

bbb. İkinci ilke

Yukarıdaki ilkenin tersi geçerli değildir, yani *kanunun ispat şartı olan senetler için yeterli gördüğü şekil şartlarının gerçekleşmiş bulunması, mutlaka bu senedin geçerlilik şartı olan şekli de gerçekleştirmiş bulunduğu*

12) Borçlar Hukukunda, âdi 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). Oysa, Usul Hukuku öğretisinde bir görüş (**Kuru**, II, s. 2075 ve orada yollama yapılan **Belgesay**), 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanuna dayanarak (kanunun yürürlük tarihi olan 3.11.1928 tarihinden sonra düzenlenmiş) Arap harfleriyle yazılı senetlerin kesin delil niteliğinde bir senet olarak kabul edilemeyeceği, bunların olsa olsa bir yazılı delil başlangıcı oluşturabileceği kanısındadır. Hukukî durum gerçekten böyle ise, yukarıda belirtilen ilkenin bir istisnası ile karşılaştığımız söylenebilecektir, zira geçerlilik şeklini yerine getiren bir senet, bu görüşe göre ispat şartı ile ilgili şekli yerine getirmemiş sayılacaktır. Derhal belirtelim ki, bu görüşe katılmak imkânını göremiyoruz. 1353 sayılı kanunun hiçbir yerinde eski yazı ile yazılmış senetlerin geçerlilik veya ispat yönünden hüküm doğurmasını önleyecek bir açıklık yoktur. Tam tersine kanunun incelenmesinden, Türk harflerini kullanma mecburiyetinin Özel Hukukta sonuç doğurmayan, sadece cezaî ve inzibatî 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 tahvilât ve pul ve sair kıymetli evrak ile hukukî mahiyeti haiz bilcümle eski vesikalar değiştirilmedikleri müddetçe muteberdirler" 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 harflerle düzenlenecek senetlerin, hukuken (geçerlilik veya ispat yönünden) bir değer taşımayacağı sonucu çıkarılamaz (Ayrıca bkz. aşağıda § 26, not 8).

anlamını taşımaz. Geçerlilik şartına ilişkin kanun hükümleri, daha başka veya daha farklı unsurların bulunmasını aramış olabilir. Örneğin, kefilin, "Borçlu (B)'nin, alacaklı (A)'ya karşı mevcut şu borcu 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 "azamî sorumluluk miktarı" senette yer almıyor), Borçlar Hukuku açısından geçersizdir (Ayrıca bkz. aşağıda § 26, N. 15'de "HUMK. m. 297" ile ilgili olarak yapılan açıklamalar).

3. Kullanılan vasıtalara göre

10 En başta *sözlü şekil* ile *yazılı şekli* birbirinden ayırmak yerinde olur. Yazılı şekil de iki farklı biçimde karşımıza çıkabilir: Resmî yazılı şekil ve âdi yazılı şekil.

a. Sözlü şekil

Modern Hukukta hemen hemen hiç rastlanmayan bu şekil türü için iki örnek verebiliriz:

— Aile Hukukunda, evlenme, merasimli bir sözlü şekle bağlanmıştır (MK. m. 141-142).

— Miras Hukukunda, sözlü vasiyetname (MK. m. 539-540)[12a], sadece ilk aşamasında sözlü olan bir hukukî 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 mecburiyetinin[13] bulunmamasında kendini göstermektedir.

b. Adî yazılı şekil

Borçlar Kanunu, m. 12 vd. sadece bu şekli düzenlemiştir. Burada, resmî bir memura başvurmaksızın, ilgililerin düzenlediği bir senedin imzalanması ile bu şekil gerçekleşmektedir.

c. Resmî yazılı şekil veya kısaca resmî şekil

Bu şekil, kanun tarafından hukukî işlemlere resmiyet verme hususunda kendisine görev ve yetki verilmiş resmî memurlar tarafından, yine kanunlarda öngörülen usul ve esaslara göre gerçekleştirilen şekildir. İsviçre'de,

---

12a) Yeni Medenî Kanunda kullanılan "sözlü vasiyet" deyimini yerinde bulmuyoruz.

13) **Honsell**, Römisches Recht, 2. A., Berlin, Heidelberg, 1992, s. 31, 104.

resmî şeklin düzenlenmesi tamamen kanton mevzuatına bırakıldığı için, Borçlar Kanununun şekli düzenleyen hükümleri (BK. 12 vd.), yukarıda belirtildiği gibi sadece âdi yazılı şekle ilişkin bulunmaktadır. Resmî şeklin kimin tarafından ve nasıl gerçekleştirileceği hususunda Türkiye'de en başta bakılacak kanun, 18.1.1972 tarih ve 1512 sayılı Noterlik Kanunudur. Medenî Hukuk açısından çok önemli bir başka kaynak ise, Tapu Kanunu m. 26 hükmüdür.

4. Sözleşmelerde şekle bağlanması gerekli irade beyanlarına göre

Bu açıdan, her iki tarafın irade beyanı da şekle bağlanmak gerekiyorsa *iki taraflı* şekilden; şekil, taraflardan sadece birinin irade beyanı için gerekli görülmüşse *bir taraflı* şekilden söz açılır. 11

§ 26. Kanundan Doğan Bir Şekil Olarak Âdi Yazılı Şekil

Adi yazılı şeklin gerçekleşmesi açısından, senedin metni ile altındaki imzayı ayrı ayrı ele almak gerekir. 1

I. Metin

Senedin metni tarafların hukukî sonuç iradesini yansıtır. Bunun kimin tarafından ve neyle (kurşun kalemle, mürekkeple, tükenmez kalem ile, daktilo makinesi vs.) yazıldığı önemli değildir.

Bu kuralın önemli bir istisnasına el yazısı ile vasiyetnamede rastlanıyor ki, orada, vasiyetname metninin dahi, yıl, ay ve gün gösterilmek suretiyle düzenleme tarihi de belirtilerek, baştan aşağı vasiyetçinin bizzat kendi el yazısı ile yazılmış olması şart koşulmuş bulunuyor (MK. m. 538/I)[1]. Bu, âdi yazılı şekildeki şekil şartının kanun tarafından ağırlaştırıldığı bir nitelikli yazılı şekil örneğidir. Diğer bir nitelikli yazılı şekil örneği olarak, kefalet sözleşmesi gösterilebilir (BK. m. 484). Gerçi, bu halde, metnin kefilin el yazısı ile yazılmış olması şart değildir. Fakat senet metninde, kefilin sorumlu olacağı azamî miktarın gösterilmesi mecburiyeti, burada da, şekli nitelikli bir yazılı şekil olarak görmemize yol açmaktadır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun m. 6/VI 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- 2

1) Âdi yazılı şekilde vasiyetnamede şekil şartının yumuşatılmasına ilişkin İsviçre Federal Mahkemesinin 20.3.1990 tarihli kararı (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/I hükmünü karşılayan İsviçre MK. m. 505 de 23.6.1995 tarihli kanunla değişikliğe uğramıştır.

yah harflerle düzenlenmiş bulunmalıdır[1a]. 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 tutarı" ve "ödeme planı" gösterilmemişse (TKHK. m. 6/A II, e, f), bunun (hangi çeşit bir hükümsüzlüğün söz konusu olacağı hususunda görüş birliği bulunmamakla birlikte) sözleşmenin geçersizliğine yol açacağını ileri süren görüşe[2] şu bakımdan katılamıyoruz ki, bizzat kanun (TKHK. m. 6/VI), *"sözleşmede bulunması gereken şartlardan bir veya birkaçının bulunmaması durumunda eksiklik sözleşmenin geçerliliğini etkilemez"* demektedir[3]. Aynı hükme göre, *"Bu eksiklik satıcı veya sağlayıcı tarafından derhal giderilir"*. Ne var ki, satıcı veya sağlayıcı eksiklikleri derhal tamamlamadığı takdirde ne yapılacağı belli değildir. Bunun gibi, eksiklikleri telâfi etmek üzere satıcı veya sağlayıcı tarafından sonradan bir taraflı olarak hazırlanıp sunulan hükümler[4], tüketici tarafından uygun görülmeyebilir 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 kanunî düzenlemeden[5] yararlanarak[6] şu şekilde doldurmak yerinde olur: Sözleşmedeki eksiklikler satıcı veya sağlayıcı tarafından tamamlanmadığı sürece, tüketici herhangi bir sorumluluk altına girmeksizin sözleşmeyi geriye yürür biçimde hükümsüz hale getiren bir geri alma (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/I 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 kanununun emrettiği puntolar ve koyu siyah harfler kullanılarak yazılmamış olması da sözleşmenin geçersizliğine yol açmaz. Bu durumda, olsa olsa, bir para cezası (TKHK. m. 25/II) söz konusu olur[7]. 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 şartlarının 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 hatta 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/I).

2) **Zevkliler/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 noktaları üzerinde bir uyuşma olmamışsa (örneğin satılan mal belirli veya belirlenebilir olarak tespit edilmiş değildir) sözleşmenin hiç 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.

alfabeye göre de yazılmış olabilir[8]. Metni taraflardan birinin veya üçüncü bir kişinin kaleme almış olması önem taşımaz.

Yazılı şeklin en önemli özelliği, şekle bağlı beyanın bu yoldan cisim olarak sürekli ve dayanıklı bir temele bağlanmış olmasıdır. Ses kayıt cihazı bantlarına (teyp bantlarına) yapılan kayıtlar, beyanı zaptetmekle birlikte, hukukî anlamda bir senet oluşturmazlar. Bunlar esasen beyanda bulunanın el yazısı ile imzasını içermediklerinden, hiçbir şekilde yazılı şekil şartını gerçekleştirmiş değildir. Bunun gibi computer disklerine yüklenip saklanan beyanlar dahi, sonradan bunların *printer* (bilgisayar yazıcısı) vasıtasıyla yazılı biçime dönüştürülmesi imkânı bulunmasına rağmen, başlangıçta yazılı olmadıkları 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 ilâve ederek ona geçerlilik kazandırmasına bir engel yoktur[9]. 4

Metinde, sözleşme ile ilgili hangi noktaların şekle bağlanarak yer alması gerektiği, bir başka deyimle şeklin kapsamına nelerin girdiği son derece tartışmalı bir konudur[10]. Bugün hâkim olan görüş, sadece objektif açıdan esaslı olan noktaların şekle bağlanması ile yetinmiyor 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 sınırlama getiriliyor. Federal Mahkemenin de esas itibariyle benimsediği bu görüşe göre, sadece *sözleşmenin normal hukukî çerçevesine dahil olan*, nitelikleri gereği doğrudan doğruya o tip bir sözleşmenin içeriğine ilişkin bulunan hususların şekle bağlı metinde yer alması yeterli sayılıyor[11]. 5

8) **Feyzioğlu**, I, s. 316; **Eren**, s. 245; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 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**, II, s. 2075) katılamıyoruz. Bu yaptırım anılan yasaklayıcı hükmün anlam ve amacı ile uyumlu değildir (Bkz. § 25, not 12 ve § 42, N. 21 vd.).

9) **Schmidlin**, Allg. Erl. zu Art. 12-15, N. 4; **Eren**, s. 245; **Schönenberger/Jäggi**, Art. 13, N. 6.

10) İsviçre'de ileri sürülmüş çeşitli görüşlerin bir panoraması için bkz. **Merz**, Vertrag, N. 335 vd. Ayrıca krş. **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 536 vd.

11) Burada en genel biçimi ile nakletmekle yetindiğimiz bu düşüncenin ayrıntıları için bkz. **Tandoğan**, I/1, s. 228-232; **Schwenzer**, 4.A., N. 31.23; BGE 113.II.402.

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. *İkinci amaç* ise, imzanın beyan iradesini açığa vurmasının sonucu, metnin imza sahibi tarafından kabul edildiğini tespit etmektir[12]. Bir sözleşmede, yazılı sözleşme metnini *kimin* imzalaması gerektiği BK. m. 14/I tarafından belli edilmiştir. Buna göre, o sözleşme ile *borç altına giren* 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 *tasarruf işlemlerinde* de uygulanır ve yalnız sözleşme ile hakkı üzerinde tasarrufta bulunanın (örneğin bir alacağın temliki sözleşmesinde sadece temlik edenin) imzası yeterli görülür. Burada da, diğer tarafın irade beyanının ne şekilde açığa vurulduğu önemli değildir[13].

Beyan sahibi yerine, onun yetkili *temsilcisi* de, kendi adı ile fakat beyan sahibi adına hareket ettiğini belirterek imza atabilir.

> Özellikle Alman Hukukunda rastlanan, fakat İsviçrede de iş hayatındaki âdetler 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 mümkündür[14]. Bu şekilde imza edilmiş bir senet (İsviçre Hukukunda da savunulan bir görüş çerçevesinde) Türk Hukuku açısından geçerli sayılamaz[15].

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde her iki tarafın imzasının da aynı nüsha üzerinde yer alması şart değildir. Uygulamada, bu gibi durumlarda sözleşme metni iki nüsha olarak hazırlanır ve taraflardan her biri kendi önündeki metni imzalayıp diğer tarafa verir ki, şekil şartının gerçekleşmesi bakımından bu da yeterlidir.

---

12) **Schönenberger/Jäggi**, Art. 13, N. 22, 20; Art. 14-15, N. 6.

13) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 506.

14) Bkz. **Schönenberger/Jäggi**, Art. 13, N. 32 – Alman Hukukunda bu uygulamayı geçerli sayan Alman İmparatorluk Mahkemesi kararının ve doktrindeki hâkim 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/Altop**, s. 114.

İmza senedin sonunda, metnin altında, onu bütünü ile himayesi altına alacak biçimde atılmış olmalıdır. Senet imza edildikten sonra imzanın altına yazılan hususlar, senedin şekle bağlanmak gereken içeriğine dahil iseler geçerli sayılamazlar. Metinde sonradan yapılan değişiklik, ilâve ve çıkarmaların geçerli olabilmesi için bunların ayrıca imzalanmış olması gerekir. 7

İmza, normal olarak, öz ad ve soyadı okunaklı biçimde yazılarak atılır[16]. Ne var ki, özellikle Türkiye'deki uygulamada bu şekilde atılmış imzalara pek seyrek rastlanır. Karşımıza çıkan imzaların birçoğu paraf biçimindedir, yani imzanın 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 olunmaktadır[17]. Buna karşı, çok defa sadece adın baş harflerinden ibaret kalan (veya imzanın kısaltılmış biçimi olarak tanımlanabilecek) parafların, imza şartını yerine getirmiş sayılabilip 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 imzanın yerini tutamaz[18].

— Türk Hukukunda hayli yaygın olan ve diğer bazı İsviçreli yazarlarca benimsenen[19], Alman Federal Mahkemesinin kararlarına da[20] 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 açık biçimde içermesi zorunlu olmayan) paraf biçimindeki imza, alelâde bir el işaretinden ibaret kalmayıp, sahibinin teşhisine imkân verebilecek ölçüde şekillenmiş ise ve herhalde metni kabul edip yürürlüğe koyma iradesini yeterince yansıtıyorsa, BK. m. 14/I'in aradığı el yazısı ile imza şartına gerçekleşmiş gözüyle bakılacaktır[20a].

Alman Federal Mahkemesi, yukarıdaki açıklamalara paralel biçimde, parafın bireysel bir karakter taşıması üzerinde durmakta ve bundan onun, diğer imzalardan ayırt edilmesine imkân 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 m. 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, II, 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; **Feyzioğlu**, 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**, II, s. 2080, not 26a).

8 Boş bir kağıdın altının imzalanıp (beyaza imza) karşı tarafa verilmesi de şekil yönünden geçerlidir. Esas yönünden karşımıza çıkacak problemler daha sonra "Hata" bahsinde incelenecektir.

9 Borçlar Kanunu (m. 13/II) aksi kanunda yazılı olmadıkça, imzalı bir *mektubun* veya PTT idaresine tevdi edilmiş *aslı borçlu tarafından imzalanmış bir telgrafnamenin* de yazılı şekil şartını yerine getirdiğini kabul etmiştir[21].

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 durumundaki koca yan odaya geçmiş ve bir silâh 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 dâva 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 fiilî 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 hukukî bir değer kazanmamıştır[22]. 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 belirtilmektedir[23].

11 El yazısı ile imza kuralının *istisnası* BK. m. 14/II'de belirtilmiştir. Buna göre, mekanik biçimde (kanundaki deyim ile "bir âlet 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/I 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 (Göndermeden ne anlaşılacağı orada daha ayrıntılı olarak açıklanmıştır).

imza ancak iş hayatında yerleşmiş âdetlere uygun düştüğü ve özellikle tedavüle çıkarılan çok sayıda kıymetli evrakın (örneğin bir anonim şirketin piyasaya sürülen binlerce pay senedinin) imzası söz konusu olduğu zaman geçerli olur. Ticaret Kanunumuz (m. 668, 690, 730) ticarî senetlerde (poliçe, bono, çek) mekanik yoldan imzaya izin vermemiştir.

b. Âmâların imzası (BK. 14/III)

Her iki gözü kör olan kimselerin, okumak imkânına sahip olmadıkları 12
bir metni imzalamaları onlar için büyük tehlike arz eder. Bunu göz önünde tutan kanun, âmâların imzalarının ancak aşağıdaki iki yoldan biri ile geçerli sayılabileceğini kabul etmiştir:

— *Birinci imkân*, âmâ tarafından atılan imzanın "usulen 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. 91). Oysa, iki gözü kör bir kimse için asıl tehlike, kendisine imzaladığını sandığı metinden başka bir metnin imzalatılmasıdır. Bunun önlenmesi ise, resmî memurun ona imzaladığı metnin içeriği hakkında bilgi vermesi ile olur. BK. m. 14/III, resmi memurun metin hakkında âmâyı aydınlatmış olmasına ilişkin bir açıklık içermemekte, böyle bir kaydın herşeye rağmen tasdik şerhine eklenmesini arayan görüş azınlıkta kalmakta[24], bu şekliyle de, incelediğimiz birinci imkân âmâları 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 imkânı vardır. Anılan madde şöyledir:

İlgilinin[25] okuma ve yazma imkânına sahip olmaması

Madde 87- İlgili okuma ve yazma imkânına sahip değilse, hazır bulundurulacak iki tanık huzurunda maksadını notere beyan eder. Noter, bu beyanı yazdıktan sonra tutanak okunur. Ancak, işlemin tanık huzurunda yapılmasını emreden diğer kanunların hükümleri saklıdır.

---

24) Bu düşüncede: **Becker**, Art. 15 N.9. Hâkim görüş için bkz. **Schönenberger/Jäggi**, 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). Krş. **Ulukapı/Atalı**, Noterlik Hukuku, Konya 1994, s. 142.

İlgili ve tanıklar, beyanın aynen yazıldığını ifade ettikten 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 maddede düzenlenen husus ilgilinin okuma iktidarından yoksun bulunmasıdır. Onun yazma, yani metni imzalama iktidarından yoksun bulunması halinde nasıl hareket edileceği, aşağıda göreceğimiz gibi gerçekte bu maddede değil, Noterlik K. m. 75 hükmünde düzenlenmiş bulunmaktadır. "Yazma" deyimiyle sadece imza atma iktidarının kastedilmiş olduğu ise pek açıktır: Noterde düzenleme biçiminde yapılan işlemlerde metin zaten bizzat noter tarafından hazırlanacağı için, bu aşamada ilgilinin yazma iktidarına sahip olup olmamasının hiç önemi yoktur. Onaylama yoluyla yapılan işlemlerde de metni kimin hazırlayıp yazdığı önemli olmadığından varılacak sonuç bundan farklı değildir. Esasen 87. maddenin metni de *sadece okuma iktidarı olmayanların* durumunun düzenlendiğini 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 okumayı bilmemesi buraya girer, fakat onun okumayı öğrenmiş olsa bile, gözleri görmediği için metinleri okuyabilecek durumda olmaması da hiç kuşkusuz bu kavramın kapsamı içinde yer alır.

Bütün bunlar gösteriyor ki, işlemin noter huzurunda "düzenleme" yoluyla resmiyete bağlanması imkânına başvurulduğu (yani âdi yazılı şeklin tamamen kapsamı dışına çıkıldığı) takdirde, âmâların isteklerini iki tanık önünde notere beyan etmelerinden sonra, noterin hazırladığı tutanağın tanıklar huzurunda ilgiliye okunması ve onların (yani hem ilgilinin hem de tanıkların) beyanın aynen yazılmış olduğunu ifade etmeleri üzerine, bu hususun da tutanağa geçirilerek tüm sözü geçen kişilerin imzasının alınması yukarıda belirtilen endişeleri gidermeye elverişli bir sistem oluşturur.

— *İkinci imkân*, notere imza tasdiki yaptırılmamış metnin âmâ tarafından bilindiğinin karşı tarafça ispat edilmesidir. Hiç kuşkusuz, âmâ imzasını kabul ederse, bu ispat külfeti yerine getirilmiş olur[26].

14 BK. m. 14/III'deki şartlar yerine getirilmeden âmâ tarafından imzalanan senetlere uygulanacak yaptırım bakımından büyük görüş ayrılıkları vardır. Bunun sebebi, bizde de, tıpkı İsviçre'de olduğu gibi, BK. m.

26) **Schönenberger/Jäggi**, Art. 14-15,N.24; **Schmidlin**, 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. 11/II'ye göre "sahih olmaz," BK. m. 14/III'e göre "onları ilzam etmez"). Biz, bu ifade farkından bir sonuç çıkarmanın yerinde olmadığı ve burada da şekil noksanı için BK. m. 11/II'de öngörülen yaptırım ne ise (aşağıda görüleceği üzere, halen uygulamada hâkim olan görüşe göre "kesin hükümsüzlük") onu esas almanın yerinde olacağı kanısındayız[27].

5378 sayılı "Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde 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, âmâların (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 hukukî durumun ne olduğu konusunda görüş ayrılıklarına yol açmıştır:

— Bir görüşe göre, artık görme özürlü bir kişinin âdi yazılı şekle tâbi bir işlemi diğer herhangi bir kişi gibi tek başına gerçekleştirmesi mümkündür. Şu var ki, BK. m. 14/III'ün yürürlükten kaldırılmış olması, onun dilerse, örneğin kendi yakınlarından birisinin tanıklık yapmasını veya işlem metnini kendisine okumasını istemesi gibi tedbirlere başvurmasına bir engel oluşturmaz. Şu halde, BK. m. 14/III'ün yürürlükten kaldırılması, gerçekte, görme özürlü kişiye bir seçim hakkı sağlamıştır. O, dilerse, (yukarıdaki örneklerde olduğu gibi) güvendiği bir yakınını yardıma çağırmak suretiyle bazı güvenlik tedbirleri alabilecek, dilerse tek başına hareket edebilecektir[27a].

— İkinci görüş bundan çok farklıdır. Buna göre, âmâların notere başvurmaksızın işlem yapmalarına izin veren BK. m. 14/III'ün yürürlükten kaldırılması sonucu artık onların (görme engellilerin) âdi yazılı şekilde bir sözleşme yapmalarına imkân kalmamıştır. Bu gibi kişilerin geçerli bir sözleşme yapabilmek için notere başvurarak resmî şekilde bir işlem yapmaları bundan böyle bir zorunluluk haline gelmiştir[27b]. + 2 tanık

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 Medenî 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, zayıfların güçlülere karşı korunmasını ön plânda tutan bir sosyal hukuk devletinde (Anayasa, m. 2), ikinci görüşe üstünlük tanımak gerekir. Aksi halde, tek başına hareket eden veya o şekilde hareket etmesi sağlanan bir âmâya, görüp anlamadığı bir metni imza ettirmek işten bile değildir. Birinci görüş kabul edilirse, BK. m. 14/III hükmü yürürlükten kaldırıldığına göre, bu metnin âmâ tarafından bilinmediği, dolayısıyla kendi gerçek iradesini yansıtmadığı hususunda ispat yükü (BK. m. 14/III'de öngörülen çözümün tersine (âmâya 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 imza *tek başına* bu fonksiyonu yerine getirme gücünden yoksundur. İspat yüküne yer değiştirtmek suretiyle bu probleme pratik bir çözüm getiren BK. m. 14/III hükmü yürürlükten kaldırılınca, görme özürlülerin notere başvurmaksızın âdi yazılı şekilde bir senede atacakları imzaya dayanarak, onların imza üstündeki metni öğrenip benimsedikleri sonucuna varılamaz[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 tanık huzurunda yapılması zorunluydu. Yeni metin, ancak ilgili (özürlü) bu yolda bir istekte bulunursa, iki tanığın işlemde hazır bulunmasını öngörmektedir. Şu halde, böyle bir istekte bulunmamış olan âmânın, tanıklar bulunmaksızın, noter huzurunda geçerli olarak işlem yapmasına bir engel kalmamıştır[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 "Amâların el yazısı ile imzalarının usulen tasdik edilmiş olması lâzımdır". Yukarıda BK. m. 14/III'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 Medenî 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 imza atılmış veya imza yerine geçen el işareti yapılmış olmasına rağmen, ilgisi ister veya adına işlem yapılan ve imza atabilen görme özürlüler hariç olmak üzere noter, işlemin niteliği, imzayı atan veya el işaretini yapan şahsın durumu ve kimliği bakımından gerekli görürse, yukarıdaki fıkradaki usul dairesinde ilgili, tanık, tercüman veya bilirkişinin parmağı da bastırılır. Mühür kullanılması halinde parmağın da bastırılması zorunludur."

Maddeden anlaşılacağı gibi, bu hüküm, eski metinden farklı olarak, sadece imza atamayan görme özürlüler hakkında uygulanacaktır[27e].

c. İmza atma iktidarından yoksun kişilerin durumu

Okuma yazma bilmemek, bedenî sakatlık vs. gibi sebeplerden ötürü *imza atma iktidarından yoksun* bulunan kişilerin durumu BK. m. 15'de düzenlenmiştir. Bu durumdaki kimseler, aşağıdaki iki yoldan birine başvurabilir: 15

— *Birinci imkân: El ile yapılmış ve usulüne göre onaylanmış bir işaret kullanılması.* Burada, tıpkı imza gibi, el ile gerçekleştirilecek ve bu şekilde beyan sahibinin kişisel özelliğini yansıtacak herhangi bir işaret söz konusudur. Her olayda aynı işareti kullanmak mecburiyeti de yoktur[28]. Ülkemizde sık sık rastlanan bir yol olarak imza yerine mühür basılması, ortada "el ile yapılmış bir işaret" bulunmadığından, BK. m. 15'in kapsamına girmez. Ne var ki, BK. m. 15'e göre, sadece el ile yapılmış bir işaret yetmemekte, ayrıca bu işaretin onaylanmış (tasdik edilmiş) olması aranmaktadır. Bu onaylamayı gerçekleştirecek merci, Noterlik K. m. 93 ve m. 75 uyarınca noterdir. Yine Noterlik K. m. 75'e göre, ülkemizde yerleşmiş uygulamaya uygun biçimde, *parmak izi* de el ile yapılan işaretle bir tutulur, hatta *mühür* kullanılması dahi caizdir. Yalnız, Noterlik Kanunu gereği (m. 75/II, c. 2), *"Mühür kullanılması halinde parmağın da bastırılması zorunludur."* Böylece, sadece "mühür" BK. m. 15'in aradığı şekil şartını gerçekleştirmeye yetmediği halde, Noterlik Kanunu hükümlerince mühür kullanan kimsenin zorunlu olarak parmağı da bastırılacağı, parmak izi ise BK. m. 15'de sözü edilen "el ile yapılmış işaret" kavramı ile bir tutulduğu için, sonuç itibarıyla mühürlü senetler de 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 görmeyen 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) Âmâların imzalarının geçerliliğine ilişkin hükmün son durumu için kitabın arkasında yer alan "Türk Borçlar Kanunu'nda ve Diğer Kanunlarda Yapılan Değişiklikler" kısmına bakılmalıdır.

28) **Schönenberger/Jäggi**, Art. 14-15, N. 25; **Schmidlin**, Art. 14-15, N. 25; **Eren**, s. 250.

Bu imkân açısından aydınlığa kavuşturulması gereken bir mesele de, *BK. m. 15 hükmü ile HUMK. m. 297 hükmü arasındaki ilişkidir*. Gerçekten, Usul Kanunumuz (HUMK) 297. maddesinde şu hükmü kabul etmiştir:

"Bundan başka imza vaz'ına muktedir olamıyan veya yazı bilmeyen şahsın heyeti 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 Borçlar Kanunundan sonra yürürlüğe girmiş olmasına dayanarak, BK. m. 15'de sözü edilen "tasdik"in ne şekilde gerçekleşeceğinin HUMK. m. 297 tarafından gösterildiğini, böylece noter tarafından yapılabilecek tasdik yanında yeni bir imkânın yaratıldığını kabul etmektedir[29]. Bu düşünce aşağıdaki sebeplerden ötürü yerinde değildir:

— Bir defa, hiç gözden uzak tutmamak gerekir ki, bir sözleşmenin geçerliliğine ilişkin şartlar, Medeni Kanun, Borçlar Kanunu, Ticaret Kanunu gibi maddî hukuka (esasa) ait kanunlarda düzenlenir. Şu halde, geçerlilik şartı olan yazılı şeklin ne vakit ve nasıl gerçekleşeceği hususunda kurallar koymak Usul Kanunlarının yetki alanı dışında kalır[30]. Usule ilişkin bir kanun, 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 içtihatları[30a] karşısında, HUMK. m. 297'de öngörülen tasdiki, BK. m. 15'de sözü edilen tasdik ile bir tutmak imkânı kalmamıştır. Kaldı ki, Yargıtay içtihatlarına göre, HUMK. m. 297'ye göre tasdik edilmemiş bir senetteki mühür veya parmak izi borçlu tarafından ikrar 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 sayılmaktadır[31]. 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. Usülde 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'nun 297. maddesinin mühürlü parmak izli ve işaretli belgelerin düzenleme şekli ve şartları konusunda öngördüğü kural, bir geçerlik şekli olmayıp ispat şekline ilişkindir." (Bu kararlar için bkz. **Kuru**, cilt II, s. 2142, 2139).

31) Bkz. **Kuru**, cilt II, s. 2139 vd. ve orada anılan Yargıtay kararları.

— Nihayet, amaca uygunluk bakımından da, noterler gibi hukuk formasyonuna sahip olması (Noterlik K. m. 7) gerekmeyen, hatta uygulamada rastlandığı üzere bizzat kendisi okuma yazma bilmeyen ihtiyar heyeti mensuplarına[32] ve yine kendileri için okuma yazma bilme zorunluluğu öngörülmemiş "mahallinde maruf (herkesçe tanınan) iki şahsa", geçerlilik şartı olan şekli gerçekleştirme yetkisinin bırakılması yerinde görülemez.

Bütün bu açıklamalardan sonra varılacak sonuç şudur: *HUMK. m. 297'nin öngördüğü imkân sadece ispat şartı olarak düzenlenen senetler için geçerlidir.* Kanundan doğan bir geçerlilik şartı olarak senet düzenlenmesi gerekiyorsa, BK. m. 15'de öngörülen "tasdik" şartını gerçekleştirecek olan merci ilke olarak noterdir. Buna rağmen, sadece HUMK. m. 297'de öngörülen onaylama ile yetinilmişse, bu senet işlemin yapıldığını ispat eder fakat ona geçerlilik kazandıramaz.

— *İkinci imkân: Resmî senetleme (kanundaki yanlış çeviriye göre "resmî şahadetname").*

BK. m. 15, çok kötü ve yanlış bir çeviri sonucu, imza atma iktidarından 16
yoksun kişinin "resmî bir şahadetname kullanmaya mezun" olduğundan bahsediyor ve bu yoldan, anılan kişinin, *eline verilecek resmi bir belge ile* dilediği zaman, imza atmaksızın senet düzenleyebileceği sanısını uyandırıyor. Oysa durum böyle değildir. İsviçre Borçlar Kanununun 15. maddesinin Almanca metnine göre, burada söz konusu olan "resmî senetleme"dir[33]. Bununla kastedilen şudur: İlgili kişi, resmî memura (notere) başvuracak ve ondan (Noterlik K. m. 84 anlamında "düzenleme biçiminde") resmî bir senet düzenlemesini isteyecektir. Bu senette şu iki unsurun mutlaka yer alması icap edecektir[34]:

= İlgilinin, senette yer alan hususların iradesine uygun olduğu hususunda resmî memura sözlü beyanda bulunduğu hakkında bir kayıt;

= Onun imza atma iktidarından yoksun bulunduğunun noter tarafından tespit edildiğini gösterir bir kayıt.

---

32) **Kuru**'nun, 4541 sayılı kanun m. 8/5 ve Köy Kanunu m. 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 kullanmaktadırlar. 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 "resmî tasdik" (attestation authentique") deyimi de çok başarılı değildir.

34) **Schönenberger/Jäggi**, Art. 14-15, N. 27; **Schmidlin**, Art. 15, N. 27.

17 Buna paralel imzasız bir resmî senetleme imkânı, Miras Hukukunda, resmî vasiyetnamelerde (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 yazma iktidarından yoksun bulunanlar için başvurulabilecek tek imkânı oluşturan bu vasiyetname tipinde, vasiyetname metni şahitler huzurunda bizzat resmî memur tarafından tasarrufa ehil gördükleri vasiyetçiye okunmakta; o, okunan metnin son arzularına uyduğunu beyan etmekte ve şahitler verecekleri şerhte, gerek vasiyetnamenin bizzat resmî memur tarafından vasiyetçiye kendi huzurlarında okunduğunu, gerekse vasiyetçinin yine kendi önlerinde yaptığı beyanı ayrıca belirtmektedirler[35]. İsviçre Federal Mahkemesine göre, BK. m. 15 ile MK. m. 535 (eski m. 482) arasında genel hüküm-özel hüküm ilişkisi vardır[36].

18 İsviçre'de hâkim olan görüşe göre, buradaki resmi senetlemenin ne şekilde gerçekleşeceği hususunda kantonların noterlik mevzuatına bakmak gerekir. Bazı kantonların Noterlik Kanunlarında ise, ilgilinin ilâve olarak bir de el işareti koyması öngörülmüştür ve öğretiye göre, zorunlu olmasa bile, bu şekilde hareket edilmesine bir engel yoktur[37].

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 resmî senetleme'nin (kanuna göre "resmî şahadetname"), HUMK. m. 297 hükmü ile yürürlükten kaldırıldığı sonucuna varmıştır[38]. Bu görüşe katılmak imkânı 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'nin metninde, BK. m. 15'in bu şekilde değiştirildiğini gösteren (açık veya örtülü) hiçbir ifade mevcut değildir[39].

---

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. bası, 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**, Kazaî ve İlmî 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 muktedir olmıyan ve yazı bilmeyen kimselerin noterden tasdik edilmiş bir belge ile bir işaret veya mühür 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 ifade, aslına uygun olarak "düzenleme biçiminde resmî senede bağlamak" şeklinde anlaşılsa bile, nasıl İsviçre'de resmî senetlere ilişkin düzenlemeler kanton mevzuatına bırakılmışsa, bizde de bunun resmî şekil konusunda genel kanun niteliğindeki Noterlik Kanununda öngörülüp düzenlenmiş olması gerekirdi. Oysa, BK. m. 15 anlamında "resmî senetleme"ye ilişkin herhangi bir hüküm Noterlik Kanununda yer almamaktadır (Aynı şey, Tapu Sicili Tüzüğü m. 18 hükmü için tekrar edilebilir). Noterlerin Noterlik Kanununun öngörmediği 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) resmî şahadatname kullanımına ilişkin alternatifin HUMK. m. 297 ile yürürlükten kaldırıldığına dair bir karar vardır. Bütün bu (işin esasına değil, fiilen uygulanma imkânına ilişkin) kötümser düşüncelerin hiç de iç açıcı olmayan pratik sonucu şu olacaktır: Resmî 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 parmakları olmadığı için, geçerliliği (âdî veya resmî) yazılı şekle bağlı işlemleri *bizzat* yapma imkânından 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 imkânlardan yararlanacak kişinin imza atma iktidarından yoksun bulunması şarttır. Bu şart gerçekte mevcut olmadığı halde BK. m. 15 hükmüne göre senet düzenlenmişse, yapılan işlem geçerli olur mu? Bir görüş, bu halde, yapılan işlemi geçersiz saydığı halde[40], diğer bir görüş tam aksi sonuca varmaktadır[41]. 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" deyimi 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 "ayaklarını" 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/Jäggi**, 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. Ayrıca, krş. **v. Tuhr/Peter**, § 30, not 52; **Becker**, Art. 13-15, N. 8.

lunan MK. m. 535'e (eski MK. m. 482) göre düzenlenen ve *imza atmak iktidarına* sahip vasiyetçinin imzasını taşımayan senetleri geçerli sayan bir hukuk sisteminde[42], ilgilinin el işaretinde resmi memurun tasdiki bulunduğu ve bu şekilde senette yer alan irade beyanının o kişi tarafından yapılıp yürürlüğe konulduğu resmen sâbit duruma geldiği halde, sırf imza atma iktidarı var iken bu yola başvurulmuş olunmasına dayanarak işlemi geçersiz saymak aşırı bir şekilcilik olmaktan öteye geçmez. Bu gibi durumlarda, ancak cezaî veya inzibatî nitelikte yaptırımlar söz konusu olmak gerekir.

21 BK. m. 15, *"Kambiyo poliçesine müteallik hükümler mahfuzdur"* demekte, TK. m. 668'den ise, poliçe, bono ve çeklerde BK. m. 15'deki imkânlardan yararlanma imkânı olmadığı anlaşılmaktadır[43].

TTK. m. 668/II, "El yazısı ile olan imza yerine ... resmi bir şahadetnâme kullanılamaz" diyerek, BK. m. 15'deki çeviri yanlışını tekrar etmektedir.

2. Elektronik İmza

22 Elektronik sözleşmelerde, el yazısıyla imza atmanın mümkün olmaması, geçerliliği yazılı şekle bağlı sözleşmelerin elektronik ortamda gerçekleşmesine imkân bırakmadığı gibi, Medenî Usul Hukuku anlamında ispat aracı olarak kullanılabilecek senetlerin düzenlenmesine de bir engel oluşturur. Bu engeli aşabilmek için, hayli yadırgatıcı bir deyimle "ıslak imza" diye adlandırılan[44] el yazısıyla imza yanında elektronik imzanın da, bir çok yabancı ülkede yapıldığı ve Avrupa Birliğinin 13.12.1999 tarih ve 1999/93 sayılı Yönergesinde[45] öngörüldüğü gibi, Türk Hukukuna da girmesi için çalışmalar 1988 yılında Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı tarafından başlatılmış ve sonunda 15.1.2004 tarih ve 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu 23.1.2004 tarihli Resmî Gazetede yayınlanmış[46] ve yayım tarihinden altı ay sonra 23.7.2004 günü yürürlük kazanmıştır[47].

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) Ayrıca bkz. **Karayalçın**, Ticaret Hukuku, III. Ticarî Senetler (Kambiyo Senetleri), 4. Baskı, Ankara 1970, s. 51.

44) Bkz. **Özdilek**, İnternet ve Hukuk, İstanbul 2002, s. 36.

45) Ayrıca yine Avrupa Birliğinin 8.6.2000 tarih ve 2000/31 sayılı Yönergesinde de bu konuda hüküm vardır. Bu Yönergelerin Fransızca ve Almanca metinleri için bkz. **Amstutz/Pichonnaz/Probst/Werro**, Droit privé européen, Directives choisies (Europäisches Privatrecht, Ausgewählte Richtlinien), Berne/Athènes, 2005, s. 499 vd., 532 vd.

46) RG 25355. Diğer taraftan 6.1.2005 tarih ve 25692 sayılı Resmî Gazete'de "Elektronik İmza Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" yayınlanmıştır. Bu konudaki mevzuatla ilgili daha geniş bilgi için bkz. **Orta**, Elektronik İmza ve Uygulaması, Ankara 2005, s. 78 vd.

47) Ayrıca bkz. **Sonsuzoğlu**, Elektronik İmza Kanunu, İlgili Düzenlemeler ve Bunların Vergi Hukuku Alanındaki Yansımaları, Yaklaşım, 2005, sayı 153, s. 33 vd.

elektronik imza > dijital imza

"Güvenli elektronik imza elle atılan imza ile aynı ispat gücünü haizdir".

Bu ifade tarzı yerinde değildir. Borçlar Kanunu ispat değil geçerlilik şekliyle ilgili bulunduğuna göre (EİK. m. 5/I hükmünde belirtildiği gibi) şöyle denmeliydi:

"Güvenli elektronik imza el ile atılan imza ile aynı hukukî sonuçları doğurur"[47a].

Aynı kanun, 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 sayılmasını öngörmüştür.

Uygulamada "elektronik imza" yerine çok defa "dijital (sayısal) imza" denmekte ve bu iki deyim eşanlamlı olarak kullanılmaktadır. Oysa gerçek durum böyle değildir. Elektronik imza deyimi dijital (sayısal) imzayı da içine alan üst kavramı belirtir. Elektronik imzanın içine, dijital imza yanında, örneğin "kişilerin biyometrik özelliklerine dayalı (ses, göz retinası taraması, parmak izi taraması gibi) biyometrik yöntemler gibi, kredi kartlarında kullanılan PİM" vs. gibi yöntemler de girer[48]. Şu halde, *her dijital (sayısal) imza elektronik imza olduğu halde, her elektronik imza dijital imza değildir*[49]. Ne var ki, Elektronik İmza Kanunu tamamen dijital teknolojiyi esas almakta ve elektronik imzanın dijital (sayısal) imza olarak adlandırılan türünü düzenlemektedir[50]. 23

Elektronik İmza Kanunu'nun düzenlediği elektronik (dijital) imza nedir? Bu sorunun en kolay anlaşılabilir ve kestirme cevabı şudur: Dijital (sayısal) imza anlamına gelmek üzere elektronik imza, "el yazısı ile atılan imzanın özellikle doğurduğu hukukî sonuçları elektronik belgeler açısından gerçekleştirmeye yarayan *şifreleme programlarına* verilen isimdir"[51]. Gö- 24

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 "elektronik" 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 noktası olmayan bir kavram ile karşı karşıyayız. Kanun (EİK. m. 3/b), elektronik imzayı şöyle tarif etmektedir: *"Başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veri"*. Öğretide verilen çeşitli tariflerden bir tanesine göre ise, dijital imza, başka bir dijital dokümana (yani bir verinin üzerine kaydedildiği, insan veya makine tarafından okunabilen veri taşıyıcıya) eklenmiş ya da mantıken ilişkilendirilmiş "bit"lerden (en küçük verilerden) oluşan ve alıcıya, gönderenin kimliğini ve mesajın iletişim sırasında değiştirilip değiştirilmediğini denetleme imkânını tanıyan bir çeşit mühür niteliğindeki seridir[52]. 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 tüm metotlara verilen genel bir isimdir"[53].

25 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;

a) Münhasıran imza sahibine bağlı olan,

b) Sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulan,

c) Nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğinin tespitini sağlayan,

d) İmzalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapılıp yapılmadığının tespitini sağlayan,

elektronik imzadır".

26 Dijital imza bakımından günümüzde en yaygın olan teknoloji "Açık Anahtar Sistemi" veya "Çifte Anahtar Sistemi" diye anılan sistemdir. Sadece bu teknolojiye bağlı olarak kaleme alınmamış olmakla birlikte, Elektronik İmza Kanununun da yer yer buna yollama yaptığı görülmektedir (EİK. m. 3/d, f)[54]. Bu sistemde *iki anahtar* kullanılmakta, bunlardan yalnız imza sahibi tarafından bilinen ve kimsenin öğrenmemesi için çok iyi muhafaza edilmesi gereken *gizli (özel) anahtar*, şifrelemek suretiyle imzanın oluştu-

---

gerçekleştirmeye çalışan *matematiksel formüllere veya şifreleme programlarına* verilen bir isimdir" (**Orta**, not 46'da age, s. 38).

52) Bu tanım için bkz. **Altınışık**, 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 imkân vermektedir[55].

Yukarıda sözü edilen çift anahtar sistemi "asimetrik anahtarlı şifreleme sistemi" olarak adlandırılır. Bunun karşısında, "simetrik anahtarlı 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 ister istemez her kullanıldığı işlemde, karşı tarafın şifreyi çözmesini mümkün kılmak için ona açıklamak zorunluluğu ortaya çıkar[56]. Gerçi asimetrik anahtar sisteminde de, herkesçe bilinebilen açık anahtarı kullanarak gizli anahtarla şifrelenmiş mesajı ele geçiren kişinin onu deşifre etmesi imkânı vardır. Bunu bertaraf etmek için "çapraz şifreleme" yöntemine başvurulur[57].

Anahtar denince bundan ne anlamak gerekecektir? Bir mesajın şifrelenmesi veya şifresinin çözülmesi matematiksel bir algoritmaya dayanır[58]. Şifreli mesaj, anahtar adı verilen ve ne kadar uzun olursa o kadar güvenli olan bir sayıya dayalı olarak üretilir. Aynı şey şifreli mesajın deşifre edilmesi (şifrenin çözülmesi) için de geçerlidir. Bu sebeple anahtarı, şifrelemenin temelinde yatan ve *kriptografi (şifrebilim) algoritmasınca kullanılan uzun sayı dizisi* olarak tanımlamak mümkündür[59]. Her ne kadar, açık ve gizli anahtarlar arasında matematiksel bir ilişki bulunsa da, bu anahtarlardan birine dayanarak diğerini elde etmek hemen hemen imkânsızdır[60]. 27

Karşı tarafa elektronik ortamda gönderilen asıl mesaj metninin şifrelenmesi mecburiyeti yoktur. Gönderen, bu metni genellikle şifrelemeksizin gönderir. Buna karşı, elektronik imza, asıl mesajı oluşturan elektronik metnin *hash* algoritmalarına dayalı matematiksel bir *özetinin (özünün)* çıkarılmasını ve "parmak izi" diye adlandırılan "hash (özet, öz) değerinin" hesaplanmasını gerektirir. Göndericinin gizli anahtarını kullanarak şifreleyeceği 28

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. 51; **Altınışık**, not 48'de age, s. 80. -Bu yazarlardan **Altınışık**, algoritma kavramını basitleştirerek şu şekilde açıklamaktadır: "Bir mesajı şifrelemek ya da deşifre etmek için matematiksel bir algoritma kullanılır. Algoritma matematiksel bir dönüştürmeyi (formül) ifade eder. Basit bir algoritmayı şu şekilde örneklendirebiliriz: "Harfleri alfabede kendinden sonra gelen üçüncü harfe dönüştür". Bu bir şifreleme algoritmasıdır. "Acil yardıma ihtiyacım var" şeklindeki bir mesaj şifrelendiğinde "çelo bçtgköç ljvlbçekö 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, *işte karşı tarafa asıl mesaja ek olarak gönderilen, "hash değeri" hesaplanmış ve gizli anahtar ile şifrelenmiş özet metni* ifade etmektedir[61].

Alıcı, bir yandan kendisine ulaşan asıl mesajdan hareket ederek mesaj özetini, yani "hash" değerini tekrar oluşturur, diğer yandan da gönderenin açık anahtarını kullanarak şifrelenmiş özeti (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 çıkar[62]. Bu açıklamalar gösteriyor ki, alıcı tarafından yapılan incelemenin konusu, dijital (elektronik) imzanın geçerli olup olmadığının denetlenmesine yönelik bulunmayıp, tam tersine, matematiksel bir algoritmaya dayalı olarak elde edilen ve bir şifre sistemiyle korunan mesaj özeti (=dijital imza) sayesinde, genellikle şifresiz olarak gönderilmiş asıl mesaj metninin tam ve doğru olarak kendisine ulaşmış olup olmadığının kontrol edilmesinden ibarettir[63].

29 İnternet üzerinden işlem yapan kişinin *kimliğinin* güvenilir biçimde tespit edilmesi büyük önem taşır. Zira çift anahtar sistemi mesajın bütünlüğünün korunduğunu denetleme imkânı vermekle birlikte, açık anahtar sahibi kişinin kimliğini garanti etmez[64]. Kullanılan anahtarla, anahtar sahibi arasında (tıpkı nüfus 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 zorunludur[65]. Sözü geçen sertifika, öğretide "kimliğin sayısal (dijital) olarak ispatı" olarak nitelendirilmiştir[66]. 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 kullanılan 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; **Altınışık**, not 48'de age, s. 84. Bu sistem, aynı boyuttaki mesaja "hash" 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 İnternet'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) **Altınışık**, 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.

bilgilerini birbirine bağlayan elektronik kayıt" olarak tanımlamaktadır (EİK, 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 İmza Kanunu, bu görevi, Telekomünikasyon Kurumuna başvurup yetki alan "Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcılarına" 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 kullanacak kişi tarafından Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcılarından temin edilir.

Elektronik İmza Kanunu, yetersiz kalan ve yasama organı tarafından mutlaka bir revizyona tâbi tutulması gereken 5. maddesinde, ilke olarak, elektronik imzanın elle atılan imza ile aynı sonucu doğurmasını öngörmüş, ancak buna iki istisna tanımıştır: 30

Birinci istisnaya göre, *"kanunların resmî şekle veya özel bir merasime tâbi tuttuğu hukukî işlemler"* elektronik imza ile gerçekleştirilemez. Şu halde, örneğin geçerliliği resmi şekle bağlı bir taşınmaz satış vaadi veya ipotek sözleşmelerinde elektronik imza söz konusu olamaz. Buna karşı, "özel bir merasime tâbi işlemler" deyimiyle neyin kastedildiği belli değildir. Medenî Hukukta merasime tâbi işlem denince, evlenme sözleşmesi dışında bir örnek bulmak çok zordur. Oysa evlenme akdinin resmî sözlü şekle bağlı olması bir yana, kanundaki düzenleniş biçiminden elektronik imzaya elverişli bulunmadığı pek açıktır.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, her ne kadar EİK. m. 5/II hükmü "kanunların" resmî şekle tâbi tuttuğu işlemlerden söz açıyorsa da, kanun resmî şekli öngörmediği halde tarafların anlaşmasıyla (geçerlilik şartı olarak) resmî şekilde yapılması kararlaştırılmış işlemlerde de bu istisnayı uygulamak ve elektronik imzaya hukukî bir değer tanımamak gerekir[69]. Bizce, bu görüş yerindedir, zira resmî memur önünde gerçekleşen resmî 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 resmî belgelere göre tespit eder. Nitelikli elektronik sertifika verilecek kişi kimlik tespiti esnasında bizzat hazır bulunur" (m. 9/I).

69) **Kılıçoğlu**, 7. bası, s. 83.

— İkinci İstisna *"teminat sözleşmeleri"* ile ilgilidir. Bu durumda örneğin, kefalet ve garanti sözleşmeleri 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 görüşün[70] 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" diyen metni de buna imkân 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.

III. Teleks ve telefaks aracılığı ile gönderilen metinler Borçlar Kanunundaki yazılı şekil şartını gerçekleştirir mi?

1. Genel Olarak

32 Burada incelenecek 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 düşünülerek öngörülmüş bir hüküm aramak boşunadır. Mesele, kanunun öngördüğü şekil 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:

— *Birinci anlayışa* göre, çağdaş iletişim araçlarına her ne pahasına olursa olsun daha büyük bir etkinlik alanı sağlamak gerekir. Bu sebeple, bir yolunu bulup, bunların da kanunun öngördüğü şekil şartlarını gerçekleştirdiği sonucuna varabilmek için her türlü çaba gösterilmelidir. Alman Hukukunda rastlanan bir ifade ile, teknik, ekonomi ve toplum, rasyonalizasyon (akılcı düzenleme) yoluna girdikleri vakit, Medeni Hukuk da düşünce tarzını buna göre biçimlendirmelidir[71].

— *İkinci anlayış* ise şöyle olacaktır: Kanunda öngörülen şekiller belirli amaçlara hizmet etmekte ve bu amaçları gerçekleştirecek bir garanti sağlamaktadır. Modern 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**, Fernschreiben und Fernkopien – Formerfordernisse, Absendung und Zugang, DB, 1980, s. 292 ve orada anılan **Reimer Schmidt**.

sağlayıp sağlamadıklarını araştırmak ve bunun sonucuna göre bir karar vermektir. Sonuç olumlu değilse, tatmin edici çözümlerin bulunması kanun koyucuya aittir[72]. Biz de, bu düşüncedeyiz.

2. Teleks

Teleks aracılığı ile yollanan mesajların, BK. m. 11 vd. anlamında şekil şartlarını yerine getirmiş sayılabilip sayılamayacağı tartışmalıdır. 33

— Büyük çoğunluk tarafından savunulan ve bizim de isabetli bulduğumuz görüşe göre, bu sorunun cevabı olumsuzdur. 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 kararında[73] öngördüğü gibi, gönderen teleks ile yolladığı metnin kendi elinde kalan nüshasını imzalayıp saklamış bile olsa, *"aslı borcu üzerine alanlar tarafından imza edilmiş olan telgrafname tahrirî şekil makamına kaim olur"* diyen BK. m. 13/II'den kıyas yolu ile yararlanmak imkânı yoktur[74]. Zira, telgrafnameden farklı olarak, teleks metni PTT'ye tevdi edilmemekte ve tamamen gönderenin tasarrufunda kalmaktadır. Bir teleks mesajı alan karşı tarafın, gönderenin kendi elindeki nüshayı imzalamış olup olmadığını bilmesi söz konusu olamayacağı gibi, böyle bir metnin ne vakit imzalanmış bulunduğunun ispatı da çok zordur[75]. 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 imkânı 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 Unterschrifterfordernis für bestimmende Schriftsätze im Zivilprozess, NJW 1987, s. 1302.

73) BGE 101. III, 65. Ayrıca bkz. **Giovanoli**, Télécommunications et forme écrite dans les contrats internationaux, Mélanges Paul Piotet, Berne 1990, s. 430.

74) İsviçre Hukukunda bu hükmün yürürlükten kaldırılmış bulunduğuna 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/Jäggi**, 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 générales du Code fédéral des obligations, ZSR, 102/II, 1983, s. 84. – Alman Hukukunda hâkim olan görüş de, kanun tarafından geçerlilik şartı olarak öngörülmüş yazılı şekil bakımından aynı sonuca varmakta, fakat rızaî 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. II. 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 modern komünikasyon sistemi gereği ticari hayatta teleksin çok sık kullanılan 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 savunuluyor[78]. Bu görüşe göre, teleks mesajının kimin tarafından gönderildiği ihtilâflı olmadıkça, bunu BK. m. 13 anlamında imzalı saymak gerekir. Çünkü, âdi yazılı şekilde imza ile ifadesini bulan beyan iradesi, burada teleks mesajını gönderme olgusu ile gerçekleşmiş demektir. Çok ileri giden ve imzasız bir metne imzalıymış gözü ile bakan bu düşüncenin yerinde sayılamayacağı açıktır[79].

3. Telefaks

34 Bu konuda, tartışmalar ve görüş ayrılıkları daha ciddi boyutlara ulaşmaktadır.

— Bir çok yazar tarafından kabul edilen görüşe göre, burada gönderilen, bir fotokopiden ibaret bulunsa dahi imzalı bir metni eline geçirmekte, orijinal imzalı belge ise gönderen tarafından muhafaza edilmektedir (Fotokopideki imza el yazısıyladır, fakat faksimile = tıpkı basım bir imzadan ibarettir). Telgrafnameye ilişkin BK. 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 gerçekleşmiş sayma imkânı vardır[80].

---

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 millî 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 imkân tanıyacak biçimde kaleme alınmıştır.

80) **Schmidlin**, Art. 13, N. 32; **Guggenheim**, s. 67; **Guggenheim**, CR, Art. 13, N. 11; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 518; **Schwenzer**, Basler Komm., Art. 13, N. 14.

— Bizim üstün tuttuğumuz ikinci bir görüş[81] bu sonucu kabul etmiyor ve aşağıdaki gerekçelere dayanıyor:

= Telefaks mesajı, telefaks cihazı ve telefon bağlantısı sayesinde, gönderilecek metnin bir fotokopisinin karşı tarafa ulaştırılmasından başka bir şey değildir. Oysa, alelâde bir fotokopi cihazında çekilen fotokopi *elden* karşı tarafa verilir veya *bir zarfa konup PTT vasıtası ile* karşı tarafa ulaştırılırsa, bunun orijinal el yazısı ile imzayı içermemesi sebebiyle geçerli sayılamayacağı hem öğretide, hem de Yargıtay kararlarında kabul edilmektedir[82]. Durum böyle olunca, telefaks cihazı ile gönderilen fotokopinin, onu sıradan bir fotokopiden ayıran ne özelliğinin bulunduğu haklı olarak sorulabilecektir[83]. 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 imkânının bulunmamasıdır. Bu gerekçe tatmin edici değildir. Zira, önemli olan, başka türlü hareket etme imkânının 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 sayılabilip 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 bulunmaktadır[84]. 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 Medenî Hukuk ve Usul Hukuku açısından sonuçları, ABD, 47 (1990/I), 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 gerçekleştiremez (NJW, 1991, s. 2154). Bunun gibi, Hamm üst mahkemesinin 26.10.1990 tarihli kararı, temsilcinin temsil yetkisini içeren belge üçüncü kişiye telefaks yolu ile gönderildiği vakit, bunu BGB § 174 anlamında sözü geçen belgenin "ibrazı" ile bir tutma imkânının 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 kıyas 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 manipülâsyonlara, fotomontaj imkânlarına 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 hukukî işlem ile değil, fakat Federal Mahkemeye gönderilen bir dilekçe ile ilgili 4.9.1986 tarihli kararında[85], 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 imkânı bulunmuyor[86]. 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 bakılabilecektir[87]. Bu sistemin özelliği şuradadır: Örneğin 1 Ekimde gönderilen faks mesajından sonra, 3 Ekim'de imzalı metni karşı tarafa ulaştırmak imkânı 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 imzalı 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, hiç değilse bir yazılı delil başlangıcı sayılabilip sayılamayacağı konusunda özellikle bkz. **Özmen**, 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.

Buraya kadar söylenenler, sadece, "şimdilik" kaydı ile hukukî durumu yansıtmaktadır. Dünyayı saran iletişim ağı, teknolojik gelişmeler ve bunlardan yararlanan iş âleminin 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 açacaktır[88]. Bunun, milletlerarası alanda şimdiden gerçekleşmiş en belirgin örneklerinden birisi olarak Viyana Sözleşmesinin 13. maddesini zikredebiliriz. Bu madde, teleks veya telefaks yolu ile yapılan bildirimleri de açıkça yazılı şekil bakımından yeterli saymaktadır[89]. Türk kanun koyucusu tarafından kabul edilmiş bulunan "elektronik imza" bunun bir başka örneğidir. 35

§ 27. Resmî Şekil

I. Genel Olarak

Resmî (yazılı) şekil, kamu güvenine sahip resmî bir memur tarafından bu konuda öngörülmüş usullere uyularak gerçekleştirilen şekildir. 1

Borçlar Kanunumuzda âdi yazılı şekil düzenlendiği halde, resmî yazılı şekil ile ilgili böyle genel bir düzenleme mevcut değildir. Bunun sebebi, İsviçre'de resmî şeklin ne yolda gerçekleşeceği hususunun (İsviçre Tatbikat K. 55 ile) kanton mevzuatına bırakılmış olmasıdır. 2

Buna paralel olarak, Türkiye'de, (Medenî Kanun ve Borçlar Kanununda yer alan istisnalar bir yana) resmî şekil ile ilgili hükümler, Noterlik Kanunu başta olmak üzere özel mevzuata terk edilmiş bulunmaktadır. 3

Türk Hukukunda, resmi şekli gerçekleştirme hususunda, bir *kamu hizmetini* yerine getirdikleri bizzat kanun 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 (**Giovanoli**, not 73'de age, s. 440 vd., özellikle 445, 447 vd.). – Bu konuda ayrıca krş. **Gallouédec-Genuys**, Une société sans papier? Nouvelles technologies de l'information et droit de la preuve, La Documentation Française, Paris 1990; **Köhler**, Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge, 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.

rınca *"Kanunlarda resmî olarak yapılmaları emredilen ve mercileri belirtilmemiş olan bütün hukukî işlemleri bu kanun hükümlerine göre yapmak"* noterlerin görevleri arasındadır.

Şu var ki, kanun, bazı hallerde noter dışında kalan resmî memurlara da resmî şekli gerçekleştirme imkânını tanımıştır. Örneğin,

— Taşınmazlar üzerindeki aynî haklara ilişkin borçlanma işlemleri, Tapu K. m. 26 uyarınca, sadece tapu sicil müdürleri tarafından düzenlenebilir. Noterler, yalnız Noterlik K. m. 60/b. 3 uyarınca taşınmaz satış vaadi sözleşmelerini düzenlemek hususunda yetkili kılınmışlardır.

— Resmî vasiyetname ve miras sözleşmesi, "noter" yanında, "sulh hâkimi" veya "kanunla kendisine bu yetki verilmiş diğer bir görevli" tarafından da düzenlenebilir (MK. m. 532, 545/I)[1].

Noterlik Kanununun resmi şekle ilişkin hükümleri, hem geçerlilik hem de ispat şartı olarak resmi şekle başvurulması halinde uygulama alanı bulur.

II. Resmî Senedin Çeşitleri

İki çeşit resmî senet vardır:

4 1. Resmi memur tarafından *re'sen düzenlenen* resmî senetler, baştan aşağı resmî memur tarafından kaleme alınıp imzalanır. Resmî şekil denince ilk akla gelen ve genellikle kastedilen budur. Bu ihtimalde senet tümüyle resmiyetten yararlanır. Noterlik K. m. 84 vd., Türk hukukunda ötedenberi alışılmış terminolojiden ayrılarak, bu tip işlemleri *"düzenleme"* biçiminde yapılan işlemler olarak adlandırmaktadır.

2. Resmî memur tarafından sadece senet altındaki *imzaların onaylandığı (tasdik edildiği)* ihtimallerde, senedin metni resmiyetten yararlanmaz. Resmiyet sadece imzalar ve noter ayrıca bir de tarih atacağı için tarih bakımından gerçekleşir. Noterlik K. m. 90, bu ihtimalde *"onaylama"*dan bahsetmektedir.

III. Resmî Şeklin Bazı Özellikleri

5 Burada resmî 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 resmî senedi düzenleyebileceği sonucuna varmıştır (Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras Hukuku, 3. bası, İstanbul 1987, s. 157, not 3a).

1a) Okuma veya yazma iktidarından yahut bunların her ikisinden yoksun kişilerin (Noterlik K. m. 87, 75) düzenlettirecekleri resmî senetlerle ilgili açıklamalar için bkz. yukarıda § 26, N. 13, 15.

1. İmza

BK. m. 13/I, âdi yazılı şekilde, sadece üzerine borç alanların senedi imzalamasını zorunlu ve yeterli görmüştür. Bu kural, kıyas yolu ile resmî şekilde de uygulanabilir mi? Bu soruya olumlu cevap veren ve bu sebeple, resmî şekilde düzenlenmesi gereken taşınmaz bağışlama vaadi sözleşmesinde (BK. m. 238/II) sadece bağışlayanın imzasının bulunmasını yeterli bulan yazarlar ve mahkeme kararları vardır[2]. *Bizce*, meselenin bu şekilde ele alınması ve BK. m. 13/I kıyas yolu ile uygulanarak çözüme bağlanması isabetsizdir. Anılan hüküm, sadece âdî yazılı şekil ile ilgilidir[3]. Resmî şekilde, kimin senedi imzalaması gerektiği araştırılırken, *resmî şekli düzenleyen hükümlere*, şu halde özellikle Noterlik Kanunu hükümlerine ve Tapu K. m. 26'ya bakmak gerekir. Bunlarda ise, resmî 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 edilmektedir[4]. Şu var ki, resmî şekil mecburiyetini getiren kanun 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 resmî memur huzuruna gidip beyanını resmî şekle bağlatmakla yetinebilir[5]. Bu ihtimalde, diğer tarafın beyanı herhangi bir şekilde açığa vurulmuş olabilir. Nitekim, Alman Hukukunda bağışlama vaadi sözleşmesi ile ilgili BGB § 518, sadece "bağışlama vaadi"ne ilişkin beyanın şekle bağlanmasını emretmiş, diğer tarafın beyanı için bir şekil mecburiyeti koymamıştır[6]. 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 değerlendirilirse[7], öğretide ve mahkeme içtihatlarında baskın olan görüş, gerekçesi bakımından olmasa bile vardığı sonuç açısından desteklenebilir. 6

İsviçre Hukukunda, **Schmid**[8], bir yandan, (aynen yukarıda bizim yaptığımız gibi), BK. m. 13/I'in kıyas yolu ile resmî şekle uygulanmasını reddetmekte, diğer yandan da, taşınmaz bağışlama vaadi'ne ilişkin olarak BK. m. 238/II'de öngörülen resmî şeklin sa-

---

2) Örnek olarak bkz. **Engel**, Contrats de droit suisse, 2. éd., Berne 2000, s. 117; **Tercier**, Contrats, N. 1619; **Oser/Schönenberger**, Art. 243, N. 7, 4; **Karahasan**, 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 Medenî Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul 1959, s. 127 vd.; **Tandoğan**, I/I, s. 248 ve not 65.

5) **Kocayusufpaşaoğlu**, not 4'de age, s. 127; **Schönenberger/Jäggi**, 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, Genève, 1971, s. 284.

8) **Schmid**, not 3'de age, N. 460-464.

dece bağışlayanın taahhüdü değil, sözleşmenin tümü için geçerli olduğunu, bir başka deyimle bu maddedeki "bağışlama taahhüdü" ibaresinden bağışlama vaadi sözleşmesini anlamak gerektiğini savunmaktadır. Ona göre, buradaki şeklin amacı bağışlayanı korumaktan 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 resmî şekle bağlamakla yetinilemez Yalnız bağışlayanın taahhüdü resmî 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 kuşkusuzdur.

2. Resmî şekilde yapılacak sözleşmeler gaipler (karşı karşıya veya yüz yüze olmayan kişiler) arasında düzenlenebilir mi?

7 Alman Hukukunda, BGB § 128 açık bir hükümle, resmî senedin gaipler arasında, yani tarafların her ikisi de aynı zamanda resmî memur önünde hazır bulunmaksızın önce icap, sonra da (örneğin bir başka gün) kabul ayrı ayrı resmiyete bağlanarak düzenlenmesine izin vermiştir. BGB § 152 uyarınca, bu yoldan her iki taraf veya temsilcileri aynı anda hazır bulunmaksızın resmî şekilde kurulan sözleşme, aksi kararlaştırılmadıkça, BGB § 128'e göre kabul beyanının sonradan resmî şekle bağlanması ile meydana gelmiş sayılır.

Böylece bu ihtimalde, tıpkı BGB § 151'de olduğu gibi, daha önce kendi beyanını resmî şekle bağlatmış icapçının, kabul beyanının kendisine gönderilmesinden feragat ettiği kabul edilir[9].

İsviçre ve Türk Hukuklarında, BGB § 128 gibi bir hüküm mevcut değildir. Buna rağmen, İsviçre Hukukunda, tıpkı Alman Hukukunda olduğu gibi sözleşme taraflarından herbirinin kendi beyanını, diğer taraf hazır bulunmaksızın, ayrı ayrı resmî şekle bağlatmasının mümkün bulunduğu yolunda bir eğilimin bulunduğu görülmektedir[10]. Bizce, Türk Hukukunda bu yol kapalıdır. Kanun, bir *sözleşmenin* resmî şekilde yapılmasını emretmişse, her iki tarafın veya yetkili temsilcilerinin resmî memur önünde hazır bulunmaları şarttır. Ancak bu şekildedir ki, *resmî memur huzurunda sözleşmenin kurulmuş olduğu* resmî senet içeriğinden anlaşılabilir[11].

3. Unitas actus (işlemde birlik) kuralı

8 Resmî 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/II miras sözleşmesi için her iki tarafın da resmî memur huzurunda hazır bulunmasını şart koşmuştur. Aynı hüküm, BK. m. 512 gereği ölünceye kadar bakma sözleşmesi için de geçerlidir.

bir başka zaman yapılması caiz değildir. İşlemde birlik kuralı uyarınca, tarafların okunup imzalanmak üzere hazırlanan senedin içeriğini öğrendikleri andan başlamak üzere, bundan sonraki aşamaların hazır bulunması gereken bütün kişilerin huzuru ile, araya kayda değer bir fasıla girmeksizin, bir bütün halinde yürütülüp tamamlanması şarttır[12].

§ 28. Şekle Bağlı İşlemde Değişiklik Yapılması

I. Ana Kural

Geçerliliği kanun tarafında şekle bağlı tutulmuş bir işlemde[1], taraflar anlaşarak sonradan bazı değişiklikler yapmak isteyebilirler. Acaba, bu değişikliklerin geçerli olabilmesi için, işlem yapılırken uyulması gereken şekle başvurmak zorunluluğu var mıdır? 1

BK. m. 12 hükmüne göre, kanunen yazılı şekilde yapılması gereken bir sözleşmede değişiklik yapılması yine yazılı şekle tâbidir. Sadece *"akdi nakz ve tadil etmeyen mütemmim ve fer'i şartlar"* için bir istisna tanınmıştır[2]. Adalet Bakanlığınca bir komisyona hazırlatılan Borçlar Kanunu Tasarısı, 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. 12'nin ne şekilde anlaşılması gerektiği hususunda üç görüş ile karşılaşıyoruz: 2

1. *Birinci görüşe* göre, BK. m. 12'nin metni karşısında, yine aynı maddede öngörülen istisna dışında, sözleşmede sonradan yapılacak her çeşit değişiklik, herhangi bir ayrım yapılmaksızın şekle tâbidir[3]. 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 tamamen ibrası için bir şekle gerek olmadığını belirten hükmün Borçlar Kanunumuza alınmamış olmasından yararlanılabilir.

2. *İkinci görüş* açısından, sonradan yapılan değişiklik borç miktarını artırıyor veya borcu herhangi bir şekilde ağırlaştırıyorsa, BK. m. 12 gereği şekle uymak mecburiyeti vardır. Aksi halde, 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, âdi 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.

maz. Buna karşı, şeklin amacından hareket edilerek, borcu kaldıran veya hafifleten değişikliklerde artık şekle uyma mecburiyetinin bulunmadığı kabul edilmelidir[4].

3. *Üçüncü görüşe* göre bir ayrım yapılmalıdır:

— Bir tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, borcu kaldıran veya hafifleten sonraki anlaşmalar şekle tâbi değildir. Aynı sonuç, eksik iki taraflı sözleşmelerde 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 bulunmalıdır[5].

Bu son görüş bize de daha uygun gözükmektedir. Yalnız şu noktayı eklemek gerekir ki, tam iki 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 demektir[6]. Zira, düşmüş bir borcun ağırlaşmasından söz edilemez.

II. İstisna

3 BK. m. 12/c. 2 uyarınca, önceden yapılan sözleşme ile ters düşmeksizin, sadece "tamamlayıcı" ve "fer"i (yan) bir nitelik taşıyan hususlar her zaman ve herhangi bir şekle uyma mecburiyeti olmaksızın kararlaştırılabilir. Örneğin, taraflar arasındaki şekle bağlı sözleşmede, borcun ifa yeri olarak Ankara gösterilmiştir. 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 Formmangels im Vertrag, Zürich 1992, s. 23 - 24.

5) **Schmidlin**, Art. 12, N. 10 - 11; **Yung**, Etudes et Articles, Genève 1971, s. 282 ve not 63; **Schönenberger/Jäggi**, Art. 12, N. 20 - 21. Ayrıca bkz. **Merz**, Vertrag, N. 390.

6) **Schönenberger/Jäggi**, Art. 12, N. 22. Aksi fikirde: **Schmidlin**, Art. 12, N. 12.

§ 29. Şekle Uymamanın Sonuçları

I. Şekil Eksikliği Kavramı

Şekil eksikliği veya noksanı *(Formmangel)*, şekle ilişkin her türlü geçerlilik hükmüne uymamayı ifade eden geniş bir kavramdır[1]. 1

> Yargıtayın 30.9.1988 gün ve E. 1987/2 ve K. 1988/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına[2] eklenen bazı karşı oy yazılarında, "şekil eksikliği" ve "şekil yokluğu" arasında bir ayrım 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 deyimi, en ağırından en hafifine kadar şekil hükümlerinin çiğnendiği bütün ihtimalleri kapsamına alan bir kavramdır ve "şekil yokluğu" diye adlandırılmak istenen hal, gerçekte şekil eksikliğinin en ağır derecesinden ibarettir[3].

Bu durumda, yazılı şekilde yapılması gereken bir kefalet sözleşmesi (BK. m. 484) sözlü olarak, resmî şekle bağlı bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ise âdî yazılı biçimde yapıldıkları zaman, ortada bir şekil eksikliği vardır. Fakat, kefalet yazılı olarak düzenlendiği halde kefilin sorumlu olacağı azamî miktar kefalet senedinde gösterilmemiş ise, bir başka biçim ve derecede de olsa, yine şekil eksikliği söz konusudur.

II. Şekil Eksikliğinin Yaptırımına İlişkin Görüşler

Alman hukukunda, BGB § 125, şekil eksikliğinin yaptırımının kesin hükümsüzlük (butlan) olduğunu açıkça bildirmiştir. İsviçre - Türk hukuklarında ise, başta BK. m. 11/II (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 imkânı vardır: 2

1. *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 savunmaktadır[4].

---

1) **Schönenberger/Jäggi**, Art. 11, N. 67; **Paoletto** Die Falschbeurkundug beim Grundstückkauf, Zürich 1973, s. 62.

2) RG, no. 20026

3) Özellikle bkz. **Schönenberger/Jäggi**, 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 comparé, Paris 1970, s. 106, 166 vd.

3. *Kesin hükümsüzlük (Butlan) görüşü:* Halen gerek İsviçre gerekse Türk uygulamalarında[5] hakim olan görüşe göre, şekle uyulmadan yapılan işlem, tıpkı Alman hukukunda olduğu gibi kesin hükümsüzdür(bâtıldır)[6]. Şu halde, böyle bir işlem, yapıldığı andan itibaren hiçbir hüküm doğurmaz. Bir sürenin geçmesi veya icazet verilmesi gibi sebeplerle düzelemeyen bu hükümsüzlük, hâkim tarafından re'sen gözönünde tutulabileceği gibi, ilgili üçüncü kişiler tarafından da ileri sürülebilir.

4. *Kendine özgü (sui generis) hükümsüzlük görüşü:* İsviçre öğretisindeki çoğunluk[7] ve Türk öğretisinde bazı yazarlar[8] 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 hukukî sonuçlarını doğuracaktır[9]. Esasen, bu görüş açısından, hâkimin veya üçüncü kişilerin taraflarca öne sürülmemiş bu hükümsüzlüğe dayanmaları da mümkün değildir. Fakat, kesin hükümsüzlükten farklı olarak, buradaki geçersizliğin (örneğin karşılıklı ifa ile) düzelmesi imkânı vardır.

III. 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 hukuk düzenlerinde oynadığı rol ile modern hukuktaki fonksiyonu arasında uçurumlar vardır. Gerek Roma Hukukunun ilk dönemlerin-

5) Özellikle bkz. BGE 86. II. 398; 92. II. 324; 104. II.99; 106. II. 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 paylaşanlara örnek olarak bkz. **v. Tuhr/Peter**, § 30, III, 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 türkischen Recht, Tübingen 1968, s. 27; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 126 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 102.

7) Özellikle bkz. **Meier-Hayoz**, Berner Kommentar, Art. 657, N. 130 vd; **Kellerhals**, Simulation im Grundstückkauf, Berner Diss. 1952, s. 47 vd., 74 vd., 154 vd.; **Schmid**, not 3'de age, N. 642 vd., 691; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 558 vd. ve orada anılanlar.

8) Örnek olarak bkz. **Tandoğan**, I/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 (I/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, Bern 1991, N. 1431).

de[10] gerekse diğer eski hukuk düzenlerinde, işlemin hukukî sonuçlar doğurmasının sebebi irade beyanları değil şekildir. Bir başka deyimle, şeklin hukukî işlem karşısında bağımsız bir statüsü yoktur. Tam tersine, işlem ve şekil tek bir bütün oluşturmakta; işlem, ancak öngörülmüş şekle uyulmuşsa var olabilmekte, şekil dışında sırf irade beyanları ile kurulmuş bir işlem mevcut bulunmamaktadır. Oysa, bugün durum çok değişmiştir. Hukukî işleme varlığını veren şekil değil irade beyanlarıdır. Bir çok işlem, hiçbir şekil şartı aranmaksızın, sadece irade beyanları ile varlık kazanabilmekte ve hukukî sonuçlarını doğurabilmektedir. Şekil, belirli bazı amaçları elde etmek üzere, bazı hallerde irade beyanlarına ek olarak aranan, yani hukukî işlemin kendisinden ayrı olarak düşünülmesi gereken, sadece işlemin hüküm doğurabilmesi için şart koşulan ek bir unsurdan ibarettir. Kanunun belirli bir şekle bağladığı işlem şekle uyulmasa dahi vardır, sadece hukukî sonuçlarını doğurmamaktadır[11]. Görülüyor ki, yokluk görüşü modern hukukların 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: Özellikle, taşınmaz satışı gibi resmî şekle bağlanması gereken işlemlerde, taraflar resmî memura gitmeden aralarında anlaştıklarına göre, resmî memurun daha önce gerçekleşmiş, fakat şekil eksikliği yüzünden kesin hükümsüz bir sözleşmeyi resmî senede bağladığını herhalde kimse ileri süremez. Tam tersine bu ihtimalde, sözleşmenin resmî memurun düzenlediği senetle kurulacağı, yani ancak şekle uyulduktan sonra varlık kazanacağı açıktır[12]. *Bizce*, bu düşünce yerinde değildir. Resmî memura başvurmadan önce taraflar arasında gerçekleşen uyuşmanın, hukukî sonuçlar doğurmayacağını ve herhangi bir hukukî bağlılık yaratmayacağını taraflar genellikle bilir. Onlar, bu uyuşmayı hukukî bir işlem olarak değil, bir çeşit şeref sözü içeren centilmen anlaşması[13] olarak yaparlar. Buna karşı, taraflar, örneğin yanlış bilgilendirme sonucu, kendi aralarında düzenledikleri bir senetle bağlayıcı bir satış yapmışlarsa, tapu sicil müdürü önünde gerçekleşmeyen bu işlem, *Keller/Schöbi* tarafından savunulan görüşün aksine, yine varlık kazanır, fakat resmî şekle uyulmadığı için geçersiz olur.

2. İptal edilebilir olma görüşü: İsviçrede hiç taraftar toplayamayan bu 4
görüş, BK. m. 11/II'nin, şekle uyulmadan yapılan sözleşmenin "sahih olmayacağından" bahseden sözü ile bağdaşmamaktadır. Kanunumuz, bu gibi

10) Roma Hukukunun tanıdığı rızaî sözleşmelerde durum 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.

ihtimallerde, mahkeme tarafından iptal edilmedikçe geçerliymiş gibi hüküm doğuran bir işlemin mevcudiyetini kabul etmemiştir.

5 *3. Kendine özgü "sui generis" hükümsüzlük görüşü:* Bu görüşe karşı yöneltilen eleştirileri[14] ayrıntılı olarak tartışmaksızın, sadece çok kısa biçimde aşağıdaki noktalara işaret etmek istiyoruz.:

— Bir defa, bu görüşün de bazı zayıf noktaları vardır. Özellikle, bir taşınmaz satışında, *hâkimin* (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 sayılması[15], herhalde kolay kolay kabul edilemeyecek hayli garip bir sonuçtur. İsviçre'de, bu sakıncayı önlemek üzere, şu düşünce[16] ortaya atılmıştır: Sicil (Kütük) Hukukunun, özellikle tapu kütüğünü düzenleyen hükümlerin tescil için zorunlu saydıkları şekillere uyulmamış olması halinde, artık ana ilkeden ayrılarak hâkimin şekil eksikliğini res'en göz önünde tutabileceğini kabul etmek icap eder. Böylece, tapu sicil müdürünün re'sen dikkate alabileceği şekil eksikliğini hâkimin de re'sen nazara alması imkânı yaratılmış olmaktadır. Ne var ki, bu yoldan, şekil eksikliğine dayalı hükümsüzlüğün en önemli ve en büyük uygulama alanını oluşturan taşınmazlar üzerindeki aynî haklara ilişkin borçlanma işlemlerinde, "kendine özgü hükümsüzlük" görüşünün temel özelliklerinden birisi devre dışı kalmakta ve bu görüş adeta kendi kendisini inkâr 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 imkân tanımayan bir nitelik taşımasıdır[17]. Oysa, bu engel aşağıda § 30'da açıklayacağımız biçimde, çoktan aşılmış ve şekil eksikliği sebebiyle bâtıl sayılması gereken sözleşmelerin de, başta karşılıklı ifa olmak üzere birçok ifa faraziyesinde, MK. m. 2/II hükmünün yardımı ile geçerlilik kazanabileceği geniş ölçüde kabul gören bir görüş haline gelmiştir. Bu durumda, klâsik "kesin hükümsüzlük" görüşü, olayların büyük çoğunluğunda "kendine özgü hükümsüzlük" görüşü ile elde edilmek istenen sonuçları doğurmaya elverişlidir ve arada,"hâkim tarafından re'sen gözönünde tutulma" konusu hariç, büyük

14) Bu eleştiriler için bkz. **Schmidlin**, 11, Art. N. 36; **Giger**, Berner Kommentar, VI/2, 1, 3, Bern 1997, Art. 216, N. 354 vd.; **Serozan**, not 6'da age, s. 24 vd.

15) **Kellerhals**, s.48; **Tandoğan**, I/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 kalmamıştır[18]. Oysa, şu son noktada bizzat *sui generis* (kendine özgü) hükümsüzlük görüşü taraftarlarının, (MK. m. 1015'den hareket ederek) hâkime çok geniş ölçüde hükümsüzlüğü re'sen göz önünde tutma imkânını veren bir yola girdiklerini yukarıda belirtmiş bulunuyoruz. Kaldı ki, Türkiye gibi, avukat tutma mecburiyetinin bulunmadığı, esasen pek çok kimsenin maddi durumunun buna elverişli olmadığı bir ülkede, hâkimin şekil eksikliğini re'sen gözönünde tutmasına izin vermeyen bir sistemin ne dereceye kadar yerinde olduğu çok tartışma götürür.

4. Kesin hükümsüzlük (butlan) görüşü: Buraya kadar yaptığımız açıklamalar gösteriyor ki, aşağıda § 30'da söyleyeceklerimiz dikkate alınmak kaydıyla, İsviçre-Türk uygulamalarında hâkim olan bu görüşten ayrılmak için ciddi bir sebep bulunmamaktadır. Nitekim, Yargıtay yukarıda sözü edilen 30.9.1988 tarih ve E. 1987/2, K. 1988/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurul kararında, bu konuda aynen şunları kaydetmektedir: 6

"Bu geçersizliğin hukukî mahiyeti doktrinde tartışmalı olup, klasik olarak nitelenen "butlan" görüşüne karşı son yıllarda "kendine özgü geçersizlik görüşü" de savunulmakta ve şekil kurallarının amaçsal yorumundan hareketle (şekil noksanlığının herkes tarafından değil, bundan zarar gören tarafça defi olarak ileri sürülebileceği; şekil noksanlığının hâkim 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 hâkim şekil noksanlığını (taraflar ileri sürmemiş olsalar dahi yargılamanın her safhasında) re'sen göz önüne almak zorundadır".

İsviçre Hukukunda ileri sürülen bir görüşe göre, hâkim, 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 alınamamalıdır[19]. Örneğin, A, sözleşmeye dayanarak aynen ifa talebinde bulunduğu, B ise ödemezlik defini (BK.81) ileri sürdüğü vakit, her iki tarafın da sözleşmeyi ayakta tutar nitelikte iddiaları, şekil noksanına dayalı butlan ile bağdaşmaz, bu sebeple de, burada hâkim hükümsüzlüğü re'sen gözönünde tutamamalıdır. Buna karşı, A, şekil noksanına değinmeksizin hata sebebiyle iptal talebinde bulunmuşsa, şekil eksikliğinin hâkim 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. 7

18) Aynı yönde düşünceler: **Antalya**, Geçerlilik şekline aykırılığın yaptırımı 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**, Vom 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 Hükmü İle Sınırlanması

I. Genel Olarak

1 Son yıllarda, Borçlar Hukuku alanında, üzerinde en çok yazılan ve tartışılan konulardan birisi, hiç kuşkusuz bu olmuştur. Bu, yalnız Türkiye değil, özellikle İsviçre için de böyledir. Öyle 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 imkânı kalmamıştır. Bu durumu dikkate alarak, aşağıda en genel hatları ile ve kendi bakış açımızı ön plâna çıkararak, ister istemez eksik kalmaya mahkûm bir özet veriyoruz.

Problemin esası şudur: Bir hukukî işlem, özellikle sözleşme şekil eksikliği yüzünden geçersiz olabilir. Bunun sonucu olarak taraflardan hiçbiri ifaya zorlanamaz, daha önce ifa etmişse verdiğini geri isteyebilir. Acaba, bu her zaman böyle mi olmalıdır? Medenî Hukukun tüm alanlarında uygulama alanı bulan ve hakkın 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*, Alman 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" oluşturmakla kalmamalı ve "kesinlikle dayanılmaz sonuçlara götürücü" bir nitelik taşımalıdır[1]. Bu anlayışın ifade ettiği anlam şudur: Hakkın kötüye kullanılması olgusunun gerçekleşip gerçekleşmediği, her olayda, o *olayın bütün özeliklerini dikkate alıp değerlendirecek* olan mahkeme tarafından belirlenecektir. Ötedenberi hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığını araştırırken, hâkimin katı kurallara bağlı kalmaksızın somut olaya ilişkin bütün

1) Bkz. **Larenz**, SR, I, s. 146 ve orada anılan kararlar.

hal ve şartları değerlendirmesi gerektiğini tekrarlayan İsviçre Federal Mahkemesinde de bu eğilimin ağır bastığı söylenebilir[2].

Yargıtayın 30.9.1988 tarih ve E. 1987/2, K. 1988/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurul Kararının temelinde de bu yöntem yatmaktadır. Yüksek Mahkemeye göre "nitelikleri itibariyle emredici bulunan ve hakim tarafından re'sen gözetilmesi gereken şekle aykırılık ile hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı bir uyuşmazlıkta çatıştığında; hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralıyla ile şekil şartı kuralının aşılabilmesi için *olayın özelliği* büyük önem taşımaktadır". Yine Yüksek Mahkeme'nin fikrince "hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı ancak *fevkalâde zarurî hallerde* uygulama yeri bulabilir." Yargıtay, bu esaslardan hareket ederek, anılan İçtihadı Birleştirme kararında aşağıdaki sonuca varmıştır:

"Tapuda kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetini devir borcu doğuran ve ancak yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan bir cebrî tescil davasının kural olarak kabul edilemeyeceğine; bununla beraber Kat Mülkiyeti Kanununa tâbi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına rağmen satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması hallerinde; olayın özelliğine göre hâkimin M.K.nun 2. maddesini gözeterek açılan tescil davasını kabul edebileceğine... karar verildi."[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 bulunmuş gerekir". Bizce, MK. m. 2/II'nin uygulanabilmesi için, şekil eksikliği sebebiyle bâtıl satış sözleşmesine dayanarak alıcının satış bedelini tam olarak ödemiş bulunması (çok ufak bir miktarda eksiklik sonucu değiştirmez) ve satıcının yazılı veya sözlü beyanları, tutum ve davranışlarıyla onda bu sözleşmenin mutlaka ifa 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 bulunması gerekir". Bizce, MK. m. 2/II'nin uygulanabilmesi için, şekil eksikliği sebebiyle bâtıl satış sözleşmesine dayanarak alıcının satış bedelini tam olarak ödemiş bulunması (çok ufak bir miktarda eksiklik sonucu değiştirmez) 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 oturması gibi 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 duygularını 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 Alman ve İsviçre öğretilerinde ağır biçimde eleştirilmiş ve bunun keyfî kararlara kapıları açmak anlamını taşıdığı, bu yöntem uygulanırsa hiçbir olayda çözümün ne olacağının mahkeme karar vermeden önce bilinemeyeceği, bunun ise büyük bir hukukî 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 tâbi olup olmadığı araştırılıp bir sonuca varılacaktır[4].

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, bâtıl 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.1991/10901(YKD, 1992/2, s. 239).

4) Bu eleştiriler için bkz. **Flume**, § 15, III, 4, b, s. 274; § 15, III, 4, c, s. 277; **Larenz**, SR, I, s. 147; **Schmid**, Die öffenliche Beurkundung von Schuldverträgen, Feiburg 1988, N. 737 vd. ile orada anılanlar.

4a) Benzer eğilimde: **Kılıçoğlu**, 7. bası, s. 97.

III. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı Yolu İle Şekil Eksikliğine Dayalı Geçersizliğin Ortadan Kalkmış Sayılacağı Olguların Gruplandırılması

1. Genel Olarak

Bu konuda üç olguyu ayrı ayrı ele almak doğru olur[5]: 5

— *Birinci olgu, her iki tarafın sözleşmeyi tam olarak* veya *büyük kısmı itibarıyla* (yani tamamına çok yaklaşır biçimde) ifa etmiş olduğu ihtimalleri kapsamına almaktadır. Yeter ki, ifa gönül rızasıyla ve şekil eksikliği bilinerek yapılmış olsun.

— *İkinci olgunun* kapsamına giren ihtimallerde, *ifa vardır fakat bu ifa, birinci olguda olduğu gibi, her iki taraf açısından da "tam ifa" veya tam ifa ile bir tutulan "borcun büyük bölümünün ifası" değildir.* Örneğin, taraflardan sadece birisi borcunu tam olarak ifa etmiş, diğeri hiç ifa etmemiş veya sadece borcunun ufak bir bölümünü yerine getirmiştir. *Tam ifanın şekil eksikliği bilinmeksizin gerçekleştirilmiş olması da buraya girer*[5a]. 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- 6
nınabilecek olan ihtimal bu ihtimaldir. Her iki taraf da sözleşmeyi tam olarak veya büyük bölümü itibariyle ifa etmişse, artık sözleşmenin (aşağıda teorik açıklamasını ayrıca yapacağımız biçimde) geçerlilik kazandığını kabul etmek gerekir. Yalnız, bunun için, tarafların serbest rızaları ile ve *şekil eksikliğini bilerek* ifa etmiş olmaları şarttır. Taraflardan hiç değilse biri, şekil eksikliğinin farkına varmamış ve kendisini sözleşme ile bağlı ve ifaya mecbur sandığı için ifada 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 gerçekleştiği ileri sürülemez.

---

5) Bkz. **Koller**, Grundstückkauf mit Schwarzzahlung, ZBJV, 126 (1990), s. 127-128.

5a) Şekil eksikliğini bilme şartının Federal Mahkeme tarafından nasıl yumuşatıldığı hakkında 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 eksikliği bilinerek yapılmış olmasını ararken, diğer yandan "tam ifa" veya "borçların büyük bölümü itibariyle ifa" hallerinde, *başka hal ve şartlardan açıkça tersi anlaşılmadıkça* butlanı öne sürmeye imkân kalmadığını kabul etmektedir. Yüksek Mahkemeye nazaran, bu ihtimalde, butlanı öne sürmenin bir hakkın kötüye kullanılması oluşturacağı yolunda bir karine meydana gelmektedir[6]. Ne var ki öğretide, bizce yerinde olarak, uygulamada hiçbir zaman bu karineyi çürütme imkânının olmayacağına işaret edilmiştir[7].

Şu noktayı ekleyelim ki, "gönül rızası ile" ve "şekil noksanını bilerek" ifa şartını, Federal Mahkeme bir kararında aşağıdaki biçimde yumuşatmıştır: Yüksek Mahkemeye göre, geçersizliği ileri süren tarafın, ifa sırasında şekil eksikliğini öğrenseydi, resmî senedin koruyucu amacına dayanıp ifadan kaçınacağı dosyadan anlaşılmıyorsa; bir başka anlatımla, şekil eksikliğini öğrenen davacının yine de ifa edeceği sonucuna varılabiliyorsa, bu kadarı yeterlidir[8].

8 Şekil eksikliği sebebiyle geçersiz olan sözleşmenin ifası sonucu artık şekil eksikliğine dayanma imkânı kalmayacağı, öğretide bazen MK. m. 2/II 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. 238/III hükmüdür.

Böylece şekil eksikliği sebebiyle bâtıl bir taşınır bağışlama vaadinin ifa ile geçerlilik kazanmasına imkân tanınmıştır[9]. Bazı yazarlar, hiç değilse yukarıda varılan sonuçları güçlendirmek açısından, bu hükümden yararlanılabileceği kanısındadır[10].

— 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 imkânının 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 Grundstückkauf, St. Gallen 1989, N. 269.

8) BGE 112.II. 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**, I/1, s. 358-359).

10) **Schmid**, not 4'de age, N. 769.

doğal (eksik) bir borcun doğduğunu, bu sebeple de ifanın geçerli olduğunu ileri sürmektedir[11].

— Üçüncü bir görüşe nazaran, bu gibi ihtimallerde, verilenin geri alınmasını önleyen hüküm, kanundaki yeri itibariyle sadece sebepsiz iktisap halleri için sevk edilmiş bulunan, fakat aynî hak iddialarını da içine alacak biçimde kapsamı genişletilmek gereken BK. m. 62/c.1 hükmüdür[12].

3. Tam ifa ile bir tutulamayacak diğer ifa halleri veya tam ifanın şekil eksikliği bilinmeden gerçekleşmiş olması

Burada, başlıktan da anlaşılacağı üzere, iki ayrı durum söz konusudur. 9

— 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 etmemiş veya borcunun sadece ufak bir bölümünü yerine getirmekle yetinmiştir.

— İkinci ihtimalde ise, sözleşme iki tarafça tam olarak veya büyük kısmı itibariyle ifa edildiği halde, yukarıda incelenen "tam ifa" olgusundan farklı olarak, bu ifa şekil eksikliği *bilinerek* yapılan bir ifa niteliğinde değildir. (Federal Mahkeme'nin şekil eksikliği 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 oluşturamamaktadır. 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 hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesi içine sokabilecektir?* Bu soruya, bütün ihtimalleri içine alan kesin bir cevap vermek imkânı yoktur. Söz konusu olabilecek belli başlı durumlara örnek olarak şimdilik aşağıdaki halleri anabiliriz: 10

— Şekil eksikliğine rağmen sözleşmenin ifa edileceği hususunda karşı 11

11) **v. Büren**, s. 147; **Schmidlin**, Art. 11, N. 41 vd.; **Schmidlin**, Der formungültige Grundstückkauf. Bemerkungen zur neueren Lehre und Rechtsprechung, ZSR 109/I (1990), s. 233 vd. - Bu düşünce tarzı, esas itibariyle Avusturya hukukunun (ABGB § 1432) çözümüne uygun düşüyor (**Schmidlin**, Art. 11, N. 41; **Koziol/Welser**, s. 152). Doğal borç görüşünün eleştirisi için bkz. **Koller**, not 7'de age, N. 260 vd., 288; **Serozan**, Die Überwindung der Rechtsfolgen des Formmangels im Rechtsgeshäft nach deutschem, schweizerischem und türkischem Recht, Tübingen 1968, s. 78 vd.; **Schmid**, not 4'de age, N. 667.

12) **Koller**, not 7'de age, N. 277 vd.

tarafta *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 yaklaşmış 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 karşılaşıyoruz. Yargıtay kararlarında da bu ilkenin isabetli bir şekilde uygulandığını görüyoruz. Yüksek Mahkemenin örnek olarak anacağımız aşağıdaki kararı, burada üzerinde durduğumuz olguya tam olarak uygun düşmektedir. Olayda davacı, davalının tatil köyü sitesi kuracağını ilân yolu ile duyurması üzerine, yüzlerce kişi gibi inanıp harici (resmî şekilde yapılmayan) sözleşme ile daire satın almış, satış bedelini ödemiş, karşı taraf ise edimini yerine getirmemiş bulunuyordu. Yüksek Mahkemeye göre, *"davalının emrolunan şekle riayet etmeksizin akti ifa edeceği fikrini uyandırarak davacıyı akit yapmaya yönelttiği, sözleşmedeki taahhütlerini yerine getireceğine dair davacıda tam bir güven yarattığı ve devam eden zaman içinde de bu güveni kuvvetlendirip sürdürdüğü, davacı ve diğer yüzlerce alıcıdan tahsil ettiği satış paralarıyla inşaatı az bir farkla tamamladıktan sonra Vakıflar Bankası'na kredi temini için ipotek ettiği, ardından borçlarından kurtulmak için cebrî ihale yoluyla taşınmazın Vakıflar Bankası'na satılmasına neden olduğu, böylece, sözleşmeyi imkânsız hale getirip ondan kurtulmak istediği kanaatine kavuşulmuştur. İşte sübut bulan bu olgulardan sonra, davalının satım sözleşmesinin şekil noksanlığı nedeni ile geçersizliğini ileri sürmeye kalkışması, MK. nun 2. maddesinde ifadesini bulan iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz. Hakkın 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 olacaktı.

12 — İkinci ve çok tartışmalı bir ihtimal ise şudur: Taraflardan biri, şekil 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 vermiş 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 aykırıdır". (**Uygur**, cilt 1, s. 259). Ayrıca bkz. yukarıda not 3.

ileri sürüyor, örneğin, ifa etmiş bulunduğu sözleşmeden doğan maldaki maddi ayıplara karşı tekeffül (sağlama) borcundan kurtulmak istiyor[14]. Bizzat İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, eski içtihatlarının da bir dökümünü vererek itiraf ediyor ki, Yüksek Mahkemenin kararları bu konuda zigzaklarla dolu çelişkili bir çizgi izlemiş bulunuyor[15].

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 sözlemeden sıyrılmak için şekil eksikliğine dayanırsa, bunu hemen MK. m. 2/II'ye aykırı saymak şu bakımdan yerinde görülmeyebilir ki, şeklin fonksiyonu esasen onu, daha sonra "Ben bu sözleşmeyi nasıl yaptım?" diye pişman olacağı işlemleri yapmaktan alıkoymak, bu hususta kendisini ikaz etmektir[16]. 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?

Alman hukukunda, *Flume* daha da ileri gidiyor ve "verilen sözün tutulmasına ilişkin ahlâki yükümlülüğe nazaran, şekle uyma zorunluluğunu öngören sebepler daha ağır bastığı içindir ki " kanun koyucunun bazı işlemleri şekle tâbi tuttuğunu belirten BGB'nin Gerekçesine dayanarak, şekil hükümlerinin amacına aykırı biçimde şekil eksikliğine dayanılmasına katlanılmazsa, bu hükümlerden tamamen vazgeçmek gerektiğini iddia ediyor[17].

Görülüyor ki, şekil eksikliğine şekil hükümlerinin amacı dışında kalan sebeplerle dayanılması halinde, MK. m. 2/II'nin uygulanabilip uygulanamayacağı, çok dikkatli ve ihtiyatlı bir şekilde ele alınması gereken bir meseledir. Fikrimizce, bu konuda, şekil eksikliğini ileri süren tarafın, şekil eksikliğini bilerek veya bilmeden ifa etmiş olması, varılacak sonuç üzerinde etkili olabilir. Gerçekten, *şekil eksikliğini bile bile* borcunu yerine getiren ve bu davranışı ile şekil hükümlerinin koruyucu amacına ihtiyaç duymadığını açığa vuran kimsenin, sonradan sanki bu korumaya ihtiyacı varmış gibi, aslında şeklin amacına yabancı maksatlarla şekil eksikliğine dayanması daha rahat biçimde MK. m. 2/II'nin kapsamına sokulabilir. Buna karşı şekil 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**, I/1, s. 239-240 ve orada anılan kararlar.
15) BGE 112. II. 336.
16) **Canaris**, 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 bağdaşmaz[18].

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 hukukî dayanaktan yoksun bir görüşe göre, şekil eksikliği halinde hakkın kötüye kullanıldığı iddiasının, *her iki tarafça hiç ifa edilmemiş sözleşmelerde* sadece olumsuz bir etkisi olabilir, yani bu iddia ancak olumsuz zararın giderilmesine ilişkin bir tazminat talebine yol açabilir. Bu gibi durumlarda MK. m. 2/II'ye dayanarak bir ifa talebinin ileri sürülmesine (olumlu etkiye) yer yoktur[19].

Bu düşünce tarzının artık savunulamayacak hale geldiği aşağıdaki olgulardan açıkça anlaşılır:

— Yukarıda gördük ki, sözleşme her iki tarafça büyük bölümü itibariyle ifa edilmişse, bu ifa serbestçe ve şekil eksikliği bilinerek yapılmış olmak kaydı ile, artık geçersizlik iddiası dinlenmez. O zaman ister istemez şu soru karşımıza çıkar: Sözleşmenin henüz ifa edilmemiş ufak bölümünün ifası istenemeyecek midir? Bu soruya, Türk hukuk uygulaması ile birlikte hiç kuşkusuz olumlu cevap verilecek ve bu bölüme ilişkin bir ifa talebi alacaklıya tanınacaktır[20].

15 — Yine yukarıda açıklandığı üzere, bir taraf borcunu tam olarak ifa ettiği halde, diğer taraf hiç ifa etmemiş bulunduğu veya onun açısından sadece tam ifa ile bir tutulamayacak kısmî bir ifanın gerçekleştiği durumlarda, örneğin, "çelişkili davranış yasağı"nın veya "ek unsur" olarak değerlendirdiğimiz diğer olgulardan birinin kapsamına giren bir olay söz konusu ise,

---

18) BGE 92. II. 327; **Koller**, not 7'de age., N. 297

19) Bkz. **Merz**, Art. 2, N. 485; **Koller** not 7'de age, N. 239'daki yollamalar; BGE. 104. II. 104; 112. II. 111 - Şu noktayı ekleyelim ki, son kararlarında, şekilsiz sözleşme büyük bölümü itibariyle ifa edilmiş olmadıkça aynen ifa talebine izin vermeyen 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 itibariyle ifa edilmiş sözleşmelerde, MK. m. 2/II aracılığı ile geri kalan bölümün ifasının talep edilebileceği görüşündedir. (BGE 104.II.104).

yine MK. m. 2/II uygulama alanı bulabilecek ve henüz ifa edilmemiş edimin yerine getirilmesi talep ve dava olunabilecektir[21].

Bu ihtimallerde aynen ifa talebini kabul edince, hiç ifa edilmemiş sözleşmelerde aynen ifa talebine kesinlikle yer olmadığını ileri sürmek imkânı olamaz[22]. 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 taşır[23]. Ne var ki, şekil hükümlerinin uygulamadan tamamen kalkmasını önlemek amacıyla, *ne gibi durumların MK. m. 2/II'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, öğretideki görüşlerden esinlenerek, aşağıdaki *iki halde*, her iki ta- 16
rafça 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 geçersizliğini ileri süren tarafın, şekil eksikliğine, ilerde işine gelmeyebilecek bir sözleşmeden sıyrılma imkânını saklı tutmak amacıyla kasten sebep olması.* Burada, genellikle taraflardan birinin, diğerini belirli bir şekle uyma mecburiyeti konusunda aldatması söz konusu olacaktır. Ne var ki, uygulamada bu ihtimalin gerçekleşme şansı o kadar fazla değildir; gerçekleşse bile, aldatmayı ispat etmek hiç de kolay olmayacaktır[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 Hukukunda, ifa veya ifa hareketlerine girişilmesi hallerinde MK. m. 2/II'ye dayanarak aynen ifa istenebileceği, yani MK. m. 2/II hükmüne olumlu bir etki tanınabileceği görüşünde: **Kılıçoğlu**, 7. Bası, s. 97-98; **Kılıçoğlu**, Yargıtay İçtihadı Birleştirme 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. 2/II'nin kapsamına 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 dermeyanı hakkının 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**, I, 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 kuralına ters düşen bir davranış ile engel olursa, buna rağmen şarta gerçekleşmiş gözü ile bakılır.

— **İkinci hal:** *Taraflardan her ikisi de şekil eksikliğinin farkında oldukları ve içlerinden biri şekle uyulmasını istediği halde, diğeri (herhangi bir şekilde kendisine açık bir kapı bırakmak maksadı olmasa ve başlangıçta sözünü tutmayı düşünse bile), şu veya bu biçimdeki üstün konumundan yararlanarak (örneğin karşı taraf ile aralarında bir ast-üst ilişkisi vardır veya o, diğerine nazaran ekonomik açıdan daha güçlüdür veya meslekî itibarına dayanmaktadır) sözleşmenin şekle bağlanmasını engellemişse,* yine aynen ifa talep edilebilecektir[25].

Buradaki durumun birincisinden farkı, şekil eksikliğinin birinci halde taraflardan birinin *hilesi* ile gerçekleşmesine karşı; ikinci halde (hile bulunmaksızın) diğer tarafın *üstün konumundan yararlanarak* uyguladığı ekonomik, mânevî vs. baskı sonucu meydana gelmesidir. Nasıl bir kimsenin şekil konusunda diğerini aldattığı ihtimallerde, onun bu hareket tarzından kendi lehine sonuçlar çıkarmasına izin verilmiyorsa, sırf mânevî alanda dahi kalabilen bir *baskı* sonucu şekil eksikliğine sebep olan kimsenin sonradan 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 (yüklenici), 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 mahkûm edilebilecektir[26].

17 Şu noktayı önemle ekleyelim ki, *her iki tarafça da hiç ifa edilmemiş sözleşmelerde, MK. m. 2/II'nin uygulama alanı yukarıdaki iki ihtimal ile sınırlıdır* ve bunun dışında kalan hallerde, bu hükme dayanarak aynen ifa davası açılamayacaktır. Bu sebeple, sadece *"venire contra factum proprium nemini licet"* (çelişkili davranış yasağı) hiçbir şekilde, sözleşmenin her iki tarafça da hiç ifa edilmemiş bulunduğu durumlarda, MK. m. 2/II'ye dayalı bir aynen ifa talebini harekete geçiremeyecek ve karşı tarafın sözüne (olayın özellikleri açısından haklı olarak) güvenip şekilsiz sözleşmeye razı olan

25) Bu düşüncede: **Larenz**, SR, I, s. 148; **Larenz**, AT, s. 414; **Larenz/Wolf**, 9.A., § 27, N. 73; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 557. Aksi düşüncede: **Medicus**, AT, N. 632.

26) Ayrıca krş. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Eşya Hukuku, c.1, 5. bası, İstanbul 1989, s. 678.

taraf, ancak aşağıda göreceğimiz biçimde *culpa in contrahendo* esasına dayalı bir olumsuz tazminat talebi ile yetinmek zorunda 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 durumdaki karşı tarafa empoze etmiş bulunmasıdır. "Çelişkili davranış yasağı" ilkesi, ancak ifanın hiç değilse *kısmen* gerçekleştiği ihtimallerde (örneğin emekli memur satış 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 açabilirdi[27].

18 Dikkat edilmesi gereken diğer bir nokta şudur: Nasıl, her iki tarafın sözleşmeyi büyük bölümü itibariyle ifa etmiş olmaları tam ifa ile bir tutuluyorsa; *karşılıklı borçların sadece ufak bir bölümünün ifa edilmiş olması da, sözleşmenin taraflarca hiç ifa edilmemiş olması ile bir tutulmak* ve yukarıda açıklanan esaslara tâbi olmak gerekir.

19 Buraya kadar yaptığımız açıklamalar gösteriyor ki, *ifa* unsuru, MK. m. 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 genişliyor*[28]. Bu yüzdendir ki:

— *Her iki tarafın da şekil eksikliğini bilerek ve gönül rızasıyla* sözleşmeyi *tam* olarak (veya tam ifa ile bir tutulacak biçimde) ifa etmiş olmaları halinde, başkaca bir şarta gerek kalmaksızın MK. m. 2/II uygulanabiliyor.

— İfa mevcut olmakla birlikte, *daha zayıf* biçimde gerçekleşmişse (örneğin her iki taraf da tam olarak ifa ettiği halde, her ikisi veya içlerinden biri ifa sırasında şekil eksikliğini bilmiyor veya sadece bir taraf ifa ettiği halde, diğer taraf ifa etmemiş bulunuyor), ifa unsuru tek başına MK. m. 2/II'nin uygulanabilmesi için yeterli olamıyor ve bunun yanında mutlaka (örneğin, çelişkili davranış 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. 2/II'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 iki ihtimal dışında, hiç uygulama alanı bulamıyor.

IV. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Söz Konusu Olduğu Durumlarda Kesin Hükümsüzlüğün (Butlanın) Etkisiz Kalması

1. Şekil eksikliği bulunan sözleşmenin geçerli sayılması

20 Yukarıda, çeşitli vesilelerle işaret ettiğimiz gibi, *MK. m. 2/II'nin uygulama alanı 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 hâkim olan düşüncedir. Buna göre, (esasen hâkim 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 hukukî 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 engellenmektedir[30]. 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 "düzelmesi" 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 Birleştirme 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 sürme hakkı için de bir sınır teşkil ettiği, buyurucu niteliği itibariyle hâkim 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 nullité, l'annulation et la résiliation partielle des contrats, Genève 1952, s. 22.

su olmayıp, butlanın MK. m. 2/II'nin işe karışmasıyla etkisiz kalması sonucu, işlem daha baştan geçerli olarak kurulmuş sayılmaktadır[31].

Bu konuda, bir ihtimalde tereddüt duyulabilir. MK. m. 2/II'nin devreye girmesine yol açan olgu, "taraflardan birinin kasten şekilsizliğe yol açması" örneğinde olduğu gibi daha baştan mevcut olmadığı ve hiç değilse kısmen onların sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleşen (örneğin, 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 olarak uygulanacak ve sözleşmedeki butlanı, sözleşmenin kurulduğu andan başlayarak bertaraf etmiş sayılacaktır. Bu, MK. m. 2/II'nin, şekil eksikliği sebebiyle hükümsüzlüğü düzenleyen BK. m. 11/II'yi sınırlamasının doğal ve kaçınılmaz bir sonucudur. 21

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 şekil eksikliğine dayanmanın bir hakkın kötüye kullanılması sayılacağını belirterek) sözleşmenin hüküm doğurduğunu 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 isteyebilecek, dilerse hükümsüzlüğe dayanıp ifadan kaçınabilecektir. Davranışları ile MK. m. 2/II'nin uygulanmasına yol açan tarafın, MK. m. 2/II'yi kendi yararına kullanarak, şekil eksikliğine rağmen sözleşmenin geçerli sayılması gerektiğini ileri sürmesine herhalde izin verilmeyecektir[32]. 22

Alman Hukukunda, hâkim 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 (hâkim 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, bâtıl sözleşmenin yanında, şekil noksanına sebep olan taraf (öngürülen sorumluluk dolayısıyla) geçerlilik kazanamayan borcun aynen ifasına yönelik bir taraflı, kaynağını taraf iradelerinde değil, kanunda bulan ("ex voluntatis" değil, "ex lege") ayrı bir borç altına girmektedir[33]. 23

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) **Larenz**, SR, I, s. 147; **Medicus**, AT, N. 631.

33) **Canaris**, not 16'da age., s. 277 vd.; **Flume**, § 15, III, 4, cc, s. 282.

— Bir taşınmazın devri amacı ile yapılmış, satış, bağışlama, ölünceye kadar bakma vs. sözleşmeleri şekil eksikliği sebebiyle kesin hükümsüz ise, tapu kütüğüne yapılacak tescilin hukuki sebebini, bu görüşe göre, satış, bağışlama vs. değil, yaratılan güvenden doğan sorumluluğa dayalı ve bizde ancak MK. m. 1 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 geçirmeyi vaat eden taraf, çok defa bunu yine sözleşmede ayrı ayrı maddelerde öngörülmüş çeşitli hükümler çerçevesinde üstlenir. İncelediğimiz görüşte, hakkını kötüye kullanana yüklenen ifa borcu, bütün bu hükümleri içermiyor, onlardan tamamen soyutlanmış bir nitelik taşıyorsa, bu, sadece sözleşmede yer alan hükümler çerçevesinde borç altına girmeyi kabul eden sözleşenlerin iradeleri ile bağdaştırılamayacak bir sonuç olur. Tersi kabul edilir ve aynen ifa talebinde bulunan tarafın, geçersiz kalmaya devam eden sözleşmedeki diğer hükümlerin de uygulanmasını isteyebileceği sonucuna varılırsa, böylesine çelişkili bir çözümü açıklamak herhalde kolay olmaz[34].

— Bu görüşün en zayıf taraflarından birisi, iki 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 altına 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 altına girmemiş karşı taraftan edimini yerine getirmesini nasıl isteyebilecektir?

V. Şekil Eksikliğine Yol Açan Tarafın Tazminat Yükümlülüğü

24 Buraya kadar yaptığımız açıklamalardan anlaşılacağı gibi, *MK. m. 2/II'nin şekil eksikliğinin sonuçlarını ortadan kaldırdığı tüm ihtimallerde, aslında kesin hükümsüz (bâtıl) olması gereken işlem geçerlilik kazanıyor* ve bunun sonucu olarak da MK. m. 2/II 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 gibi[35], hakkın kötüye kullanılmasının (aynen ifaya imkân tanıyan) olumlu etkisiyle, aynen ifa söz konusu olmaksızın davacıyı sadece bir olumsuz tazminat talebiyle baş başa bırakan olumsuz etkisi arasında bir ayrım yapmaya yer kalmamıştır. Şekil eksikliğine MK. m. 2/II'nin müdahale etmesine izin verilen tüm durumlarda sözleşme geçerli sayıldığına göre, artık "olumsuz etki" kavramı içine sokulan hallerin tümü MK. m. 2/II'nin uygulama alanı dışındadır. Örneğin, *her iki tarafça da*

34) Bkz. **Larenz**, SR, I, s. 147.

35) Örnek olarak bkz. **Tandoğan**, I/1, s. 242.- **Kılıçoğlu**, (7. bası, s. 97-98) yerinde olarak bu ayrımı reddetmekte, ancak sözleşmenin her iki tarafça da hiç ifa edilmemiş olduğu durumlarda hiçbir istisna tanımamak suretiyle burada savunulan görüşten ayrılmaktadır.

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 âdî yazılı biçimde yapılmışsa, yukarıdaki açıklamalarımızın ışığında[36], 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 alanı bulamadığı, bu sebeple de şekil eksikliği bulunan sözleşmenin geçerli sayılamadığı durumlarda*, şekil eksikliğine kusuruyla yol açan veya karşı tarafta uyandırdığı güvenin gereğini yerine getirmeyen taraf, aralarında dürüstlük kuralı gereğince (MK. m. 2/I) oluşmuş güven ilişkisine aykırı davranmış olması yüzünden bir *culpa in contrahendo* (sözleşme müzakerelerinde kusur) sorumluluğuna muhatap olur ve sebebiyet verdiği (ilke olarak) olumsuz zararların tazmini borcu altına girer[37]. Görüldüğü gibi, açılacak olumsuz tazminat davasının hukukî dayanağı *hakkın kötüye kullanılması* (MK. m. 2/II) değil, kaynağını MK. m. 2/I hükmünde (dürüstlük kuralında) bulan *culpa in contrahendo* ilkesidir.

Talep edilen tazminatta, hâkim, BK. m. 44 gereğince zarar görenin kusurunu dikkate alarak indirim yapabilir[38]. Şekil eksikliğini bilerek sözleşmeyi yapmak, dâvacı açısından, bu anlamda bir indirim sebebi oluşturabilir[39]. 25

Hata haliyle ilgili olarak BK.26/II'de, yetkisiz temsil ile ilgili olarak BK. 39/II'de yer alan ve "hakkaniyet" gerektirdiği takdirde, hâkime olumsuz zarar miktarını aşarak daha fazla tazminata hükmetme imkânını tanıyan hükümler burada da kıyas yolu ile 26

36) Bkz. yukarıda N. 16, 17.

37) Bkz. **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 557, 583; **Koller**, I, 2.A., § 12, N. 107; **Schwenzer**, Basler Komm., Art. 11, N. 18, 22. -Eskiden, bu gibi durumlarda talep edilebilecek tazminatı ahlâka 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 imkân tanımayan bu görüş yerinde değildir (Aynı doğrultuda: **Hatemi**, Hukuka ve Ahlâka 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. 41/II'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 tarafın, şekil eksikliğini bile bile sözleşmeyi yapmış ve diğer sözleşene güvenip borcun ifa edilmemesi rizikosunu üzerine almış olması ise, BK. m. 44 (zarar görenin kusuru) çerçevesinde değerlendirilir.

şekle ilişkin olanca, en geç sözleşmenin kurulduğu anda yapılmış olmalı

uygulanabilir. Böylece, olumlu zararın olumsuz zarardan yüksek olduğu durumlarda, yerine göre olumlu zarar miktarına ulaşabilen bir tazminat elde etmek imkânı doğabilir[40].

§ 31. Tarafların Anlaşması İle Kabul Edilen (Rızaî) Şekil

I. Genel Olarak

1 Taraflar anlaşarak, kanun gereği şekle bağlı olmayan bir hukukî işlemi (özellikle sözleşmeyi) belirli bir şekle bağlayabilirler. Bu konuda yapılacak "şekil sözleşmesi" herhangi bir şekle bağlı olmayıp, yerine göre örtülü (zımnî) irade beyanları ile dahi kurulabilir[1]. 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[2]. 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 hukuken bir değer taşımaz ve sözleşme kurulmuş olmaz[3]. Şu var ki, şekilsiz kabul beyanı yeni bir icap olarak görülebilir ve icapçı dilerse, bunu kabul ederek sözleşmeyi kurabilir[4].

3 BK. m. 16, esasen kanun tarafından şekle bağlı tutulmuş bir işlemin, daha ağır bir şekle bağlanması için yapılmış anlaşmalara da uygulanabilir. Örneğin, kanunun âdi yazılı şekle tâbi tuttuğu bir sözleşmenin, (metin baştan aşağı borçlunun el yazısı ile olmak üzere) nitelikli bir yazılı şekle veya resmî şekle bağlanmasında bu durum vardır[5].

4 Şekle ilişkin anlaşmanın, en geç sözleşmenin kurulduğu anda yapılmış olması gerekir. 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 yeni bir sözleşme yapmak istedikleri sonucuna da varılabilir ki, bu halde, kurulacak sözleşme bakımından yine BK. m. 16 uygulama alanı bulacaktır[6].

---

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

II. BK. m. 16'da Öngörülen Karineler

BK. m. 16, rızaî şekil ile ilgili olarak iki karine öngörmektedir:

1. Birinci karine (BK. m. 16/I): Taraflar, kararlaştırdıkları şekli sırf bir ispat belgesi sağlamak üzere düşünmüş olabilecekleri gibi, bu şekil şartı gerçekleşmeden hiçbir şekilde yükümlülük altına girmemeyi de istemiş olabilirler. BK. m. 16/I'de öngörülen karineye göre, tersi anlaşılmadıkça, taraflarca kararlaştırılan şekil bir ispat şekli değil, geçerlilik şekli sayılır ve bu şekle uyulmadığı sürece tarafları borç altına sokan bir ilişkiden söz edilemez. 5

BK. m. 16/I'de karine olarak kabul edilen geçerlilik şekline uyulmadığı takdirde bunun yaptırımının ne olacağı tartışmalıdır. Biz, şekil gerçekleşmedikçe, sözleşmenin kurulmuş sayılamayacağı (yokluk) görüşünü[7] yerinde görmüyoruz. Fikrimizce, kanun tarafından öngörülmüş şekillere uymamanın yaptırımı ne ise, burada uygulanacak yaptırım yine o olmalıdır[8]. Esasen, modern hukuk düzenlerinde, şekil ilke olarak hukukî 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 düşünceler[9] kanundan doğan şekiller için ne derece geçerliyse, burada da aynı ölçüde geçerlidir[10]. Şu halde, tarafların anlaşması ile öngörülen şekle uyulmadığı sürece, yapılan işlem tıpkı kanuna dayalı şekil şartlarına uyulmadığı zaman olduğu gibi kesin hükümsüz sayılmalıdır. Şu noktayı hiç gözden kaçırmamak gerekir ki, ortada *kanun* tarafından emredilmiş bir şekil bulunmadığından, taraflar her zaman yeni bir anlaşma yaparak öngördükleri şekli değiştirebilir veya şekil şartından tamamen vazgeçebilirler. Özellikle, her iki tarafın hiçbir çekince (ihtirazî kayıt) öne sürmeksizin şekilsiz sözleşmeyi karşılıklı ifa etmeleri, genellikle onların örtülü biçimde (zımnen) şekil şartını bertaraf ettikleri anlamını taşır[11]. 6

İsviçre Federal Mahkemesinin 20 Ekim 1986 tarihli kararına göre, özellikle milletlerarası ilişkilerde, sonradan yazılı bir sözleşme düzenlenmesi öngörülse dahi, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun teleks mesajları ile şimdiden bağlanmak istediklerini kabul etmek bu alandaki âdetlere uygun düşer. Böylece, bu gibi durumlarda, BK. m. 16/I'deki karinenin uygulanması önlenmekte ve sonradan düzenlenecek sözleşme metnine sadece bir ispat belgesi niteliği tanınmış olmaktadır. Federal Mahkemeye nazaran, teleks me- 7

---

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 Komm., 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.

sajları ile sözleşmenin kurulmasına 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 noktaları açıklığa kavuşturmak gibi yararları vardır[12].

2. İkinci karine (BK. m. 16/II).

8 Taraflar, sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasını kararlaştırmış olmakla birlikte, bunun nasıl gerçekleşeceği hususunu belirtmemişlerse, Borçlar Kanununun düzenlediği kanundan doğan âdi yazılı şekle ilişkin hükümler (BK. m. 13-15) burada da uygulama alanı bulacaktır[13].

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 değiştirilmesine izin veren BK. m. 12 hükmü girmez. Taraflar, yaptıkları şekil anlaşmasını, hiçbir şekle uymadan (çok defa iradeyi gösteren davranışlarla, yani örtülü biçimde) değiştirebilirler. Bu, onların irade özerkliğinin normal bir sonucudur. Şu halde, örneğin, kararlaştırılan âdi 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 taşır[14].

---

12) BGE 112. II. 326. Ayrıca bkz. **Giovanoli**, Télécommunications et forme écrite dans les contrats internationaux, Mélanges Piotet, Berne 1990, s. 427 vd.; **Merz**, Vertrag, s. 136, not 130. — **Merz**'in (Vertrag, N. 408) Federal Mahkeme'nin çözümünü teleks dışındaki diğer modern 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. 16/II, İsviçredeki aslına uygun biçimde, bu şekilde anlaşılmalıdır.

14) **Schmidlin**, Art. 16, N. 43 vd.; **Schwenzer**, Basler Komm., Art. 16, N. 10; **Bucher**, AT, s. 174; **v. Tuhr/Peter**, § 30, VIII, 2. s. 245.

DÖRDÜNCÜ ALT BÖLÜM

SÖZLEŞMELERİN YORUMU VE TAMAMLANMASI

§ 32. Sözleşmelerin Yorumlanması

I. Genel Olarak

Bir hukukçunun belirli bir olgunluk düzeyine geldiğini gösteren en önemli kriter, onun, kanunları ve sözleşmeleri isabetli bir biçimde yorumlayabilecek kıvama erişmiş olmasıdır. Bu da, uzun yıllar boyunca, tecrübe ile öğrenilir. Onun içindir ki, tıpkı kanunların yorumu gibi, sözleşmelerin yorumu da kitaplarda edinilen bilgilerden ziyade meslek hayatının içinde pişerek elde edilen bir yetenektir. Bu noktayı dikkate alarak, konuyu ana hatları ile ve kuşbakışı gözden geçirmekle yetineceğiz. 1

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 tipi, kurulduğu (özellikle tarafların bu konuda görüş birliği içinde olmaları sebebiyle) sâbit olan sözleşmenin (ister tümü, ister sadece bir veya bir kaç hükmü söz konusu olsun) içeriğinin ne olduğu ve nasıl anlaşılması gerektiği konusunda taraflar arasında görüş ayrılığı çıkması ile ilgilidir. Bu durumda, bir "yorum uyuşmazlığı (ihtilâfı)" vardır ve hâkimin, yorum yoluyla, sözleşmenin kararlaştırılmış içeriğini ortaya çıkarması gerekmektedir[1].

Bazı hallerde, bu iki uyuşmazlık bir arada bulunabilir[2]. 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.; **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 324 vd.; **Eren**, s. 422 vd.; **Kaplan**, Hâkimin sözleşmeye müdahalesi, Ankara 1987, s. 15 vd., 22 vd.

2) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1199; **Kaplan**, not 1'de age, s. 23-24; **Eren**, s. 424.

sözleşmelerin yorumuna ilişkin genel kuralı ifade eden bir hüküm değildir. Madde, tarafların kullandıkları deyimlere bakılmaksızın, onların gerçek ve ortak maksatlarını esas almak gerektiğini ifade ederken iki ayrı ihtimali birbirinden ayırmaktadır:

— Birinci ihtimal, tarafların "hakikî maksatlarını gizlemek için", gerçek iradelerine uymayan ifadeler kullanmış olmalarıdır. Bu takdirde, bir muvazaa (danışıklı işlem) söz konusudur ki, bunu, daha sonra beşinci alt bölümde inceleyeceğiz.

— İkinci ihtimal, taraflarca "sehven" (yanlışlıkla) gerçek iradelerine uymayan beyanların yapılmış olması halidir ki, bu durumda "yanlış belirtme zarar vermez" *(falsa demonstratio non nocet)* kuralı uygulanır ve sözleşmenin içeriği her ikisi de yanılarak beyanda bulunmuş tarafların birbirine uygun gerçek iradelerine göre belli edilir. Örneğin, piyasada adı "x" olan bir malın adının "y" olduğunu sanan taraflar, "y"nin satıldığına ilişkin bir sözleşme yapsalar bile, onların her ikisinin de gerçekte "x"i kastettikleri anlaşılırsa, sözleşme "x"in satışına ilişkin bir sözleşme olarak görülür. Bunun gibi, taraflar 3 no.lu dairenin kiralanması hususunda mutabık kaldıkları halde, farkına varmadıkları bir daktilo hatası sonucu, imzaladıkları kira sözleşmesine 5 no.lu dairenin kiralandığı yazılır ise, sözleşme yine 3 no.lu daireye ilişkin olarak meydana gelmiş sayılır[3].

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, daima şu veya bu biçimde dış âlemde kendisine dayanak bulan bir iradedir[4].

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 içermemektedir[5]. Bununla beraber, BK. m. 18/I'in yorum açısından tamamen işe yaramaz bir hüküm olduğunu sanmak da yanlış olur. Zira, bu hüküm ile, kanun koyucunun sadece söze (lâfza) dayalı bir yorumu kabul etmediği açıkça belirtilmiş bulunmaktadır[6].

---

3) **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 62 vd.
4) **Kramer**, Art. 18, N. 16; **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 25 .
5) **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 9.
6) **Meier-Hayoz**, Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss, Aarau, 1948, s. 129; **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 9 ; **Wiegand**, Basler Komm., Art. 18, N. 35.

BK. m. 18/I'in, kenar başlığının aldatıcı ifadesine rağmen, yorum ile ilgili genel bir hüküm oluşturmadığını bu şekilde açıkladıktan sonra, sözleşmelerin yorumunda en büyük dayanağın MK. m. 2/I'de yazılı dürüstlük kuralında aranması gerektiğini hatırlatmakta yarar vardır. Nitekim, yapılan inceleme sonunda, tarafların gerçekten ve fiilen neyi istedikleri anlaşılamıyorsa; onların MK. m 2/I'in ışığında ve olayın bütün hal ve şartları dikkate alınarak, dürüst ve makul sözleşenler sıfatı ile o sözleşme çerçevesinde neyi istemiş sayılabilecekleri araştırılacak ve buna göre bir sonuca varılacaktır[7].

II. Belli Başlı Yorum Araçları

1. Hareket noktası, hiç kuşkusuz, tarafların kullandıkları sözcükler, bunların sözlük anlamları ve dilbilgisi kurallarıdır. Kullanılan deyimlere 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 yoruma temel teşkil edecektir[8]. 5

Şu noktayı hiç gözden kaçırmamak gerekir ki, sözleşmede yer alan kelimeler ve bunların sözlük anlamları yorum treni için sadece bir hareket istasyonundan (ilk istasyondan) ibarettir. Yorum sonucuna ulaşmak için bu trenin daha pek çok istasyona uğraması zorunludur.

Öğretide kabul edildiği üzere, bütün diğer yorum araçlarına başvurulduğu halde başka bir sonuca varılamadığı takdirde, son aşamada, yine ister istemez sözleşmenin sözüne dönmek ve yorumu buna göre yapmak zorunluluğu ortaya çıkacaktır[9]. 6

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 reddedilmektedir[10]. 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 gözüktüğü halde, bir başka meselede o kadar açık olmaması ihtimali de vardır[11]. Nihayet, *açık bir beyana rağmen, bunun başka bir anlama gelebileceği* 7

7) Bkz. **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 306, 332; **Kramer**, Art. 18, N. 15.
8) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1206 vd.; **Kaplan**, not 1'de age, s. 31 vd., 55; **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 405-406.
9) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1220; **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 369.
10) **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 368; **Kramer**, Art. 18, N. 47; **Wiegand**, Basler Komm., Art. 18, N. 25; **Schwenzer**, N. 33.04.
11) Bkz. not 10'da anılan **Jäggi/Gauch**

bizzat BK. m. 18/I tarafından kabul edildiğine göre, "açık hüküm yorumlanmaz" ilkesi, BK. m. 18/I hükmü ile de bağdaşmamaktadır[12].

Daha önce her iki yönde de kararları bulunan İsviçre Federal Mahkemesi de, yeni kararlarında açık seçik bu görüşü benimsemiştir[13]. Yüksek Mahkeme'ye göre, açık bir metin karşısında daha baştan diğer yorum ilkelerine 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 (lâfza) dayalı bir yorum yasaklanmıştır. Bir sözleşme hükmü ilk bakışta açık bir nitelik taşısa bile, sözleşmenin diğer hükümlerinden, taraflarca ulaşılmak istenen amaçtan veya diğer hal ve şartlardan, bu hükmün sözünün (lâfzının) 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 hükmü, çeşitli maddeler içeren bir sözleşmenin bir parçasından ibarettir. Onu, diğer maddelerden soyutlayarak yorumlamaya çalışmak büyük bir yanılgı olur. Şu halde, bir sözleşme hükmünün, onun sözleşmenin tüm hükümleri ile olan bağlantısı gözönünde tutularak değerlendirilmesi şarttır[14].

> Yargıtay bir kararında, bu ilkeyi şöyle ifade etmiştir: "Yorumda genel kural, tarafların gerçek ve ortak amaçlarını tespit olunca, bu takdirde lâfzî yoruma itibar edilemeyeceği kendiliğinden meydana çıkar. Bu bakımdan, sözleşmenin her bölümü, sözleşmenin tümü göz önüne alınarak yorumlanmalıdır"[15].

9 4. Doğrudan doğruya irade beyanı olgusuna dahil bulunmayan ve öğretide bir çok hallerde "tamamlayıcı yorum araçları" başlığı altında toplanan diğer yorum araçları, bazan "hal ve şartlar", bazen "sözleşme dışı olgular" olarak ifade edilir ki[16], bunlar arasında (örnek olarak) şunlar anılabilir[17]:

— 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 Obligationenrehcts, Zürich 2003, s. 90 vd.; BGE 127.III.444, JdT 2002.I.213; BGE 130.II.417; JdT 2005.I.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 (**Karahasan**, TBH, GH, cilt 3 (2004), s. 262).

16) **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 354.

17) Bkz. **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1212 vd.; **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 355 vd.; **Kaplan**, not 1'de age, s. 34 vd.

— Sözleşmenin kurulmasından önce gerçekleşen olgular, özellikle sözleşme görüşmeleri ve bu görüşmeler sırasında gerçekleşen davranışlar, düzenlenen belgeler;

— Tarafların sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleşen ve onların sözleşme kurulurken gerçek maksatlarının ne olduğunu aydınlatmaya elverişli davranışları, özellikle sözleşmenin az çok uzunca bir süre, tarafların itirazı ile karşılaşmaksızın 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 ki, kanunun 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 olur[19]. 10

III. Bazı Yorum İlkeleri

1. Sözleşme, kurulduğu andaki duruma göre *(ex tunc)* yorumlanmalı, yani tarafların o andaki iradelerinin ne olduğu araştırılmalıdır. Sözleşmeden sonraki davranışlar, ancak, geçmişte sözleşme meydana gelirken taraf iradelerinin ne olduğu hususunda aydınlatıcı rol oynadıkları ölçüde değer taşır[20]. 11

2. Sözleşme, *dürüstlük kuralının* (MK. m. 2/I) ışığında yorumlanmalıdır. MK. m. 2/I'in bir uzantısı olan *güven ilkesi*, doğrudan doğruya uygulama alanını *münferit irade beyanlarının* yorumlanmasında bulur. Bununla beraber, yorum uyuşmazlığı taraflardan birinin irade beyanına verilecek anlama ilişkin bulunduğu zaman, güven ilkesinden sözleşmenin yorumlanmasında doğrudan doğruya yararlanmak imkân dahiline girer[21]. 12

3. *Kanuna uygun yorum* ilkesi, İsviçre öğretisine göre, şu üç anlamı ifade eder[22]: 13

— Kanunun tamamlayıcı hükümlerinden ayrılan anlaşmalar dar yorumlanmalıdır[23].

— Tereddüt halinde, kanunun tamamlayıcı hükümlerine uyan yorum tarzı üstün tutulmalıdır. Zira, tamamlayıcı hükümlerden farklı bir düzenle-

---

18) "... tarafların sözleşmeyi uzun süre uygulama biçimi sözleşmeye verdikleri anlamın tayininde önemli bir unsur oluşturur" (HGK., 18.11.1983, E. 981/6-420, K. 1173, **Karahasan**, TBH, GH, cilt 3, 2004, s. 253).

19) **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 384; **Kaplan**, not 1'de age, s. 40 vd.; **Kramer**, Art. 18, N. 35.

20) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1223; **Kaplan**, not 1'de age, s. 58-59.

21) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1224, 1226.

22) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1230.

23) Bkz. **Kaplan**, not 1'de age, s. 70; **Eren**, s. 430; **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 447.

me getirilmek istendiği vakit, bunun yeterince açık biçimde ifade edilmesi gerekir[24].

— Taraflar bir kanun hükmünü alıp onu sözleşme içeriği haline getirmişler, yani sözleşmelerinde bir kanun hükmünü tekrarlamışlarsa, bu hükmü bir sözleşme hükmü olarak değil, kanundaki anlamına göre yorumlamalıdır.

14 4. Sözleşmeyi veya bir sözleşme hükmünü geçerli olarak ayakta tutacak *(favor negotii)* ve ona makul bir anlam verecek yorum tarzına üstünlük tanınmalıdır[25].

15 5. Sözleşmede yer alan bir haktan vazgeçilmesine ilişkin bulunan beyanlar dar yorumlanmalıdır[26].

16 6. Şüphe ve tereddüt halinde, *borçlunun yararına olan anlama* üstünlük tanınmalıdır *("In dubio mitius", "favor debitoris")*[27]. 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 âdil bir denkleştirmeyi en iyi gerçekleştiren çözüme üstünlük tanınır[28].

Jäggi/Gauch'a göre, taraflar arasında âdil bir denge kurabilen iki yorum tarzı var ise, yine, bunlardan borçlu yararına olanı tercih edilmek gerekecektir[29].

17 7. Anlamı açık olmayan hükümler, tereddüt halinde, onları kaleme alan aleyhine yorumlanmalıdır *("İn 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 uygulanmalıdır[30].

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 ilkelerden birincisine göre borçlu lehine, ikincisine göre ise, borçlu aleyhine olan yorum tarzına üstünlük tanımak gerekecektir. *Jäggi/Gauch*'un görüşüne göre, ilke olarak, bu gibi durumlarda anılan ilkelerden 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 kazanır[31].

---

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. II. 268).
25) **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 441.
26) **Kramer**, Art. 18, N. 39.
27) Aksi görüşte: **Kramer**, Art. 18, N. 48
28) **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 450.
29) Bkz. not 28.
30) **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 451-452.
31) **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 460-461. Aynı düşüncede: **Kaplan**, s. 74-75. — Bu çözümün, ilk bölümü kolaylıkla benimsenebileceği halde, ikinci bölümünün isabet derecesi tartışı-

IV. Taraflarca Kararlaştırılmış Yorum İlkeleri (Yorum Anlaşmaları)[32]

19 Tarafların özellikle uzun, karışık, çeşitli belgelerden oluşan bir bütün şeklinde karşımıza çıkan sözleşmelerde, anlaşarak bazı yorum kuralları kabul etmelerine bir engel yoktur. Hiç kuşkusuz, yorum kuralları getiren anlaşmanın bizzat kendisi de yoruma tâbi olmaktan kurtulamaz.

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 anlama geldiği* belirtilir ve bu yoldan ilerde çıkması muhtemel ihtilâflar önlenmek istenir.

— İkinci olarak, sözleşmenin çeşitli hükümleri arasında çelişki ortaya çıktığı vakit, *birbiri ile bağdaşmayan hükümlerden hangisine, diğerine nazaran öncelik tanınacağı* bu şekilde kararlaştırılabilir. Bu durum, büyük çaplı inşaat sözleşmelerinde kolaylıkla gerçekleşebilir. Bu gibi sözleşme ilişkileri, çeşitli zamanlarda kaleme alınmış belgelerden oluşan bir bütün manzarası arz eder (Genel 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.

Yorum anlaşması ile, yorum uyuşmazlığına konu teşkil eden sözleşme hükmünün anlamını belirlemek veya çelişkili hükümlerden hangisine öncelik tanınacağını belli etmek hakkı sadece *taraflardan birine* bırakılmışsa, böyle bir anlaşma kişilik haklarını koruyan MK. m. 23/II ile bağdaşmadığı için geçerli sayılamaz.

V. Şekle Bağlı İşlemlerin Yorumlanması

20 Tartışmalı olmasına rağmen, son zamanlarda hâkim olan görüşe göre, "yorum" problemi ile "şekil" problemi birbirinden ayrı olarak ele alınmalıdır. Buna nazaran, geçerliliği bir şekle bağlanmış işlemlerin yorumlanması, aynen şekle bağlı olmayan işlemlerde olduğu gibidir. Bu bakımdan, hiç değilse ilk aşamada, 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

---

labilir. 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 yararına yorum ilkesi"nin ön plâna geçtiği söylenebilir.

32) Bu konudaki açıklamalar için bkz. **Gauch/Schluep/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 gerekecektir[33].

VI. Yorum ve Sözleşmenin Nitelenmesi

21 Taraflar, genellikle, yaptıkları sözleşmeyi hukuken nitelemeyi, örneğin onu bir "satış", "kira", "istisna = eser" veya "vekâlet" sözleşmesi olarak adlandırmayı ihmal etmezler. Ne var ki, bir sözleşmenin gerçekten bir "satış" veya "istisna" sözleşmesi sayılabilmesi için, tarafların onu bu şekilde adlandırıp nitelendirmiş olması kesinlikle yeterli değildir. Sözleşmenin hukuken nitelenmesi, yorumdan farklı olarak, tamamen taraf iradelerinin dışında kalan bir husustur. Önüne gelen sözleşmenin (taraflar onu ne şekilde nitelendirmiş olurlarsa olsunlar) gerçekte hukuken hangi kategoriye sokulması gerektiğini, sözleşmenin içeriğine bakmak suretiyle, hâkim re'sen araştırıp belli eder. Zira, içeriğinde yer alan hükümlerden "satış" olduğu anlaşılan bir sözleşme, taraflar onu "kira" olarak adlandırdılar diye "kira" olmaz[34].

§ 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 hiç veya tam olarak düzenlemedikleri ortaya çıkabilir. Bir başka deyimle, sözleşmede "boşluk" vardır. Ne var ki, bir boşluktan söz edebilmek için, tarafların o konuda susmuş olmaları, (örtülü biçimde de olsa) olumsuz çözümü benimsemiş oldukları anlamını taşımamalı, yani nitelikli bir susmadan söz edilebilmelidir. Bu da, sözleşmede bir boşluktan bahsedebilmek için önce onu yorumlamak gerektiğini gösterir[1].

Hâkim, 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 tüm özelliklerini dikkate almak suretiyle, taraflar sözleşmenin kurulması sırasında bu boşluğun farkına varmış olsalardı, dürüst ve makul düşünen kişiler olarak MK. m. 2/I çerçevesinde hangi çözüm üzerinde mutabık kalırlardı,

---

33) **Schmid**, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, Freiburg, 1988, N. 915; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1243 vd., 1247; **Kramer**, Art. 18, N. 59. Krş. **Kaplan**, not 1'de age, s. 80-81.

34) **v. Tuhr/Peter**, § 34, II, s. 290-291; **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 225-226.

1) Özellikle bkz. **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 486 vd.; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1248.

bunu araştıracaktır[2]. Şu var ki, bu şekilde varılan sonucun, tarafların anlaşması sonucu sözleşme içeriğine girmiş açık hükümlerle çatışmaması gerekecektir[3]. Görülüyor ki, burada, farazî (varsayımsal) iradeler arasındaki, (ister istemez yine farazî diye nitelenmek gereken) bir uyuşma araştırma konusu olmaktadır.

Çok tartışmalı olan mesele şudur: Sözleşmedeki boşluğun hâkim tarafından doldurulması söz konusu olduğu zaman, önce, yukarıda belirtildiği üzere farazî iradelerin tespitine mi çalışılacaktır, yoksa kanunun konuya ilişkin tamamlayıcı hükümleri mi uygulanacaktır? Bizim üstün tuttuğumuz düşünce tarzına göre bu sorunun cevabı şöyle olmalıdır[4]: 2

İlke olarak, ilk plânda, kanunun tamamlayıcı hükümlerine başvurmak yerinde olur. Bunlar, kanun koyucunun, taraflar arasında âdil bir menfaat dengesi kurmak 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 vardır[5]. Öğretide, hâkimin kanuna bağlılığını düzenleyen ve onu ilk plânda 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 belirtmek üzere ayrıca anlaşıp sözleşmeye hüküm koyma mecburiyetinde kalmaları gibi garip bir sonuç ortaya çıkabilecektir[6].

II. İstisnalar

Yukarıda belirtilen temel ilkenin *istisnaları* vardır. Aşağıda, öğretide üzerinde durulanlar arasından seçerek belirttiğimiz istisnalardan biri mevcut ise, artık tamamlayıcı kanunun hükmüne başvurmaksızın, hâkim doğrudan doğruya tarafların MK. m. 2/I çerçevesinde değerlendirilecek farazî iradelerine göre sözleşmedeki boşluğu doldurabilecektir: 3

— *Birinci istisna:* Sözleşmenin incelenmesinden, tarafların açıkça veya örtülü biçimde, tamamlayıcı kanun hükümlerinin uygulanmasını istemedikleri, bunu bertaraf ettikleri anlaşılıyorsa;

— *İkinci istisna:* Kanunda mevcut ve "tipik" durumlar için öngörülen tamamlayıcı hüküm, olaydaki sözleşme "atipik"olduğu, yani bu tip sözleş-

2) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1257; **Kaplan**, Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 1987, s. 86 vd.

3) **Larenz/Wolf**, 9.A., § 33, N. 10.

4) Buradaki açıklamalar için bkz. **Larenz**, AT, s. 546 vd.; **Kramer**, Art. 18, N. 230 vd.; **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 501 vd.; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1254 vd.; **Kaplan**, not 2'de age, s. 88 vd.

5) **Larenz**, AT, s. 547.

6) Bkz. **Kramer**, Art. 18, N. 232.

melerde genellikle rastlanmayan ek unsurlar ve özellikler içerdiği için, bu sözleşmeye uymuyor ve bu sebeple uygulanmaya elverişli olmaktan çıkıyorsa, hâkim yine doğrudan doğruya tarafların farazî iradelerine başvurmak imkânını kazanacaktır[7]. Bu istisnanın uygulama alanı bulacağı ihtimallerden bir tanesi de, kanun hükmünün eskimiş ve çağdaş sözleşmelerdeki boşlukları bunların özellikleri ile uyum içinde dolduramaz hale düşmüş olmasıdır[8].

İkinci istisna açısından yukarıda yapılan açıklamalar, "alelâde" (sıradan) diye niteleyebileceğimiz tamamlayıcı hükümler için geçerlidir. Oysa, kanunda alelâde tamamlayıcı hükümlerden "daha güçlü" veya "daha zayıf" tamamlayıcı hükümlere de rastlanır. Bunların durumunu ayrı ayrı ele almak yerinde olur:

— "Daha güçlü" diye adlandırdığımız tamamlayıcı hükümler, ancak "yazılı" veya "açık" (sarih) bir anlaşma ile bertaraf edilebilen hükümlerdir (örnek: BK. m. 195, 211/III). Tarafların anlaşarak daha zor bertaraf edebildiği bu gibi hükümler, diğer tamamlayıcı hükümlere nazaran daha yüksek derecede bir yürürlükte kalma gücüne sahiptir. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, bu gibi hükümleri, taraflar arasında bunların uygulanmasını engelleyen "yazılı" veya "açık" bir anlaşma bulunmadığı takdirde, sırf olaydaki somut sözleşmeye uygun düşmedikleri (yani o sözleşme açısından "uygulanabilir" bulunmadıkları) gerekçesi ile bir köşeye bırakmak mümkün değildir[9].

— "Daha zayıf" ("en yüksek derecede ikincil") tamamlayıcı hükümler ise, ifade tarzlarına göre *en son sırada* uygulanmak üzere kaleme alınmış hükümlerdir. İçerikleri açısından, âdil bir düzenleme getirme amacı taşımayıp, tamamen teknik bir nitelik taşıyan bu gibi hükümler söz konusu olduğu zaman, hâkim önce bunları uygulayacak yerde, (farazî taraf iradelerinin de dikkate alınabileceği) olayın ve hukukî ilişkinin özelliklerine göre sözleşmedeki boşluğu doldurabilir[10]. Örneğin, BK. m. 74'e göre, *"Ecel meşrut olmadığı veya işin mahiyetinden (İsv. BK. nun Almanca metnine göre "hukukî 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 farazî iradelerine göre bulunacak bir çözüm) her açıdan ilk sıralarda göz önünde tutulacak ve BK. m. 74 ancak diğer yollardan bir sonuç alınamadığı 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. **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 518.
8) **Kramer**, Art. 18, N. 233.
9) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1255; **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 519.
10) **Medicus**, AT, N. 341; **Kramer**, Art. 18, N. 233.

dayanır. Bu düşünce açısından, sözleşmede boşluk olması demek, kanunda o konuya ilişkin tamamlayıcı bir hükmün yer almaması demektir. Şu halde, sözleşmeyi tamamlamak için, hâkim önce MK. m. 1/I, c. 2 uyarınca kanundaki boşluğu kendisi tarafından konulacak genel ve soyut nitelikte tamamlayıcı bir kural ile dolduracak, daha sonra bu kuralı sözleşmeye uygulayacaktır (Sözleşmenin dolaylı biçimde tamamlanması). Genellikle kabul ediliyor ki, bu hareket tarzı, ancak hâkimin sözleşmeyi tamamlamak üzere koyacağı kuralın genelleştirmeye elverişli olması, yani benzer nitelikteki sayısız olaylara uygulanabilir bir nitelik taşıması halinde düşünülebilir. Şu halde, olaydaki sözleşmenin atipik, bireysel, kendine özgü karakterlerinin ağır bastığı ölçüde bu görüşe katılmak imkânı kalmayacaktır. Zira, artık, "bu tip" bir sözleşmenin değil, olaydaki "somut sözleşmenin" ("bu sözleşmenin") tamamlanması söz konusudur[11].

III. İlginç Bir Örnek

Sözleşmelerin tamamlanması ile ilgili ilginç bir örneğe Alman Federal Mahkemesi'nin 18.12.1954 tarihli kararında[12] rastlanıyor. Olayda, farklı şehirlerde mesleklerini icra eden iki hekim, 1951 yılı şubat ayı başında muayenehanelerini değiş tokuş etmeğe karar veriyor ve 1 Temmuz 1952 tarihinde sözleşmeye uygun biçimde bunu gerçekleştiriyor, her biri diğerinin evine ve muayenehanesine yerleşiyorlar. Ne var ki, kısa bir süre sonra aralarında uyuşmazlık çıkıyor ve içlerinden biri terk ettiği şehre dönme ve eski muayenehanesinin yanı başında tekrar mesleğini icra etme niyetini diğerine bildiriyor. Bunun üzerine, diğeri, bunun engellenmesi için bir önleme (kaçınma, içtinap) davası açıyor. Yüksek Mahkeme, taraflar arasındaki sözleşmenin kanuna veya ahlâka aykırı sayılamayacağını tespit ettikten sonra[13] şu sonuca varıyor: Sözleşmede, bu ihtimal hiç düşünülmediği için, konuya ilişkin herhangi bir hüküm mevcut değildir. Şu halde, mevcut boşluğu doldurmak üzere, tarafların dürüstlük kuralı ve iş hayatındaki âdetleri dikkate almak ve sözleşmenin tüm amacını gözönünde tutmak suretiyle, bu konuda beyanda bulunsalardı hangi düzenlemeyi getirmiş olacaklarını araştırıp bulmak gerekir. Sözleşen taraflardan birisinin, 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 olmayan biçimde yeni ve ek bir yükümlülük tanınması anlamını taşımayacak ve sadece değiş tokuş sözleşmesinin amacı ile yakın ilişki içinde bulunan ve sözleşmenin kararlaştırılmış çerçevesi içinde yer alan bir yan yükümlülüğün somutlaştırılmasından ibaret kalacaktır. Bizce, karar yerinde olmakla birlikte, öngörülen 2-3 yıllık yasak süresinin sözleşmenin amacını kurtarma bakımından yeterli olup olmadığı tartışma götürür.

---

11) **Jäggi/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 itibariyle ahlâka aykırı olmadığı ve geçerli sayılması gerektiği yolundaki İsviçre içtihatları ve bu görüşün sınırları hakkında bkz. **Bucher**, Art. 27 ZGB, N. 191.

irade bozuklukları = hata
hile
ikrah (korkutma)

BEŞİNCİ ALT BÖLÜM

İRADE BOZUKLUKLARI VE GABİN

§ 34. İrade Bozuklukları Kavramı, Zihnî 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 oluştuğu halde, onu dış dünyaya yansıtıp yürürlüğe koymak üzere yapılan *beyan*, (iç) iradeye uymamaktadır (zihnî kayıt, ciddî olmayan beyanlar, muvazaa ve beyan hatasında olduğu gibi).

Derhal fark edileceği üzere, "irade bozukluğu" deyimi, gerçekte, bu hallerden sadece birincisi için doğrudur. İkinci halde, bozukluk, iradede değil beyandadır[1].

Yukarıdaki açıklamalar, "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.

II. Zihnî Kayıt (Reservatio mentalis)

Bir kimse, bilerek ve isteyerek gerçek iradesine uymayan bir beyanda bulunur, yani "hayır" diye düşündüğü halde, karşı tarafı yanıltmak üzere bile bile "evet" derse, zihnî kayıt söz konusu olur[2]. Uygulamada hemen hemen hiç rastlanmayan bu durumun[3] sonucu, ilke olarak, beyanda bulunanın beyanı ile bağlı tutulmasıdır. Ancak, karşı taraf, her nasılsa zihnî kaydın farkına varır veya farkına varması, hal ve şartlara göre ondan beklenebilirse, beyan yine geçerli tutulacak mıdır? Bu konu çok tartışmalıdır. 3

— Bir görüşe göre, zihnî kayıt altında beyanda bulunan, yani bile bile gerçek iradesine uymayan bir beyanda bulunan kişi, karşı taraf durumu anlasa dahi bu beyanı ile bağlı tutulmalıdır[4].

— İkinci bir görüşe nazaran, irade beyanlarının yorumunda uygulanan genel ilkeler burada da esas alınmalı ve karşı taraf zihnî kaydın farkına vardığı yahut güven ilkesine göre farkına varması gerektiği zaman, beyan hükümsüz addedilmelidir[5].

— Nihayet üçüncü görüş açısından bir ayrım yapılmalıdır:

= Karşı taraf zihnî kaydı fiilen anlamış ise, beyan hükümsüzdür.

= Buna karşı, zihnî kaydın fiilen farkına varmayan karşı tarafın, güven ilkesine göre gerekli özeni gösterseydi bunu anlayabilecek durumda olması dikkate alınmayacak ve zihnî kayıt altında beyanda bulunan taraf (bir hata söz konusu olmadığına göre hata sebebiyle iptal hakkı da söz konusu olmaksızın)[6] beyanı ile hukuken bağlı olacaktır[7]. BGB § 116/II'de yer alan

---

2) Hâkim görüşten ayrılan farklı bir açıklama için bkz. **Keller/Schöbi**, s. 178 vd.; **Eren**, s. 314. Bu görüşün değerlendirilmesi için: **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 837.

3) **Larenz**, 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/Schluep/Schmid**, N. 835; **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 93; **Klausberger**, Die Willensmängel 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) **Cuénod**, Délimitation 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 kadarı ile, BGB § 116'nın benimsediği bu çözümü en açık biçimde ifade eden yazar Patry (Le principe de la confiance et la formation du contrat en droit suisse, Genève 1953, s. 231-232 ve not 8) olmuştur. Aynı düşünceyi paylaştığı söylenebilecek yazarlara örnek olarak bkz. **Engel**, s. 223; **v. Tuhr/Peter**, § 35, I, s. 292; **Feyzioğlu**, s. 185; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 424-425. — Alman Hukukunda, BGB § 116'nın öngördüğü çözüme yöneltilen eleştiriler ve zihnî kayıtla yapılan beyanı mutlak olarak ge-

açık hüküm bu çözümü Alman Hukuku için kabul etmiştir. Buna göre, zihnî kayıt altında yapılan beyan sadece karşı tarafın fiilen zihnî kaydın farkına varmış olması halinde hüküm doğurmayacak, bunun yanında onun bunu bilmesi gerektiği yolundaki bir iddia dinlenmeyecektir.

Karşı taraf zihnî kaydın fiilen farkına vardığı, bu sebeple de korunmaya muhtaç olmaktan çıktığı halde, beyan sahibini beyanı ile bağlı tutmak isteyen birinci görüş onu zihnî 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 açılamaz. Şu halde, üçüncü görüş diğerlerinden üstün tutulmalıdır.

III. Ciddi olmayan beyanlar

4 Öğretide, bazan "lâtife beyanı" deyimi ile de ifade edilen bu kavram ile kastedilen şudur: Bir kimse, gerçekte herhangi bir hukukî sonucun doğmasını istemediği halde, sırf şaka olsun diye, yahut öğünmek için veya aşırı nezaket gösterisi biçiminde vs. bir irade beyanında bulunmakta ancak bu şekilde davranırken bu durumun (yani ortada ciddi bir beyanın bulunmadığı olgusunun) nasıl olsa karşı tarafça fark edileceği kanaati ile hareket etmektedir. Görüldüğü gibi, zihnî kayıtta 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 hukukî 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 kalacaktır[8].

5 Olaydaki beyan, apaçık hiçbir şekilde hukuken bağlayıcı bir beyan sayılmasına imkân bırakmayacak hal ve şartlar altında yapılmışsa (örneğin, tiyatro sahnesinde oyunculardan biri, rolü gereği, diğerine kendisini hukuken sorumlu duruma düşürecek bir taahhütte bulunuyor), artık "ciddi olmayan beyanlar" kavramına ve güven ilkesine başvurmak dahi gerekmeksizin, ortada bir irade beyanının bulunmadığı sonucuna varılır[9].

çerli kılma eğilimi **Flume** (§ 20, 1, s. 403) tarafından, yerinde olarak, anlamsız görülmekte 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 İşlem ile Karşılaştırmalı Olarak)

I. Muvazaa Kavramı ve Çeşitleri

1. Kavram

Üçüncü kişileri aldatmak, onlara karşı gerçeğe uymayan bir görünüm 1
yaratmak üzere, taraflar irade beyanlarının hiçbir hukukî sonuç doğurmayacağı hususunda anlaşır, yani *bilerek ve isteyerek* gerçek iradelerine uymayan beyanlarda bulunurlarsa, ortada bir muvazaa vardır[1]. Bir Yargıtay kararında muvazaa şöyle tarif edilmektedir:

"Gerçekten, sade ve yalın anlatımıyla muvazaa, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla, gerçek iradelerine uymayan ve bundan dolayı da aralarında hüküm doğurmayan bir görünüş yaratmak konusunda anlaşmalarıdır"[2].

İsviçre-Türk Hukuklarından farklı olarak Alman Hukukunda hâkim olan fikir, üçün- 2
cü kişileri aldatma kastını muvazaanın zorunlu bir unsuru saymıyor[3]. Bizim hukukumuz açısından, üçüncü kişileri aldatma maksadının muvazaa olgusuna dahil sayılması, BK. m. 18/I'de yer alan "akitteki hakiki maksatlarını gizlemek için" (İsviçre BK. m. 18/I'in Almanca metnine göre "um die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen = sözleşmenin gerçek niteliğini gizlemek için) ibaresinden çıkarılmak isteniyor. Bu düşünceye göre, anılan hükümdeki gizleme kastı, ancak üçüncü kişilerin aldatılması suretiyle gerçekleşebilir[4].

2. Çeşitleri

İki ihtimali şimdiden ayırmak uygun olur:

a. Basit (saf) muvazaa

Taraflarca sırf görünüşte gerçekleştirilen hukukî işlemin arkasında gizlenen başka bir işlem yoksa, *basit* veya *saf muvazaa*'dan bahsedilir *(reine Simulation, simulation simple)*[5]. Öğretide, bu durumu ifade etmek üzere sık sık başvurulan *mutlak muvazaa* deyiminin[6] o kadar başarılı olmadığı itiraf 3

1) "Muvazaa" karşılığı kullanılan "Danışık" veya "Danışıklılık" (bu son deyim için bkz. **Özmen/Özkaya**, Muvazaa Dâvaları, Ankara 1993, s. 3) deyimlerine, aşağıdaki açıklamalarda yer vermeyeceğiz. Buna karşı, "muvazaalı işlem" anlamına gelmek üzere, "danışıklı işlem" denilmesinde bir sakınca görmüyoruz.

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. **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 95; **Tercier/Ducrest**, La Simulation, Fiches Juridiques Suisses, No. 606, s. 3 — **Aday** da (Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa, İstanbul 1992, s. 4 vd.), "âdi muvazaa" deyimine üstünlük tanıyor.

6) Örnek olarak bkz. **Esener**, Türk Hususî Hukukunda Muvazaalı Muameleler, İstanbul 1956 s. 41 — "Mutlak muvazaa" deyiminin eleştirilmesi için bkz.: **Aday**, not 5'de age, s.4.

edilmelidir. Basit (saf) muvazaaya örnek: Durumu sarsılan A, zengin iş adamı arkadaşı B'den kendisine yardımcı olmasını istiyor. Bunun üzerine B, A'ya, kendisini ona karşı 100 milyon lira borçlu gösteren muvazaalı bir "hatır senedi" veriyor ve bu yoldan A'nın piyasada ve bankalar nezdinde itibar kazanmasını sağlıyor.

b. Nitelikli (vasıflı) muvazaa

İkinci ihtimal, tarafların, sırf görünüşte gerçekleştirdikleri işlemin, bunun arkasında yer alan ve onlarca gerçekten istenen bir başka işlemi gizlemek üzere yapılmış olmasıdır *(Gizleme, Dissimulation)*. Bunu, bir çok yazarın yaptığı gibi nisbî değil, fakat *nitelikli* (vasıflı = mevsuf) *muvazaa (simulation qualifiée)*[7] olarak adlandırmak daha yerinde olur[8]. Nitelikli muvazaaya bir örnek: A, gizlice metres hayatı yaşadığı sekreteri B'ye bir daire bağışlamak istiyor. Dedikodudan ve aralarındaki gizli ilişkinin ortaya çıkmasından çekinen taraflar, gerçek iradelerine uyan bağışlamayı gizlemek için, tapuda hiçbir şekilde sonuç doğurmasını istemedikleri muvazaalı bir satış sözleşmesi düzenliyorlar. Görüldüğü gibi, bu ihtimalde (basit veya saf muvazaadan farklı olarak) taraflar arasında tek değil, *iki ayrı işlem* yapılmaktadır (Kısmî 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 durumu budur.

= İkinci işlem, tarafların gerçek iradesini yansıtan ve hukukî sonuç doğurmak üzere yapılan "gerçek işlem"dir. Bunu "gizli işlem" olarak da adlandırabiliriz. Verilen örnekte, bu rolü taraflar arasındaki bağışlama sözleşmesi 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 hukukî hüküm doğurmayacağı hususunda anlaşmaktadırlar. Bu anlaşma ve bunun gerektirdiği "iki taraflılık" muvazaayı niteliği gereği her zaman "bir taraflı" olan zihnî kayıttan kesin biçimde ayırmaktadır. İster basit, ister nitelikli muvazaa söz konusu olsun, görünüşteki işlemin hiçbir hukukî sonuç meydana getirmemesini ve sırf "görünüşte" kalmasını sağlayan anlaşmaya *muvazaa anlaşması* denir. Her muvazaalı işlem

7) **Tercier/Ducrest**, not 5'de age, s. 3.
8) Aynı düşüncede: **Aday**, not 5'de age, s. 4, 12.

bir muvazaa anlaşmasına dayalı olarak yapılır. Muvazaa anlaşması, geçerliliği açısından bir şekle bağlı değildir[9]. Ne var ki, bu anlaşmanın görünüşteki işlemden önce veya en geç onunla birlikte yapılması şarttır. Aksi halde, yapılan işlem "görünüşte" değil "gerçek" bir işlem olur ve hukukî sonuçlarını doğurur. Sonradan fikir değiştiren taraflar bu işlemin hüküm doğurmasını istemiyorlarsa bir muvazaa anlaşması yapılması yararsızdır, zira bunun için çok geç kalınmıştır. Yapılacak şey, önceki gerçek işlemi hükümden düşüren veya değiştiren yeni bir gerçek işlem düzenlemekten ibarettir[10].

Uygulamada sık sık rastlanacak bir ihtimal 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, muvazaalı 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 hukukî sonuç doğurmayan bir işlemdir, endişe etmenize gerek yok" demek imkânını kazanmak istemektedirler[11]. 5

Öğretide, bazen gerçek bir işlemi gizlemek için muvazaalı bir sözleşme yapılacak yerde, *görünüşteki işlemin muvazaalı olduğunu gözden saklamak üzere gerçek bir işlem yapılabileceğine* de işaret ediliyor. Bunun için verilen örneklerden birisi şöyledir: B'nin hafta sonunda bisikletini kendisine âriyet olarak vermesini istemesinden hoşlanmayan A, bu talebi etkisiz bırakmak için, C ile muvazaalı bir kira sözleşmesi yapıyor ve B'ye, paraya ihtiyacı olduğu için bisikletini cumartesi ve pazar günleri için C'ye kiraladığını, bu yüzden kendisine veremeyeceğini söylüyor. A, bununla yetinmiyor 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 ediyor[12]. Dikkat edilecek nokta şuradadır: A-C arasındaki gerçek vedia sözleşmesi ile gizlenmek istenen, yine aynı taraflar arasındaki kira sözleşmesi değildir. Tam tersine varlığı B'ye açıkça bildirilen bu sözleşmenin gerçekte "muvazaalı" olduğu, yani sırf görünüşte kalan bir söz- 6

9) BGE 112.II.343; **Tercier/Ducrest**, not 5'de age, s. 2; **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 103. — Bununla beraber, ispat açısından, muvazaa anlaşması HUMK. m. 288 vd. daki genel kurallara tâbidir. Bu yönden, tarafların muvazaa anlaşmasını (görünüşteki sözleşme resmî veya âdi 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) **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 102; **Eren**, s. 317.

11) **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 165.

12) **Kallimopoulos**, Die Simulation im bürgerlichen Recht, Karlsruhe 1966, s. 140 vd.; **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 164; **Tercier/Ducrest**, not 5'de age, s. 4.

leşmeden ibaret bulunduğu, bisiklet cumartesi ve pazar günleri tarafların gerçek iradelerine uyan vedia (saklama) sözleşmesine dayalı olarak C'ye bırakılmak suretiyle gizlenmektedir.

7 Muvazaa, sadece sözleşmelerde değil, *bir taraflı hukukî işlemlerde* de söz konusu olabilir. Ne var ki, bunun için hukukî 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 işlemden ibaret bulunduğunu kararlaştırabilir. Örneğin, iki işçisinden sadece birisini işten çıkarmak isteyen işveren, onu darıltmamak için diğeri ile anlaşıp, 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; ilân yolu ile yapılan vaatler ise, bir muvazaa anlaşmasına imkân verecek tarzda "belirli" bir muhataba karşı yapılmadığı, kaldı ki bu gibi ilânların geçerli olması için mutlaka ilgililere fiilen ulaşması şart olmadığı için, muvazaalı olamaz[13]. Resmî makam ve mercilere karşı yapılan bir taraflı işlemlerde de, örneğin, MK. m. 609 uyarınca mirasbırakanın son yerleşim yeri (ikametgâhı) sulh hâkimine karşı yapılması gereken mirasın reddi beyanında muvazaa iddiası dinlenmez. Çünkü, resmî makam ve mercilerin bir muvazaa anlaşması yaparak, muvazaaya âlet olabilecekleri kabul edilemez[14].

8 Buna karşı, bir resmî memur (örneğin noter veya tapu sicil müdürü) önünde resmî biçimde yapılan sözleşme (evlenme, evlât 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 bağışlamasının muvazaalı olmasına bir engel yoktur[16].

4. Nitelikli (vasıflı) muvazaanın Değişik Görünüm Biçimleri

9 Daha önce sözünü ettiğimiz *nitelikli (vasıflı, nisbî) muvazaa* üç şekilde karşımıza çıkabilir:

a. Sözleşmenin niteliğinde muvazaa

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.

---

13) Bkz. **v. Tuhr/Peter**, § 35, III, s. 295; **Kramer**, Art. 18, N. 149.

14) **Staudinger/Dilcher**, Kommentar zum BGB, I, Allg. Teil, 12.A., Berlin 1980, § 117, N. 7. -Krş. **v. Tuhr/Peter**, § 35, not 24.

15) **Kramer**, Art. 18, N. 154; **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 145.

16) **v. Tuhr/Peter**, § 35, III, s. 295.

Taraflar, bilerek ve isteyerek dahi olsa, içeriğini gerçekten arzu ettikleri sözleşmeyi hukuken yanlış adlandırıp nitelendirmiş, örneğin içeriğinden bağışlama olduğu anlaşılan bir sözleşmeye kasten satış demişlerse, muvazaa yoktur. Zira, yukarıda görüldüğü gibi[17], tarafların nitelemesiyle bağlı olmaksızın, içerdiği tüm hükümleri değerlendirmek suretiyle hangi tip bir sözleşmenin söz konusu olduğunu bulmak (şu halde, "satış" denmiş dahi olsa, içeriğine göre bunun gerçekte bir "bağışlama" olarak nitelenmesi gerektiğini ortaya koymak) tamamen hâkime ait bir iştir. Bu açıdan, tarafların "yanılarak" yanlış bir niteleme yapmaları ile "kasten" bu yola gitmeleri arasında, varılacak sonuç açısından bir fark görülemez[18].

b. Kısmî muvazaa

Bazen, "sözleşmenin şartlarında" veya "konusunda" muvazaa diye ifade edilen bu ihtimalde, taraflar arasındaki sözleşme, muvazaalı olan bölümü dışında onların gerçek iradelerine uymakta ve gerçekten istenmektedir. "Bedelde muvazaa" bunun sık sık anılan ve en başta gelen örneğini oluşturur. Bir taşınmaz, A tarafından B'ye yüz bin lira karşılığı satılmış gözüktüğü, 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 hüküm, sadece satış bedeline ilişkin bulunan hükümdür. Zira, gerçek satış bedeli örneğin beş yüz bin lira olduğu halde, resmî satış senedinde bu miktar (tapu harçlarından kurtulmak isteyen tarafların sık sık yaptıkları gibi) muvazaalı biçimde yüz bin olarak gösterilmiştir. 11

Durumu hukuken açıklamak üzere iki görüş öne sürülmüştür:

— Biraz eskimiş sayılabilecek birinci görüşe göre, ortada *iki ayrı sözleşme* vardır ve verilen örnekte yüz bin lira üzerinden yapılan muvazaalı satış sözleşmesi, beş yüz bin lira üzerinden gerçekleşmiş gerçek satış sözleşmesini gizlemektedir[19].

— İsviçre-Türk öğretilerinde halen hâkim olan görüş açısından, burada iki sözleşmeden değil *tek bir sözleşmeden* söz açmak gerekir. Zira, verilen örnekte, sözleşmenin muvazaalı bedel hükmü dışında kalan diğer bütün hükümleri taraflarca gerçekten istenmektedir. *Muvazaalı olan, sadece sözleşmenin satış bedeline ilişkin hükmünden ibarettir.* O halde durum şöyle açıklanacaktır: Bedel hükmü dışında bütün hükümleri ciddi olan ve taraflarca gerçekten istenen sözleşmeye, gerçek bedele ilişkin hükmü de ekleyince (muvazaa sadece bu noktadadır), tarafların gerçek iradesine uyan sözleşme elde edilmiş olmaktadır[20]. 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**, I, s. 252; **Oser/Schönenberger**, Art. 216, N. 6, **Keller/Schöbi**, s. 194.

20) Bu konuda bkz. ve krş. **Kellerhals**, Simulation im Grundstückkauf, Berner Diss., 1952, s. 100 vd., 128; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1036; **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 115 vd., 152.

12 Şurasını belirtelim ki, kısmî muvazaada, bazen, muvazaalı bölüm çıktıktan sonra, onun yerine (yukarıda "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 tüm hükümlerinden oluşur. Oysa, yukarıda incelediğimiz "bedelde muvazaa" örneğinde, yüz bin lira üzerinden yapılan 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 dışındaki hükümlerine beş yüz bin liralık bedel anlaşmasının "eklenmesinden", yani görünürdeki işlem + (muvazaalı bedelin yerini alan) gerçek bedel anlaşmasından oluşuyordu[21].

13 İsviçre Hukukunda, yeni bir eğilim, muvazaa'yı, genel olarak, tam *muvazaa (Voll-Simulation)* ve *kısmî muvazaa (Teil-Simulation)* başlıkları altında iki çeşit olarak ele almak ve buna bağlı biçimde, yukarıda "sözleşmenin niteliğinde muvazaa" olarak nitelediğimiz örnekleri dahi "kısmî muvazaa"nın bir çeşidi olarak görmek istiyor[22].

Bu düşünceye göre, bağışlama satış olarak gösterildiği vakit, ortada yine tek bir işlem vardır ve sadece görünüşteki satış sözleşmesinin "satış bedeline" ilişkin hükmü muvazaalıdır. Bedel hükmünü çıkarınca, sözleşme geri kalan hükümleri ile bir bağışlama oluşturur. Bunun gibi, satış bağışlama gibi gösterilmişse, sadece görünüşteki "ivazsızlık = bedelsizlik" anlaşması muvazaalıdır ve bunun yerini gizli bedel anlaşması alır.

Bu açıklama 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 hukukî sebebi de farklıdır (birinde *causa credendi* veya *acquirendi*, diğerinde *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 değildir[23]. Bu gibi durumlarda, "kısmî" değil, "tam" muvazaa vardır ve hukukî nitelikçe birbirinden farklı (biri diğerinin içinde kısmen mevcut sayılamayacak) iki sözleşmeden biri, diğerini gizlemek için kullanılmaktadır.

---

21) **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 116-117.

22) Bu görüş için bkz. **Jäggi/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, ilke olarak, gizli bir işlemin bulunmadığı basit veya saf diye adlandırılan muvazaa halleri çıkıyor. Ayrıca bkz. aşağıda not 24.

23) Bu konuda krş. BGE. 117.II.385.

"Bedelde muvazaa" ve "rekabet yasağı" örneklerinde durumun farklı olduğu herhalde gözden kaçmayacaktır. Bir satış sözleşmesinde, resmî senette gösterilen bedel ile gerçek bedelin farklı olması; yahut bir hizmet sözleşmesine muvazaalı bir rekabet yasağı anlaşması eklenmesi hallerinde, kısmi muvazaadan söz açıldığı vakit, satış yine satış olarak, hizmet sözleşmesi de yine hizmet sözleşmesi olarak kalmakta ve muvazaalı bölümün hükümsüz sayılması ile bunların hukukî niteliğinde bir değişiklik olmamaktadır[24].

c. Tarafta muvazaa[25]

Burada A-B arasında gerçekleşen muvazaalı sözleşme, A-C arasındaki gerçek sözleşmeyi gizlemektedir. Şu halde, A'nın karşısında taraf olarak B gözükmektedir. Gerçekte ise, A, C ile bir sözleşme yapmıştır. 14

Aşağıdaki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı gibi, *tarafta muvazaa halinde daima birisi görünüşte, diğeri gizli iki sözleşme vardır*[26]. Taraflardan biri her iki sözleşmede de aynı kaldığı halde, karşı taraf açısından, taraf olan kişi değişmektedir.

Tarafta muvazaa, *üç biçimde* karşımıza çıkabilir:

— **Birinci hal:** Sözleşmenin gerçek tarafı olan C, B'nin temsilcisi olduğunu beyan ederek ortaya çıkıyor ve onun, bu sıfatla (temsil olunan) B adına A ile yaptığı muvazaalı sözleşme, kendisi ile A arasında yapılmış gerçek sözleşmeyi gizliyor[27]. 15

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 bazan "tam muvazaa" olarak da karşımıza çıkabileceğini ileri sürüyor ve şu örneği veriyorlar: Bir pul kolleksiyoncusu 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 kısmî değil, tam muvazaa vardır; çünkü gizli sözleşmeler, dış görünümleri, 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), tarafta muvazaayı "kısmî muvazaa"nın bir çeşidi olarak görmeleri yerinde olmadığı gibi, **Özmen/Özkaya**'nın (not 1'de age, s. 11), 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 gözüken, gerçekte ise kendi adına hareket eden) C.

Acaba, B'nin temsilcisi sıfatı ile hareket eden C'nin gerçekten bir temsil yetkisine sahip olması aranacak mıdır? 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 gözüken 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 ise temsil olunan C adına yapıyor. Böylece, temsilci B'nin 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 gözüken 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, "tarafta muvazaa" kavramı sadece bu üçüncü hal açısından ele alınıp tartışılmış, yukarıda belirttiğimiz ilk iki hal üzerinde ise durulmamıştır[28]. Aşağıdaki hususları dikkate almak kaydı ile, tarafta muvazaanın "üçüncü hal" başlığı altında ele aldığımız bu yoldan da gerçekleşmesine bir engel görülemez[29]:

---

28) Krş. **Hâtemi**, "Nâm-ı Müsteâr" kavramı ve vekâlet ile ilişkisi, Temsil ve Vekâlete İlişkin Sorunlar, İstanbul 1977, s. 137.

29) Bu anlamda bir "tarafta muvazaa"nın mümkün olduğu (az çok farklı biçimde açıklansa bile) **Jäggi/Gauch** (Art. 18, N. 160), **Eren** (s. 320), **Esener**, (Türk Hususî Hukukunda Muvaazalı Muameleler, İstanbul 1956, s. 43, 181), **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop** (s. 411), **Özmen/Özkaya** (not 1'de age, s. 11), **Özkaya** (İnançlı 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 İnançlı Muameleler, İstanbul 1968, s. 231-232), **Postacıoğlu** (Gayrımenkullerin Ferağına Müteallik Akitlerde Şekle Riayet Mecburiyeti, İstanbul 1945, s. 114, no. 77), **İnan** (s. 181), **Sungurbey** [İğreti ad (Nâm-ı Müstear) Sorunu, Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 158 vd. veya Medenî 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 gerçekleşir[30]. 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 başkalarınca 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, Alman mevzuatına göre adli sicilde sabıka kaydının bulunmadığını gösteren bir iyi hal kâğıdı 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 oluşturmuştur[31]. 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.

---

ları, IV, İstanbul 1980, s. 502 vd.], **Tunçomağ** (s. 300) gibi yazarlar ile *Alman mahkeme kararları* (NJW 1971, s. 619; NJW 1982, s. 569), *İsviçre Federal Mahkemesi* (SJ, 1988, s. 117 vd.), ve *Yargıtay* (13. HD., 10.12.1981, E. 6331, K. 8105, **Karahasan**, 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 Medenî Hukuklarında Dolaylı Temsil, İstanbul 1983, s. 105 vd.; özellikle s. 114 vd.; **Oğuzman**, MHAD, 1958, II/2, s. 118; **Oğuzman/Öz**, 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 bâtıl, 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 vardır[32].

= 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, evlât edinme gibi işlemlerde muvazaa iddiası dinlenmez. Buna karşı, nişanlanmada muvazaa mümkündür.

II. Muvazaa'nın Yaptırımı

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 hâkim görüşe göre, muvazaalı işlem kesin hükümsüzdür (bâtıldır)[33].

19 — Bizce daha isabetli olan ve İsviçre'deki yeni eserlerde çok yaygın

---

32) Bu sebeple, bu tip bir "tarafta muvazaa" halinde, olsa olsa âdi (basit) bir muvazaadan söz edilebileceği yolundaki görüşe (**Aday**, not 5'de age, s. 16; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 109) katılamıyoruz. Şu noktaya dikkat etmek gerekir ki, gizli sözleşme hiçbir şekilde muvazaa kavramına dahil değildir ve muvazaa açısından ayırt edici bir nitelik oluşturmaz (Bkz. **Jäggi/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" deyimi, hem muvazaa anlaşmasını, hem de gizli sözleşmeyi içine alan bir nitelik taşımaktadır. Zira "contre-lettre" deyimi 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. éd., Paris 1993, s. 392, no. 516; **Carbonnier**, Droit civil, tome 4, Les Obligations, Paris 1992, s. 171, 174; **Planiol/Ripert/Boulanger**, Traité élémentaire de droit civil, 4. éd., tome II, Paris 1952, s. 209, 210-211).

33) Örnek olarak bkz. **v. Tuhr/Peter**, § 35, III, s. 294; **Larenz**, AT, s. 366; **Wiegand**, Basler Komm., Art. 18, N. 126; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 109-110; **Giger**, Berner Kommentar, VI/2, 1, 3, Bern 1997, Art. 216, N. 397.

bulunan ikinci bir görüşe nazaran, muvaazalı işlem hiç meydana gelmemiştir, burada bir "yokluk" söz konusudur[34]. 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 oluştuğu söylenemez[35].

Biz, aşağıda, muvazaalı işlemin hükümsüz olduğundan veya hüküm doğurmadığından söz açmakla yetineceğiz. Bu terminolojinin avantajı, her iki görüşe göre de durumu açıklama imkânına sahip olmasıdır. Zira, kurulmamış işlemler de tıpkı kesin hükümsüz olarak kurulmuş işlemler gibi, daha baştan hiçbir hukukî hüküm ve sonuç doğurmaz.

Her iki görüşe göre de, işlemin muvazaa sebebiyle hükümsüzlüğünü taraflar gibi üçüncü kişiler de ileri sürebilir. Hâkim, önündeki dava malzemesinden anlaşılan muvaazayı re'sen göz önünde tutabilir. 20

İsviçre'de, yeni bir akım, muvaazadaki hükümsüzlüğün hâkim tarafından re'sen göz önünde tutulabilmesi ilkesine (bizim katılmadığımız) bazı sınırlamalar getirmek istiyor: 21

— Bir görüşe göre, muvazaa'nın hâkim tarafından re'sen gözönünde tutulabilmesi, ancak bunun taraflardan birinin iddiasını desteklemesi halinde mümkün olabilmelidir. Örneğin, davacı veya davalı sözleşmenin (kanunî bir yasağa veya ahlâka aykırılık sebebiyle) kesin hükümsüz olduğunu veya hata sebebiyle iptalini yahut bir satışta alıcı ayıp sebebiyle feshi ileri sürüyorsa, hâkim, taraflarca dayanılmamış muvazaayı kendiliğinden göz önünde tutabilmelidir. Böyle bir durum yoksa, muvazaa, hâkim tarafından re'sen dikkate alınamamalıdır[36].

— İkinci bir anlayışa nazaran, sırf görünüşte yapılmış bir işlemi davalının sonradan ciddi bir işlem olarak görmesine ve muvazaa iddiasında bulunmaktan vazgeçmesine bir engel olmadığından, hâkim hiçbir zaman muvazaayı re'sen gözönünde tutamamalıdır[37].

Bizce, tarafların daha sonra dilerlerse muvaaza konusu işlemi yeniden ve ciddi olarak inşa etmelerine bir engel bulunmamakla birlikte, sırf dâvalının görünüşteki işleme dayalı olarak açılmış bir davaya karşı muvazaaaya dayanmaması, hâkimi hiç meydana gelmemiş veya kesin hükümsüz sayılan bu işlemdeki sakatlığı re'sen gözönünde tutmaktan alıkoyamaz[38].

Nitelikli bir muvazaa'nın söz konusu olduğu durumlarda, görünüşteki işlemin muvazaa sebebiyle hükümsüz olması, gizli işlemi de etkilemez. 22

34) **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 87, 121, 135; **Gauch/Schluep/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 "hukukî sonuç iradesi" bulunmadığı gibi, olmayan böyle bir iradenin dış dünyaya yansıtılıp yürürlüğe konması anlamında "beyan iradesi'" de mevcut değildir (**Gauch/Schluep/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) **Jäggi/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 ahlâka 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 işlemin muvazaa sebebiyle herhangi bir hüküm doğurmayacağı kuşkusuzdur. Acaba, tapu sicil müdürü önünde resmî şekle bağlanmamış bulunan gizli işlem geçerli sayılabilecek midir?

— Fransız Hukukundan esinlenen bir görüşe göre, taraflar resmî şeklin bahşettiği himayeye görünüşteki sözleşmede bu şekle uyulmuş olması ile kavuşmuş olduklarından, gizli sözleşmeyi şekil eksikliğine dayanarak hükümsüz saymak imkânı kalmamıştır[39].

— Tıpkı Alman ve İsviçre Hukuklarında olduğu gibi, Türk Hukukunda da bugün hâkim olan görüş şöyledir: Görünüşteki sözleşme muvazaa sebebiyle hüküm doğurmamaktadır. Fakat gizli satış veya bağışlama sözleşmeleri de tapu sicil müdürü önünde resmî şekilde yapılmamış oldukları için hükümsüz sayılacaklardır[40]. Yargıtay da, 7.10.1953 tarih ve 7/8 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile kabul ettiği bu görüşü defalarca doğrulamıştır[40a].

24 *Kısmî 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, resmî 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 yazılarında Postacıoğlu tarafından savunulmuştur (Örnek olarak bkz. **Postacıoğlu**, Namı müstear ve muvazaa meseleleri hakkında yeni görüşler, Ord. Prof. Samim Gönensay'a Armağan'dan ayrı bası, İstanbul 1955, s. 22. Aynı düşüncede: **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 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: **Terré/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 (**Karahasan**, TBH, GH, cilt 3, 2004, s. 282 vd.).

aa - *Borçlar Hukuku ilkelerini esas alan birinci görüşe göre*, verdiğimiz örnekte görünüşteki 200.000 liralık bedel anlaşması muvazaa sebebiyle hüküm doğurmamakta, tarafların gerçek iradesine uyan 800.000 liralık gizli bedel anlaşması ise resmî şekle bağlanmamış bulunmaktadır. Şu halde, görünüşteki satış sözleşmesinin bedel dışındaki hükümleriyle 800.000 liralık bedel anlaşmasının birleşmesinden oluşan ve sadece bedele ilişkin hükmü resmî şekle bağlanmamış bulunan gerçek sözleşme ister istemez şekil eksikliği sebebiyle hükümsüz sayılmak gerekecektir[41,42]. Ne var ki, gizli sözleşmedeki şekil eksikliğinin, şartları varsa hakkın kötüye kullanılması 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 imkânı kalmayacaktır[43]. Taşınmazlarla ilgili olarak tapu sicil müdürlüğünde yapılan işlemlerde durumun hemen hemen her zaman böyle

---

41) Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, bedelde muvazaa kısmî 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 yaptırımı sözleşmenin tümüyle hükümsüz kalmasıdır (**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 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/Altop**, Eşya Hukuku, cilt I, 5. bası, İstanbul 1989, s. 669-670). Diğer bir görüşe göre (özellikle bkz. **Karahasan**, TBH, ÖBİ, cilt 1, 2002, s. 290-291 ve orada anılanlar), tarafların yapılan sözleşmenin geçerli olacağı konusunda iradeleri tam ve kesin biçimde birleşmiş bulunduğuna göre, burada bir muva-zaadan ve hükümsüzlükten söz edilemez. Bu düşünceye de katılamıyoruz. 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 resmî şekle bağlanmamıştır ve bunun sonucu olarak göstermelik 200.000 liralık bedel anlaşması muvaza sebebiyle hükümsüz sayılınca, sözleşmenin en esaslı unsurlarından biri olan bedel unsurunu şekle uygun bir anlaşma ile tamamlamak mümkün olamamaktadır.

42) Aynı sonuç (tartışmalı olmasına rağmen) Borçlar Hukuku çözümüne üstünlük tanıyan yazarların çoğunluğunca, görünüşteki sözleşmede satış 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. **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 155; **Tandoğan**, I/1, s. 238). -Şurasını ekleyelim ki, taşınır bir mala ilişkin olarak yapılmış bir elden bağışlama (BK. m. 237/I), muvazaalı bir satış sözleşmesi arkasında gizlenmişse, elden bağışlama sözleşmesi kanun tarafından bir şekle bağlanmamış olduğu için, bunu şekil eksikliği sebebiyle geçersiz saymak mümkün olmayacaktır.

43) Bkz. **Tandoğan**, I/1, s. 237; **Karahasan**, TBH, ÖBİ, cilt 1, 2002, s. 291; **Özkaya**, 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, resmî senede sadece geri kalan miktarın yazılmış olmasını yeterli görüyordu. Yüksek Mahkeme daha sonra bu içtihadını terk etmiştir. Resmî senette (fiilen ödenmiş bulunsun veya bulunmasın) satış bedeli tam olarak gösterilmelidir[44].

25 bb - *Vergi mevzuatına dayalı olarak ileri sürülen ikinci görüşe göre*, tarafları bu şekilde davranmaya iten en önemli husus daha düşük düzeyde tapu harcı ödeme amacıdır[45]. 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, emlâk 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 emlâk vergisi değeri kastolunuyor) *mükellef tarafından beyan edilmiş olan değerlerden yüksek olanı üzerinden hesaplanır*" demektedir. Demek oluyor ki, tarafların üzerinde anlaştıkları gerçek satış bedeliyle, taşınmazın emlâk 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 ziyaı (kaybı) cezası %25 oranında uygulanmak suretiyle tamamlatılır, ayrıca gecikme faizi de hesaplanıp tahsil edilir[46].

---

44) Bkz. BGE 50.II.145; 87.II.30; 90.II.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 plâna çıkmış olabilir (**Aday**, not 5'de age, s. 54).

46) Maliye Bakanlığının 13.9.2005 tarih ve 25935 sayılı Resmî 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 değerin 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 yükümlüğü getirdiği düşünülemez. Böyle bir anlayış beyan esası ile bağdaşmaz. Bugüne kadar olan tapu harcı uygulamasında da beyan edilmesi gereken değerin, gerçek alış-satış bedelini ifade ettiği kabul edilmiştir." -Bu konunun tarihçesi için bkz: **Tandoğan**, I/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 gözükmüyor 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**, I/1, s. 235).

Bu hükümlerden hareket eden görüşe göre, vergi mevzuatı, emlâk vergisi değerini aşan gerçek bedel satış sözleşmesine geçirilmediği ve beyan edilmediği takdirde, bir geçersizlik yaptırımı öngörmemekte ve sadece aradaki farkın gecikme faizi de hesaplanmak suretiyle cezalı olarak tahsiliyle yetinmektedir. Şu halde, vergi mevzuatının öngördüğü bu sistem çerçevesinde, bedelde muvazaa halinde satışı hükümsüz saymak mümkün değildir[47]. Biz bu görüşü 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 düşünülemeyeceği için zorunlu olarak bu model üzerine kurulan bir sistemi, Borçlar Hukukuna göre geçersiz sayılan sözleşmelere geçerlilik tanımak üzere öngörülmüş 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, öngörülen kurallara uyulmadığı takdirde yine Vergi Hukukuna ilişkin 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 Hukukudur[48]. Kaldı ki, vergi mevzuatında öngörülen yaptırımlar "düşük bedelli gerçek (muvazaalı olmayan) satışlarda" da uygulanacağından, bunları muvazaalı işlemlerin hükümsüz sayılmasını önlemeye yönelik hükümler olarak görmek, bu bakımdan da doğru değildir[49]. Bütün bu açıklamaların ışığında, biz, Yargıtay'ın bu görüşü benimseyen yazarlara yollama yapmak suretiyle, bedelde muvazaa halinde (MK. m. 2/II hükmüne başvurmaksızın) geçersizlik yaptırımını kesin biçimde reddeden kararlarına katılmak imkânını göremiyoruz[50]. Şu halde, Borçlar Hukuku çözümünü esas alan birinci görüş çerçevesinde, tapuda resmî 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 açıklamalarımız karşısında hiçbir değer taşımıyor); **Eren**, 9. bası, s. 320 (yazar aynı zamanda MK. m. 2/II hükmüne de dayanıyor); **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 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, 11. 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 "kısmî 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 MK. m. 2/II gereği şekil eksikliğine dayalı butlan iddiasına yer kalmadığını kabul etmek çok daha yerinde olacaktır.

Öğretide, ülkemizde çok yaygın olan resmî 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 emlâk vergi değeri üzerinden hesaplanması sistemi önerilmiştir. Bir kanun değişikliğiyle gerçekleşebilecek böyle bir reform, tarafları düşük harç ödemek amacıyla gerçek satış bedelini gizlemekten alıkoyabilecektir[51].

2. Üçüncü Kişilere Karşı

26 Bizde, Fransız MK. m. 1321 gibi, muvazaanın üçüncü kişilere karşı öne sürülmesini yasaklayan bir hüküm bulunmadığından[52] ilke olarak, muvazaanın üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebileceği kabul edilmek gerekir. Ancak, istisna olarak, aşağıdaki durumlarda muvazaa üçüncü kişilere karşı öne sürülemeyecektir:

27 aa – *MK. m. 2/II 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 iflâs usulüne göre tasfiye edilirken, iflâs masasına karşı muvazaaya dayanmasını MK. m. 2/II'ye aykırı saymıştır. Gerçekten, bütün bu süre zarfında, üçüncü kişilere taşınmazların gerçek durumu hakkında bilgi vermesi gereken tapu kütüğü, onları aldatmak üzere kullanılmış bulunuyordu[53].

28 bb – *MK. m. 988 uyarınca:* A'nın B'ye muvazaalı olarak devrettiği taşınır bir mal üzerinde, B, Ü lehine mülkiyet veya diğer bir aynî hak tesis ederse, iyiniyetli Ü'nün iktisabı geçerli olur. Bu durumda, mal, A'nın elinden kendi isteği ile çıktığından, Ü'nün iyiniyetle aynî hak iktisabı 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 imkânından yoksundur), dilerlerse, görünüşteki işlemin muvaazalı 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 aynî hak kurduğu vakit (örneğin Ü lehine bir ipotek tesis ediliyor), tapu kütüğündeki kayda iyiniyetle dayanan Ü'nün güveni korunur, kısaca Ü aynî hak sahibi olur.

Görüldüğü gibi, üçüncü kişinin iyiniyetinin korunduğu bütün bu gibi durumlarda, onun aynî bir hak iktisap etmesi söz konusudur. Sadece kişisel bir hak kazanan üçüncü kişiler (aşağıda açıklanan BK. m. 18/II 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 tartışmalıdır[54]. 30

dd – *BK. m. 18/II uyarınca:* Bu hükme göre, yazılı bir borç ikrarına 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. 31

Durumu bir örnekle gösterelim: Borçlu B, sırf A'ya iş hayatında itibar sağlamak amacıyla bir hatır senedi düzenlemiş ve ona karşı yüz bin lira borçlu olduğunu beyan etmiştir. Taraflar arasındaki ilişkide, muvazaa sebebiyle, herhangi bir alacağın doğmadığı kuşkusuzdur. Ne var ki, A, bu alacağını Ü'ye temlik ederse (BK. m. 162 vd.), temlik anında iyiniyetli olmak kaydı ile, Ü'nün iyiniyeti korunur ve o, BK. m. 18/II hükmü gereği B'ye karşı daha önce mevcut olmayan bir alacak hakkına sahip olur.

Hiç kuşkusuz, Ü'nün, BK. m. 18/II'nin yardımı ile B'ye karşı bir alacak hakkı iktisap edebilmesi için, bu iktisaba engel olan bir başka sebebin bulunmaması gerekir. Örneğin, muvazaalı alacağa ilişkin sözleşme yapılırken B, temyiz kudretinden (ayırt etme gücünden) yoksun idiyse, muvazaa ile ilgili olmayan bu geçersizlik sebebi, BK. m. 18/II çerçevesinde Ü lehine geçerli bir alacak hakkının doğmasını engeller[55]. 32

---

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 Medenî Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul, 1959, s. 195-196 – İsviçre Federal Mahkemesi 18 mart 1978 tarihli kararında (BGE 104.II.176-177), **Homberger** ve **Piotet**'den esinlenerek, kişisel hakkın tapu kütüğüne şerh verilmesiyle, hukukî niteliğinde bir değişiklik olmayan bu hakka yan bir aynî hakkın eklendiği görüşünü kabul etmiştir. **Piotet**, yukarıda anılan yazısında (s. 44 vd.) durumu alacak hakkına fer'î olarak (bir yan hak olarak) bağlanan bir rehin hakkına benzetmektedir (Ayrıca bkz. **Steinauer**, Les droits réels, tome I, 2. éd., Berne 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) **Koller**, Der gute und der böse Glaube im allgemeinen 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 bulur[57].

34 Araya (muvazaa anlaşmasını yapan ilk alacaklının hukuken halefi olan) kötüniyetli bir kimsenin girmesi, iyiniyetli üçüncü kişinin BK. m. 18/II'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/II uyarınca alacak hakkını kazanır[58]. 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 olur[59].

35 Çok tartışmalı olan bir mesele şudur: Acaba, BK. m. 18/II, sadece alacağın üçüncü bir kişiye ivazlı olarak devri halinde mi uygulanabilecektir, yoksa ivazlı veya ivazsız her çeşit devir BK. m. 18/II'nin kapsamına girer mi?

= Bir görüşe göre, BK. m. 18/II'nin temelinde şu düşünce yatmaktadır: Kasten gerçek dışı bir görünüş yaratarak üçüncü kişiyi aldatan borçlu, sanki muvazaa yokmuş gibi ifa yükümlülüğü altına sokularak, Ü'nün bu yüzden uğradığı zararı tazmin etmelidir. Bir zararın tazmini söz konusu olduğuna göre, zarar bulunmayan hallerde BK. m. 18/II 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 kârın mevcut bulunması şarttır. Borçlunun sorumluluğu, bu durumda, üçüncü kişinin zararı ile (ödenen ivaz, boşuna yapılan giderler tutarı yahut yoksun kalınan kâr) sınırlı olacaktır[60].

= Bizim de katıldığımız ikinci bir görüşe göre, BK. m. 18/II, 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; **Ehrenzeller**, Die Simulation von Verträgen nach schweizerischem Recht, Berner Diss., 1951, s. 32.

57) **Koller**, not 55'de age, N. 607; **Ehrenzeller**, not 56'da age, s. 32; **Kramer**, Art. 18, N. 171; **Jäggi/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; **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 253; **Koller**, not 55'de age, N. 637.

60) **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 255 vd.; **Bucher**, AT, s. 147 ve not 113.

kukî görünüşe rağmen, onun iyiniyetini korumaktan kaçınan düşünce inandırıcı bir gerekçeden yoksundur[61].

BK. m. 18/II, hiç kuşkusuz bir istisna hükmüdür. Ancak "istisnalar dar yorumlanır" esasından hareket eden ve bunların benzer başka hallere de kıyas yolu ile uygulanabilmesini kesin biçimde reddeden düşünce tarzı, geçerliliğini çoktan kaybetmiş bir düşünce tarzıdır. Meselenin çözümü, her defasında, yapılacak değerlendirmelerin sonucuna bağlıdır[62]. Bugün, BK. m. 18/II hükmünün, başka durumlarda da kıyas yolu ile uygulama alanı bulabileceği genellikle kabul ediliyor[63]. Biz, örnek olarak, aşağıdaki halleri anmakla yetiniyoruz: 36

— Üçüncü kişi, muvazaalı alacağı devralmıyor, fakat bu alacak hakkını içeren yazılı borç ikrarına dayanarak, iyiniyetle, söz konusu alacak üzerinde *sınırlı bir aynî 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 temliki sözleşmesi* ile C'ye devretmiştir. Bu durumda, C alacaklı sıfatını 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 aralarındaki 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 korunur[64].

III. İnançlı İşlem

1. İnançlı İşlem Kavramı, Çeşitleri, Hukukî Niteliği

a. Kavram

İnançlı işlem *(Fiducia)* denince, bundan, taraflar arasındaki borç ilişkisinde öngörülen amaca bağlılık saklı kalmak üzere, bir hakkın, *ciddi biçimde* ve tam olarak bir başkasına devri anlaşılır. İnançlı işlemin en büyük 37

61) **Kramer**, Art. 18, N. 175; **Koller**, not 55'de age, N. 614; **Oser/Schönenberger**, Art. 18, N. 21.

62) **Germann**, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 2. A. Bern 1967, s. 61-62; **Koller**, not 55'de age, N. 639; BGE 88.II.153.

63) Bu konuda, bizim üzerinde durmadığımız durumları da inceleyen geniş açıklamalar için özellikle bkz. **Koller**, not 55'de age, N. 640 vd.; **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 258 vd.

64) Bu sonuç Federal Mahkeme tarafından da benimsenmiştir (BGE 88.II.427).

özelliği, bu yoldan hakkı devralana, *taraflarca erişilmek istenen fiilî ve ekonomik sonuçların ötesine geçen hukukî bir iktidarın* sağlanmasıdır[65]. Bir başka deyimle, inançlı işlemlerde, izlenen amaç ile bu amaca ulaşmak üzere taraflarca seçilen vasıta (araç) arasında bir nispetsizlik vardır. Öyle ki, belirli bir amacı elde etmek üzere, bu amacın elde edilmesi için gerekli olan hukukî araç yerine, bundan çok daha fazlasını sağlayan bir başka hukukî araca başvurulmaktadır[66]. Örneğin, bir alacağın ödenmesini teminat altına almak üzere, sınırlı bir aynî hak olan rehin hakkına başvurulacak yerde, alacaklıya mal üzerindeki mülkiyet hakkı devredildiği veya bir alacağın tahsili için bir kimseye temsil yetkisi verilecek yerde, alacak ona devredildiği vakit bu durum karşımıza çıkmaktadır.

İnançlı işlemin tarafları için "inanan" ve "inanılan" deyimleri kullanılabilir. Biz, kavramları 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 devredilmiş, örneğin bir mal üzerindeki mülkiyet hakkı geçirilmiş ve böylece onun herkese (gerek güvenene gerekse üçüncü kişilere karşı) mâlik olması 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 ve zamanı gelince güvenene geri vermeyi taahhüt etmiş bulunmaktadır. Görülüyor ki, geçirilen hakkın özü sınırlanmış değildir. Getirilen sınırlama, güvenilenin güvenene karşı üzerine aldığı bazı *borçlardan* ibaret kalmaktadır.

38 *Merz*[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) **Kramer**, Art. 18, N. 119; **Fellmann**, Art. 394, N. 62.

66) Bkz. **Regelsberger**, AcP 63, 1880, s. 157 vd. (**Wiegand**, Fiduziarische Sicherungsgeschäfte, ZBJV 116 (1980), s. 539'dan naklen); **Reymond**, Essai sur la nature et les limites de l'acte fiduciaire, Montreux 1948, s. 22.

67) **Merz**, Legalzession und Aussonderungsrecht gemäss Art. 401 OR, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten 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 Vekâlete İlişkin Sorunlar, Sempozyum, İstanbul 1977, s. 73; **Tandoğan**, II, s. 543–Yukarıda **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: "İnançlı sözleşmeler inananın (itimat edenin) bir hakkını belirli bir süre veya amaçla inanılana (mutemede) geçirmeyi, inanılanın da inananın emir ve talimatlarına göre kullanıp amaç gerçekleşince veya süre dolunca hakkı tekrar inanana devretmeyi yüklendiği sözleşmeler olarak tanımlanabilir"[68a].

Bu durumda, inançlı işlemlerde şu iki unsuru birbirinden ayırmak gere- 39
kecektir[69]:

— *İnançlı devir işlemi:* Burada bir hakkın, inançlı olarak, bir kimseden diğerine geçmesini sağlayan bir tasarruf işlemi söz konusudur.

— *Temel borç ilişkisi (inanç sözleşmesi, pactum fiduciae):* Hakkın devrinin hukukî sebebini *(causa)* oluşturan bu sözleşme ile, taraflar karşılıklı borçlarını, özellikle güvenilenin kendisine devredilen hakkı hangi sınırlamalara tâbi olarak kullanacağını ve ne vakit güvenene iade edeceğini, bir borç ilişkisi çerçevesinde düzenlerler[70].

İnançlı 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) gerçekten istenmektedir. Bu yüzden, aşağıda tekrar işaret edileceği üzere, bir işlemin "inançlı" olması bir geçersizlik sebebi değildir. Ne var ki, inançlı işlem başka yönlerden (örneğin, şekil eksikliği, ehliyetsizlik, irade bozukluklarının 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 ediyorlar. Bu düşünce tarzına göre, inançlı işlem olarak nitelenen durumlarda dahi, tarafların gerçek maksadı, hakkın karşı tarafa devredildiği hususunda bir görünüş yaratmaktan öteye geçmemektedir, bu sebeple de inanç sözleşmesi gerçekte bir muvazaa sözleşmesinden başka bir şey değildir[71]. Bu görüş, yerinde olarak eleştirilmiştir[72]. Buna göre, tarafların "inançlı işlem" olarak niteledikleri bir işlemin de, somut olayın özellikleri dikkate alınarak gerçekte "muvazaalı" olduğu sonucuna varılabilir. Özellikle bir aynî hakkın (örneğin mülkiyet hakkının) inançlı olarak devredildiği ihtimallerde bakılacak olan husus şudur: Hakkı kazanan kimse, devredilen hakka bağlı esaslı yetkileri 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/Schluep/Schmid**, N. 1024 vd.), bunda bir yarar görmediğimiz için katılamıyoruz (Ayrıca bkz. not 69'da anılan **Kramer**).

71) Bu görüşte olan yazarlara örnek olarak **v. Büren** (s. 174) anılabilir. Muvazaa görüşü hakkında ayrıca bkz. **Tandoğan**, II, s. 546-547.

72) Bu eleştiriler için bkz.: **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 204 vd.; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1031; **Kramer**, Art. 18, N. 129 vd.

sahip olmaksızın, sürekli olarak ve ayrıntılı biçimde devredenin vereceği emir ve talimata uymak yükümlülüğü altında mı bırakılmıştır? Bu son halde, o, devredenin iradesine tâbi pasif bir araçtan ibarettir ve özünden yoksun bırakılarak devredilmiş bir hak gerçek anlamı ile bir hak sayılamaz. Bu açıklamaları yapan *Yung*, Federal Mahkemenin incelediği bir olayda[73], mâli sıkıntı içindeki bir babanın satış yoluyla oğluna devrettiği bir taşınmazla ilgili olarak, taraflar arasındaki gizli anlaşma uyarınca, mülkiyete ait bütün yetkileri satıcı babanın kullandığını, kira sözleşmelerini onun yapıp imzaladığını, taşınmazda yapılacak değişiklik, düzenleme ve onarımlar hakkında onun karar verdiğini, hatta oğulun tapu kütüğünde kendi adına tescil edilmiş taşınmazda işgal ettiği binalar için babasına bir kira ödediğini dikkate alarak, işlemin muvazaalı sayılması gerektiğini belirtmekte ve aksi çözümü benimseyen Federal Mahkemeye katılmamaktadır[74].

Görülüyor ki, bütün inançlı işlemlerin gerçekte muvazaalı olduğu görüşü çok ileri gitmekte olup, yerinde değildir. Asıl olan bir işlemin ciddi olmasıdır. Olayın özellikleri gereği, taraflarca "inançlı" olarak nitelenen bir işlemin dahi gerçekte muvazaalı olduğu iddia edilebilir. Yalnız, bu gibi durumlarda ispat yükü muvazaa iddiasında bulunan tarafa düşer[75].

b. Çeşitleri

42 İnançlı işlemler ikiye ayrılır[76]:

— *Saf inançlı işlemler* (buna *yönetim veya işgörme fiducia*'sı da denebilir), güvenenin yararına yapılan, onun çıkarlarının üstün tutulduğu işlemlerdir. Örneğin, bir alacak tahsil edilmesi için inançlı olarak bir başkasına devredildiği vakit durum böyledir. Güvenilenin tahsil ettiği tutar güvenene verilecektir.

— *Karma inançlı işlemler* (buna *teminat fiducia*'sı da denebilir) ise, güvenilenin menfaatlerinin de en az güvenene ninkiler kadar ağır bastığı inançlı işlemlerdir. Taşınır veya taşınmaz bir malın, bir alacağa teminat sağlamak üzere alacaklıya devri bu kategoriye girer. Bu örnekte, borçlu alacaklının alacağını teminat altına almak için bir malını rehnedecek yerde, malın mülkiyetini inançlı olarak ona geçirmektedir. Böylece, yapılan işlem, hem bu sayede kredi sağlayan güvenenin hem de alacağı için rehinden daha güçlü bir teminat elde eden güvenilenin çıkarlarına uygun düşmektedir.

c. Hukukî niteliği

43 Burada söz konusu olan, inançlı işlemde yer alan "devir işlemi" unsurunun değil, fakat "inanç sözleşmesinin" *(pactum fiduciae)* hukukî niteliğidir. Biz, burada ve bundan sonra inançlı işlemlere ilişkin olarak yapacağı-

73) BGE 71.II.99, JdT 1945.I.472.

74) **Yung**, Etudes et Articles, Genève 1971, s. 168-169, 170, 173 vd. –Ayrıca krş. **Kramer**, Art. 18, N. 130.

75) **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 204 vd., 209.

76) Bu konuda bkz. **Kramer**, Art. 18, N. 120; **Yung**, not 74'de age, s. 169; **Tandoğan**, II, s. 544.

mız bütün açıklamalarda, meseleleri ağırlıklı olarak *saf inançlı işlemler* açısından ele alacağımız ve *karma inançlı işlemlerin* daha yakından incelenmesini Rehin Hukukuna terk edeceğimiz için, inanç sözleşmesinin hukukî niteliğine de sırf saf inançlı işlemler perspektifinden bakmaktayız. Bu konuda hâkim olan ve İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da paylaşılan görüşe göre, inanç sözleşmesi, ilke olarak bir *vekâlet* sözleşmesi veya *vekâlet benzeri* (kendine özgü) bir sözleşme sayılmak gerekir ki, daha isabetli gözüken bu ikinci anlayışa göre de, buna uygulanacak hükümler (bu defa kıyas yolu ile ve niteliğine uygun düştüğü ölçüde) yine Borçlar Kanununun vekâlet hükümleri olacaktır[77,78].

2. Güvenenin Korunması

İnançlı işlemlerde, en önemli problem, karşı tarafa tam hakkı devreden 44
güvenenin, verdiğini aynen geri alma hakkını tehlikeye düşüren ihtimallerde nasıl korunacağı problemidir. Bu problem örneğin, güvenilenin kendisine inançlı olarak olarak devredilmiş malı inanç sözleşmesine aykırı olarak üçüncü bir kişiye satıp mülkiyetini geçirmesi halinde ortaya çıkabileceği gibi, güvenilenin iflâsı halinde de çok ciddi bir görünüm kazanır. Aşağıda, inanç sözleşmesine dayanarak, güvenilene devrettiği hakkı geri alma hususunda sadece borç ilişkisinden doğan kişisel (nisbî) bir hakka sahip bulunan güvenenin, ne gibi durumlarda ve ne şekilde korunabileceği ana hatları ile gözden geçirilmektedir:

a. BK. m. 41/II'ye Dayanan Koruma

Güvenilen, mülkiyeti inançlı olarak kendisine geçirilen malı üçüncü bir 45
kişiye satış, bağışlama vs. gibi bir sözleşmeye dayanarak devreder yahut bu mal üzerinde üçüncü kişi lehine sınırlı bir aynî hak kurarsa, üçüncü kişinin mâlik veya sınırlı aynî hak sahibi olacağında kuşku yoktur. Üstelik, bu hakkı ona devreden veya onun lehine kuran kişi (güvenilen) tasarrufa yetkili bir mâlik statüsünde olduğundan, üçüncü kişinin iyi veya kötüniyetli olmasının da bir rolü olmayacaktır. Bu durumda, güvenenin, ilke olarak, üçüncü kişiye karşı bir talep hakkına sahip olmadığı sonucuna varmak gerekir. İstisna olarak, üçüncü kişi, inançlı devirden haberdar olduğu ve gü-

77) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1025; **Fellmann**, Art. 394, N. 65; **Weber**, Basler Komm., Art. 394, N. 11; **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 194; **Tandoğan**, II, s. 545; **Eren**, 9. bası, s. 331; BGE 99.II.396; 85.II.99.

78) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da (bkz. yukarıda not 68) bu konuda "Bu tür işlemler vekâlet veya vekâlet hükümlerinin uygulanacağı vekâlet benzeri, kendisine özgü yapısı olan bir sözleşme olarak nitelendirilebilir" demektedir. Biz, her ikisine de kıyas yoluyla vekâlet hükümleri uygulanabileceği için, "vekâlet benzeri işlem" ve kıyas yoluyla vekâlet 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. 41/II hükmünün (ahlâka aykırı bir eylem ile başkasına zarar verme) şartlarını gerçekleştirdiği vakit, güvenen üçüncü kişiden tazminat isteyebilecektir[79]. Ne var ki, hâkimin BK. m. 43/I'den yararlanarak aynen tazmine (örneğin, üçüncü kişiye mülkiyeti geçirilen malın ondan alınıp güvenene verilmesine) hükmetmesine bir engel yoktur[80].

b. Vekâlet Hükümlerine Dayanan Koruma

46 İnanç sözleşmesi bir vekâlet sözleşmesi veya vekâlet benzeri sözleşme sayılınca, vekâlet vereni (müvekkili) korumak üzere Borçlar Kanununun 393. maddesinde öngörülen hükümlerden doğrudan doğruya veya kıyas yolu ile burada da yararlanmak imkân dahiline girmektedir.

aa – Güvenenin BK. m. 393/I'de Öngörülen Kanunî Temlikten Yararlanması

47 Anılan hükme göre,

"Müvekkil vekiline karşı olan muhtelif borçlarını ifa edince, vekilin kendi namına ve müvekkili hesabına üçüncü şahıstaki alacağı, müvekkilin olur".

Dolaylı temsil yetkisine sahip olan, bu sebeple de üçüncü kişilerle gerçekleştirdiği hukukî işlemleri kendi adına, fakat vekâlet veren hesabına yapan vekillerle ilgili bulunan bu hüküm (tıpkı maddenin diğer fıkraları gibi) inançlı işlemlerde de uygulama alanı bulur[81]. 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 alacak hakları *kanunî bir temlik* sonucu kendiliğinden güvenene geçer.

48 BK. m. 393/I hükmü emredici değildir. Şu halde taraflar (güvenen ile güvenilen) anlaşarak bu hükmün uygulanmasını, dolayısı ile kanunî temliki bertaraf edebilirler. Bizce, bu anlaşma açık olabileceği gibi zımnî (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/I 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**, II, s. 551-552).

80) Bkz. **Tandoğan**, II, 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 (**Karahasan**, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, c. 2, İstanbul 1989, s. 238, not 278).

81) **Hoftstetter**, s. 136-137; **Tandoğan**, II, s. 552 vd.; **Tercier**, Contrats, N. 4711; **Weber**, Basler Komm., Art. 401, N. 3, 4; BGE 115.II.471.

Taraflar, BK. m. 393/I'in, inanç ilişkisi devam ettikçe uygulanmasını önleyen böyle (açık veya örtülü) bir anlaşma yapmış ise, kanunî temlik, ancak aralarındaki inanç ilişkisinin herhangi bir sebeple (sürenin dolması, fesih vs.) son bulduğu anda gerçekleşecek demektir[82].

Burada, *kanun gereği* güvenene geçen, yukarıda belirtildiği gibi, sadece inanılanın malvarlığında yer alan *münferit alacak haklarıdır*. Yoksa, söz konusu alacaklara kaynak olan borç ilişkisi veya bundan doğan yenilik doğuran haklar kanunî temlike konu olmaz[83]. 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 vekâlet 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) def'inde bulunabilir (BK. m. 81). 49

Hiç kuşku yok ki, güvenen (vekâlet veren) BK. m. 393/I gereği kanunî bir temlik sonucu alacak hakkının kendisine geçtiğini borçluya haber vermedikçe, temlikten haberi olmayan iyiniyetli borçlu, alacaklı olarak bildiği güvenilene (vekile) yaptığı ödeme ile borcundan kurtulur (BK. m. 165). Görülüyor ki, vekili ile arasındaki inanç ilişkisinin Ü tarafından bilinmesini istemeyen güvenen, dilerse kanunî temlikten Ü'yü haberdar etmemek suretiyle bu gizliliği muhafaza edebilir[85]. 50

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. -Hâkim görüşten ve BK. m. 393/I'ın "alacak"tan bahseden açık sözünden ayrılan **Yavuz**'un (Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 6. Baskı, İstanbul 2002, s. 630 vd.) sadece alacak hakkının değil, başkası hesabına hareket eden vekilin (güvenilenin) elde ettiği hukukî durumun (yenilik doğuran hakları da içine alarak) tümüyle vekâlet verene (güvenene) geçtiği ve bu yoldan üçüncü kişiyle vekâlet veren (güvenen) arasında doğrudan bir hukukî ilişki kurulduğu şeklindeki 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, kanunî temlikin borçluya bildirilmemesi hususunda vekiline talimat vermesi çok yerinde olur. Ayrıca bkz. **Tandoğan**, II, s. 556.

Güvenilen iflâs ettiği takdirde, güvenen BK. m. 393/I uyarınca gerçekleşen kanunî temliki iflâs masasına karşı da ileri sürebilir (BK. m. 393/II).

51 Bu konuda şöyle bir ayrım yapılabilir[86].

= İflâs açılmadan BK. m. 393/I'in şartları gerçekleşmişse, alacak, müflis durumundaki vekilin malvarlığında yer almadığından iflas masasına hiç girmeyecektir.

= Vekilin iflasına karar verildikten sonra, güvenenin kanunî temliki iflâs masasına karşı ileri sürebilmesi için, vekile (güvenilene) karşı olan borçlarının (hiç şüphesiz iflâstan sonraki dönemde) ona değil, iflâs masasına ödenmiş bulunması gerekecektir.

52 Aynı hükmün, kıyas yolu ile, inançlı vekilin haciz koydurmuş alacaklılarına karşı da uygulanması mümkündür[86a].

bb – Güvenilenin iflâs etmesi halinde, güvenenin, vekilin kendi adına ve güvenen hesabına iktisap ettiği taşınır malları iflâs masasından ayırma hakkına sahip olması (BK. m. 393/III)

53 Dikkat edileceği gibi, bu hüküm sadece taşınırlarla (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 vekâlet verenin menfaatlerine nazaran daha ağır bastığı için, kanun koyucu, vekil adına tescil edilmiş taşınmazları BK. m. 393/III'ün kapsamı dışında bırakmıştır[87].

— *Fellmann* tarafından savunulan ikinci görüşe nazaran, BK. m. 393/III'ün sadece "menkullerden" söz etmesinin nedeni, 1881 tarihli eski İsviçre Borçlar Kanununa ilişkin ilk taslaklarda, 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 tasarılarda, bu hükmün komisyon sözleşmesine ilişkin hükümler arasından çıkarılarak vekâlet sözleşmesine ait hükümlere ilâve 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 olacaktır[88].

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, inançlı vekil üçüncü bir kişi ile (kendi adına fakat inanan hesabına) yaptığı taşınmaz satış vaadi sözleşmesi uyarınca, ondan satışın yapılmasını ve taşınmazın mülkiyetinin kendisine geçirilmesini isteyebilir. Burada, inançlı vekilin, satıcı üçüncü

86) Bkz. **Fellmann**, Art. 401, N. 88, 92 vd., özellikle 94-95.

86a) **Tandoğan**, II, s. 527. İsviçrede aynı çözüm, ihtiyatî 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) **Fellmann**, Art. 401, N. 103-105.

kişiye karşı sadece bir *alacak hakkı* vardır. Bu sebeple, güvenen, yukarıda açıkladığımız gibi BK. m. 393/I ve II çerçevesinde kanunî temlikten yararlanabilecek, bu alacağın konusunun bir taşınmaz olması anılan hükümlerin uygulanmasına hiçbir şekilde engel oluşturmayacaktır.

Hâkim olan görüşe göre, BK. m. 393/III'de düzenlenen olguda, üçüncü kişiden (güvenen hesabına olsa bile) vekil adına alındığı için inançlı vekilin mülkiyetinde bulunan, bu yüzden onun iflâsı sonucu iflâs masasına giren bir taşınır mal söz konusudur. İflâs Hukuku kurallarına göre, bu durumda, güvenenin inançlı vekile karşı ileri sürebileceği mülkiyetin kendisine geçirilmesine ilişkin alacak hakkı bir para alacağına çevrilecek (İc. İf. K. m. 198) ve mal iflâs usulüne göre tasfiyeye tâbi tutulacaktır. Bu sonucu önlemek üzere, BK. m. 393/III hükmü, güvenene, taşınır malı iflâs masasından çekip çıkarmak suretiyle tasfiyeden kurtaran bir *ayırma hakkı* tanımış bulunmaktadır[89]. 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 saklıdır[89a]. Görülüyor ki, BK. m. 393/III'deki hakkın kullanılması da, BK. m. 393/I'deki şartın yerine getirilmiş olmasına bağlıdır[90]. 55

Güvenilenin (vekilin) üçüncü kişiden elde ettiği *para* onun malvarlığı ile karışacağından, bu ihtimalde, BK. m. 393/III'e dayalı bir ayırma hakkından söz edilemez. Şu var ki, bu paranın (sadece bu parayı muhafaza etmek üzere açtırılmış ayrı ve özel bir banka hesabına yatırılmış olması örneğinde olduğu gibi) malvarlığı içinde bireyselliğini koruduğu durumlarda BK. m. 393/III uygulanabilir[91]. 56

89) Maddedeki "istihkak" sözcüğü, hâkim görüşe göre, ayırma hakkı *(Aussonderungsrecht)* karşılığı kullanılmıştır. Bu hükmün kapsamına giren olguda, güvenenin bir mülkiyet hakkına değil, sadece (mülkiyet hakkına dayanmadığı için "düzensiz, irregulär" olarak adlandırılan) bir ayırma hakkına sahip bulunduğu hakkında bkz. **Fellmann**, Art. 401, N. 97; **Hofstetter**, s. 134, 139; **Weber**, Basler Komm., Art. 401, N. 12 vd.; **Tandoğan**, II, s. 512 vd.). -Öncülüğünü Türk Hukuku açısından **Yavuz**'un (not 83'de age, s. 652 vd.) yaptığı (hiçbir şekilde katılmak imkânını göremediğimiz) diğer bir görüş, inançlı vekilin kendi adına fakat güvenen hesabına iktisap ettiği taşınırlar üzerinde, güvenenin sadece bir ayırma hakkını değil, doğrudan doğruya mülkiyet hakkını kazandığını ileri sürmektedir. Bu sonucun gerçekleşmesi için, ayrıca BK. m. 393/I'de öngörülen şartın yerine gelmesinin zorunlu olup olmadığı ise, bu görüş taraftarları arasında tartışmalıdır.

89a) Metinde ifadesini bulan ve güvenene sadece bir "ayırma hakkı" tanıyan hâkim 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 bkz. **Fellmann**, Art. 401, N. 118-119; **Tandoğan**, II, s. 504, 540.

90) **Fellmann**, Art. 401, N. 121; **Tandoğan**, II, s. 539. –BK. m. 393/III'de öngörülen ayırma hakkının, kıyas yolu ile, haciz, ihtiyati haciz ve konkordato hallerinde de kullanılabilmesi hâkim 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 kanunî temlik, gerekse BK. m. 393/III'de düzenlenen ayırma hakkı bakımından son derece tartışmalı olan mesele şudur: Kanundaki düzenleme tarzına göre, kanunî temlikin konusu, *güvenilenin doğrudan doğruya üçüncü kişiye karşı elde ettiği (güvenen tarafından kendisine devredilmemiş bulunan) bir alacak hakkıdır;* ayırma hakkında ise, yine güvenilenin *üçüncü kişiden iktisap ettiği taşınır bir mal* söz konusu olmaktadır[92]. Acaba, kanunda bu yolda bir açıklık olmamasına rağmen, *bizzat güvenenden (vekâlet 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 imkân vermediğini kabul ediyor[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 ayrım yapmanın haklı ve inandırıcı bir gerekçesi yoktur[94].

3. İnanç Sözleşmesinin Açık Veya Gizli Olabilmesi

58 Eskiden, ayrı ve kendine özgü *(sui generis)* bir inanç sözleşmesinin varlığı büyük tereddüt ve tartışmalara yol açmışken[95] 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 vekâlet verenden "kendi adına, fakat vekâlet 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. 393/III'den farklı olarak, alacağın "iktisap" edilmesinden söz açmadığı için, vekâlet verenin vekile inançlı olarak devrettiği alacakları da kapsamına almaya elverişlidir. Zira, böyle bir alacak dahi, vekilin üçüncü kişiye karşı kendi adına fakat vekâlet 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 vekâlet veren hesabına "iktisap ettiği" alacaklardan bahsedilmektedir.

93) İsviçre'de her iki görüşe taraftar olanların bir listesi için, aşağıda anılan Federal Mahkeme kararı yanında, özellikle şu esere bakılabilir: **Fellmann**, Art. 401, N. 35-36, 115-116; BGE 117.II.431-432.

94) Aynı düşüncede olanlara örnek olarak bkz. **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 200; **Tandoğan** II, s. 534-536; **Weber**, Basler Komm., Art. 401, N. 5; **Hofstetter**, s. 137-138.

95) **Krş Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 193 vd.

ilkesinden (BK. m. 19) hareket ederek böyle bir sözleşmenin varlığını kabul eden eğilim gittikçe daha ağır basmakta, Yargıtayın da bu eğilime katıldığı görülmektedir[96]. Bu duruma göre,

— Taraflar isterlerse, aralarında "inanç sözleşmesi" başlığı altında bir sözleşme düzenleyip, bunu (taşınmazlarla ilgili olduğu zaman) tapu sicili müdürlüğüne ibraz edebilir. Böyle bir sözleşmeye dayalı olarak mülkiyet devrediliyorsa, güvenilen adına tescilin yapılması gerekir. Tapu Sicili Tüzüğü 11/II'nin tescil talebinden bahsederken, *"İstem, tescili bozucu veya hükümsüz kılıcı kayıt ve şarta bağlanamaz"* diyen ifadesi buna engel değildir. Zira, adına tescilin yapılacağı güvenilenin, belirli olaylar gerçekleşince, taşınmazı geri vermek hususunda sadece mukabil bir *borç* altına girmiş olması, "tescili bozucu veya hükümsüz kılıcı bir kayıt veya şart" sayılamaz[97].

— *Güvenilenin, taşınmazı güvenenden devraldığı durumlarda*, taraflar- 59
ın çok defa inanç sözleşmesini gizli tutmayı tercih etmeleri büyük ihtimal dahilindedir. Bunun gibi, tapu sicil müdürlüğünde işlem yapmaya sıra geldiği vakit, "inanç sözleşmesi"nin tescile esas olacak bir hukukî sebep olarak yeterince tanınmaması dolayısıyla, onların bazı güçlüklerle karşılaşmaktan çekinmeleri de söz konusu olabilir. O zaman, inanç sözleşmesi yerine bir başka sözleşme (örneğin satış sözleşmesi) düzenlenir ve tescilin görünüşteki bu sözleşmeye dayanarak yapılması istenir. Bu durumda, görünüşteki sözleşme (verilen örnekte satış sözleşmesi) muvazaa sebebiyle, gizli inanç sözleşmesi ise (taşınmaz mülkiyetinin devri borcunu doğurduğu için) resmî şekle 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 bâtıl saymaksızın, *"falsa demonstratio non nocet"* (yanlış belirtme zarar vermez) kuralını (BK m. 18/I) resmî satış senedine uygulayarak kurtarmanın mümkün olduğunu savunuyor; yeter ki, mülkiyet

---

96) Bkz. **Öztürk**, İnançlı İşlemler, Ankara 1998, 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) **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 195-196.

devrinin inançlı işleme dayalı olarak yapılmak istendiği resmi senetten anlaşılabilsin[99]. 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 İçtihadı Birleştirme Kararı gereği, *yazılı delil ile ispat edilmek kaydı altında*[100] *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 öğretide inançlı işlemleri "muvazaa-şekil eksikliği-geçersizlik" görüşünün kıskacından kurtarmak isteyen yeni eğilime katılmaktadır[101]. Ancak Yüksek Mahkeme, yeni öğretiden daha ileri giderek, inançlı devir amacının resmî senetten anlaşılması zorunluluğunu aşmakta ve resmî senet dışında yazılı bir delil getirilmesini yeterli bulmaktadır[102]. Bizce, bu anlayış

---

99) **Kramer**, Art. 18, N. 131-132; **Reymond**, not 66'da age, s. 34-35; **Zeller**, Basler Komm., 1. A., Art. 18, N. 18. Ayrıca bkz. **Özsunay**, Türk Hukukunda 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 hukukî 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: "... öğretide 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 ulaşınca, 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 akdî 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 anlaşılmaktadır..." (**Özmen/Özkaya**, not 1'de age, s. 463 vd.).

102) Yüksek Mahkemenin bazı kararlarında, getirilecek yazılı delilin sözleşmeye taraf olanlarca imzalanmış ve en geç resmî 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.,

(biraz zorlamayla elde edilmiş olsa bile) daha gerçekçi, haksızlıkları önleme bakımından daha etkili ve sonuç olarak (hukuk tekniği yönünden yapılması düşünülebilecek bütün itirazlara rağmen) uygulamanın ihtiyaçlarına daha uygundur.

Yargıtay kararlarına göre, yazılı delil ibraz edemeyen taraf, yazılı delil başlangıcı niteliğindeki bir belgeyi şahit ifadeleriyle ve diğer delillerle tamamlayarak da ispat külfetini yerine getirebilir[103]. Bunun gibi, "yemin" veya "ikrar" yoluyla da sözleşmenin gerçekte bir inanç sözleşmesi olduğu ispat edilebilir[104]. Ne var ki, Yargıtayda beliren yeni bir eğilim, yazılı delil kuralını sadece bir ispat şartı değil, aynı zamanda geçerlilik şartı olarak anlamakta ve buna dayanarak Yarg. 1. HD.nin, 3.6.2003 tarih ve E. 5037, K. 6687 sayılı kararında aynen şunlar kaydedilmektedir: "İnanç sözleşmesinin ... niteliği gereği, taraf yemininin çekişmeli taşınmazın temliki tarihinde olması şart kılınan sözleşme yerine hüküm ve sonuç doğuracağı ve mülkiyetin naklinin sebebi sayılacağı söylenemez. Aksi halde, tapulu taşınmazların nakli bakımından yasanın öngördüğü zorunlu şekil koşulunun yemin delili ile aşılması sonucunu doğurur. İçtihadı Birleştirme Kararlarının konuları ile sınırlı olarak çerçevesi genişletilmeden uygulanmasının yerinde olacağı da düşünülmelidir"[105]. Görülüyor ki, bu yeni eğilime göre, yazılı bir taahhüt ibraz edilmediği sürece, "yazılı delil başlangıcı", "ikrar" veya "yemin"e dayanarak sonuç almak mümkün olmayacaktır[106]. Bizce, meseleyi şöyle ele almak gerekir: Taraflar arasındaki taşınmaz devrine ilişkin sözleşme daha baştan açık biçimde inanç sözleşmesi olarak düzenlenseydi, bu sözleşmede yalnız güvenenin güvenilene malı devir borcu değil, şartları gerçekleşince güvenilenin de taşınmazı güvenene geri verme borcu resmî şekle uyulmak suretiyle yer alacaktı. Bunun sonucu olarak, güvenilenin malı geri vermek için tapuda yeni bir resmî senet düzenlettirmesine gerek kalmayacaktı. Sözleşme bir satış sözleşmesi tarzında düzenlendiği vakit, sadece güvenenin taşınmazı devir borcu açık biçimde resmî şekle bağlanmış olmakta, güvenilenin zamanı gelince aldığı malı geri verme taahhüdü sözleşme metninde gözükmemektedir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, "yanlış belirtme zarar vermez" kuralı (BK. m. 18/I) çerçevesinde bu sözleşme bir inanç

13.4.2004, E. 2004/964, K. 2004/4244, YKD. 2005/8, s. 1195). Bizce, yazılı delilin "en geç resmî işlem tarihinde düzenlenmiş" olmasını aramak şu bakımdan soru işaretlerine yol açıyor ki, aşağıda göreceğimiz gibi, Yargıtay ikrarı da bir delil olarak kabul etmektedir. Bu durumda, resmî işlem tarihinden kısa bir süre (örneğin iki gün) sonra, tarafların gerçek durumu açıklamak üzere imzaladıkları 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. -Ayrıca krş. Yarg. 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 dilekçesinden açıkça veya "vs.; ya da sair deliller" denilmek suretiyle yemin deliline de dayanıldığı anlaşıldığı takdirde, bu delillerin (yeminin) kullandırılması engellenemez. 5.2.1947 tarih ve 20/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının nam-ı müstear (iğreti ad) davalarının yazılı delille ispat edilebileceğini öngörmesi, inançlı sözleşmelere dayalı davalarda yemin delilinin kullandırılamayacağı anlamına gelmez. Yasal delil ve ispat aracı olarak taraf yemini, yargılamanın her aşamasında kullanılabilen bir nitelik taşır" (**Özkaya**, not 29'da age, s. 86). -İkrar yoluyla inançlı işlemin ispat edilebileceği hakkında 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 gerçekleşmiş resmî 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, güvenilenin belirli şartlar gerçekleşince aldığı malı geri verme taahhüdünü de içeriyor sayılır. O zaman, bu ihtimalde de, malı güvenene geri vermek için resmî 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 resmî senet düzenlettirmenin getireceği külfetleri göze alamayan taraflar, bu gibi durumlarda anlaşıp, güvenilen aleyhine açılacak bir ifa davasını ikrar veya yemin yoluyla sonuca bağlatmayı ve kesinleşmiş mahkeme kararına dayalı olarak tapuda işlem yaptırmayı tercih edebilirler. Bu durumda, kanunun öngördüğü resmi şekil şartının ikrar veya yemin yoluyla aşıldığından söz etmeye şu bakımdan imkân yoktur ki, resmî satış sözleşmesi BK. m. 18/I çerçevesinde bir inanç sözleşmesi olarak yorumlanıp anlaşılabiliyorsa, 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 imkân hazırlayan bir yöntemdir. Her halde hiç gözden kaçırılmaması 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 resmî şekle uyularak satış şeklinde düzenlenmiş sözleşmeden doğmakta ve bütün mesele bu sözleşmenin gerçekte BK. m. 18/I 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 *"prête-nom" (iğreti ad)* karşılığı çok kullanılan ve herhalde, özellikle sanatçıların gerçek adlarını gizlemek için kullandıkları müstear (takma) ad ile karıştırılmaması gereken nam-ı müstear'dan maksat, vekâlet verenin adını gizleyerek, kendi adına fakat bir başkası (vekâlet veren) hesabına hareket eden kimsedir[107]. Bir başka deyimle, nam-ı müstear, kendi ismi arkasında, ismini sakladığı kimseyi gizleyen bir perdeden ibarettir[108].

Durumu şöyle bir örnekle açıklayabiliriz: Satıcı S'ye ait bir taşınmaz, alıcı A tarafından alınmak istenmekte, ancak bazı sebeplerden ötürü, A alıcı olarak ortaya çıkmayı uygun bulmamaktadır. Burada ne gibi sebepler rol oynayabilir? Örnek olarak, A'nın, bu taşınmazın kendisi tarafından satın alındığının duyulmasını istememesi veya kendisi ortaya çıkarsa, A'nın çok zengin bir iş adamı olması dolayısıyla, S'nin ondan çok yüksek bir fiyat talep etme tehlikesinin bulunması gösterilebilir. A, bunun üzerine araya güvendiği V'yi sokuyor ve S'nin sözü geçen taşınmazı V'ye satması sağlanıyor. A-V arasındaki anlaşma gereği, V, daha sonra tapuda kendi adına tescil ettirdiği taşınmazın mülkiyetini A'ya devredecektir. V, burada, uygu-

107) **Postacıoğlu**, Namı müstear meselesi: vekâlet ve itimat mukaveleleri ile muvazaanın karşılıklı münasebetleri, İÜHFM, XIII, 1947/3, s. 1011.

108) **Esener**, not 6'da age, s. 177.

lamada kullanılan, fakat hiç de yerinde olmayan deyimle "nam-ı müstear"dır. Onu, Alman-İsviçre Hukuklarında olduğu gibi, "araya sokulan kişi" veya "kukla adam" *(Strohman, homme de paille)* olarak adlandırmak çok daha isabetlidir.

Klasik öğretiye göre[109], hukukî durumu açıklamak üzere, üç ihtimali birbirinden ayırmalıdır: 61

— Birinci ihtimal, *tarafta muvazaa* ihtimalidir. Bu ihtimalde, gerçek alıcı A, satıcı S ile satışın kendi aralarında gerçekleşmesi için anlaşmış ve satıcı (S) ile vekil V arasında yapılan görünüşteki satış, S ile A arasındaki gerçek satışı gizlemek üzere kullanılmıştır. 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 gerçekte *az çok uzun bir süre* idare ettikten sonra, belirli şartlar gerçekleşince A'ya devretmek üzere satın almış bulunmaktadır.

Burada dikkatleri aşağıdaki ayrıma çekmek istiyoruz:

= Yukarıda inançlı işlemleri incelerken üzerinde durulan örneklerde hep güvenilenin *güvenenden* inançlı olarak iktisap ettiği mallar söz konusuydu. 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 karşılaştığımız inançlı işlem tipi işte bu ikinci tiptir[110]. 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**, Medenî 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 görüşler öne sürdüğü en tartışmalı konulardan biridir. Örnek olarak bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, not 54'de age, s. 308 vd.; **Aday**, not 5'de, age, s. 97 vd.; **Özdemir**, Türk Hukukunda yetkiye dayanan temsil ve nam-ı müstear uygulaması, Ankara 1994, s. 75 vd.; **Hâtemi**, Nâm-ı müstear kavramı ve vekâlet ile ilişkisi, Temsil ve Vekâlete İlişkin Sorunlar Sempozyumu, İstanbul 1977, s. 131 vd.

110) İnançlı olarak devredilen mal veya hakkın güvenenden veya üçüncü bir kişiden elde edilmiş olabileceğine ilişkin bu ayrım aşağıda (bkz. not 118) andığımız Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında da açık seçik benimsenmiştir. Buna karşı, bazı yazarlar, ancak güvenen tarafından güvenilene devredilen mal ve haklarda inançlı işlemden bahsedilebileceğini, güvenilenin üçüncü kişiden iktisap ettiği mallar bakımından inançlı işlem kavramına yer olmadığını ileri sürüyorlar. Onlara göre, inançlı işlem bü-

bedelini yarı yarıya ödeyerek (S)'den bir taşınmaz satın almışlar, ancak alacaklılarıyla başı dertte olan (A)'nın şimdilik taşınmazın yarı payının tapuda kendi adına tescilini istememesi üzerine, satış sözleşmesi (S) ile (V) arasında yapılıp 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, A ile V arasındaki ilişki *vekâlet sözleşmesine 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* vekâlet veren A'ya devredecektir.

62 Görüldüğü gibi, ikinci ve üçüncü ihtimaller arasındaki fark, *süre* kriterine göre yapılmaktadır. Gerçekte, her iki ihtimalde de, V dolaylı temsilci statüsünde bir vekil olup, taşınmazı S'den (S durumu bilsin veya bilmesin)[111] kendi adına, fakat A hesabına satın almaktadır. Fark, şu noktada kendini göstermektedir: V, taşınmazı *az çok uzun bir süre* idare ettikten sonra A'ya devredecek ise, (V) ile (A) arasındaki ilişki bir inanç sözleşmesi olarak görülmekte; V, iktisap ettiği taşınmazı *hemen* A'ya temlik etme yükümlülüğü altında olduğu zaman ise, dolaylı temsil esasına dayalı bir vekâlet ilişkisinin bulunduğu sonucuna varılmaktadır. Derhal belirtelim ki, *süre* kriterine dayanarak ikinci ve üçüncü ihtimaller arasında yapılan bu ayrım bugün geniş ölçüde terk edilmiş bulunmaktadır. Gerçekten, sözü edilen süre, ister "vekâlet sözleşmesinin süresi", ister "inançlı olarak elde edilen hakkın kendi hakkı gibi kullanılma süresi veya şeyi alıkoyma süresi" olarak anlaşılsın, bütün bu gibi hallerde vekâlet ve inançlı işlem faraziyeleri şu bakımdan farklı seçenekler olarak görülemez ki, vekâlet 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 pekâlâ mümkündür. Görülüyor ki, süre kriteri esas alınarak "vekâlet" 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. (**Hâtemi**, not 101'de age, s. 132; **Ayan**, Nam-ı müstear kavramı ve hukuki niteliği, DÜHFD, 1984/2, s. 388-389; **Özdemir**, not 109'da age, s. 94). Bu düşünce tarzı hâkim 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 muvaazalı ve dolayısıyla hükümsüz sayılmasını gerektirmez (**Staudinger/Dilcher**, 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 ayrım yapılamaz[112]. O halde, ikinci ve üçüncü ihtimalleri tek bir çatı altında toplayarak, meseleyi "tarafta muvazaa" ve "inançlı işlem" ikilemi içinde ele almak daha yerinde olacaktır. Esasen, inanç sözleşmesinin genellikle bir çeşit vekâlet veya vekâlet hükümlerinin kıyas yolu ile uygulandığı vekâlet benzeri bir işlem sayıldığı hatırlanacak olursa, bu konuda vekâlet 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, 63

— Yargıtay'ın 5.2.1947 tarih ve 20/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, 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 vekâlet veren (güvenen) A'nın mülkiyet hakkını kazanacağı, bu sebeple de "nam-ı müstear davalarının 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 Kararına 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 dâvanın reddedilmesi, Yüksek Mahkeme tarafından benimsenen görüşe göre aşağıdaki sebeplerden ötürü yerindedir: A, bu davayı açarken V ile arasındaki vekâlet ilişkisine dayanmaktadır. Oysa, vekil ile vekâlet veren arasındaki vekâlet 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 resmî 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.; **Hofstetter**, 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 vekâlet sözleşmesidir" denilmek suretiyle, vekâlete dayalı dolaylı temsil ve inançlı işleme dayalı dolaylı temsil faraziyeleri birleştirilmiştir (Karar için bkz. **Karahasan**, 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 vekâlet veren (müvekkil) A'nın malik olması mümkün değildir. Yargıtay'ın dayandığı BK. m. 393/III hükmü yukarıda işaret ettiğimiz gibi[113] sadece "menkul" (taşınır) mallarla ilgilidir ve taşınmazlara uygulanamaz. Kaldı ki, bu hükümde sözü edilen "istihkak iddiası" deyimi (hiç değilse hâkim görüşe göre) yanıltıcıdır. Maksat, vekilin iflâsı halinde, vekâlet verene malı iflas masasından kurtarmak için bir ayırma 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 nam ile olursa olsun almış olduğu şeyi müvekkile tediyeye mecburdur."* Şu halde, vekil sıfatı ile S'den bir taşınmaz iktisap eden V, açık kanun hükmü gereği bunu vekâlet 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 resmî şekilde bir devir taahhüdüne gerek kalmaz. Hukukumuzda, taşınmaz alım satımı için verilen temsil yetkisi ve yapılan vekâlet sözleşmesi dahi, hâkim görüşe göre, *geçerliliği* açısından hiçbir şekle tâbi değildir. Şu halde, hâkim görüş açısından, A'nın V'ye karşı BK. m. 392/I hükmünü esas alarak açacağı davada, *resmî şekilde yapılmış* bir vekâlet sözleşmesine dayanması da gerekmez[114]. 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 isabetsizdir[115].

Öğretide rastlanan bir düşünce[116] hâkim 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. 11/2'deki kuralın ilga edilmesi demektir. Eğer bir şekle tâbi olmayan vekâlet akdi içinde resmî şekle tâbi 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**, II, s. 496. -Ayrıca bkz. aşağıda not 118'de anılan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı. -Araya sokulan kişi aracılığıyla yapılan işlemin, inançlı bir işlem olmayıp bir "tarafta muvazaa" oluşturduğu ispat edilse bile, üçüncü kişiden satın almış gözüktüğü taşınmazı kendi adına tapu kütüğüne tescil ettirmiş (V) ile, gizli kalan işleme taraf olan gerçek alıcı (A) arasında yine bir vekâlet ilişkisinin oluştuğu hakkında bkz. **Sungurbey**, not 109'da age, s. 504; **Karahasan**, TBH, ÖBİ, cilt 2, 2002, s. 1056; Yarg. 13. HD., 10.12.1981, E. 6331; K. 8105, **Karahasan**, TBH, GH, cilt 1, 2003, s. 251.

115) Ayrıca bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Eşya Hukuku, c. 1, 5. bası, İstanbul 1989, s. 446-447. -Başka türlü: **Kuru**, cilt II, s. 2355.

116) **Ertaş**, not 39'da age, s. 269.

bir kira akdi içinde de yapılabilir, istisna akdi içinde de yapılabilir, hatta tamamen ilgisiz bir taşıma sözleşmesi içinde de yapılabilir. Örneğin taşıyıcı, taşıtanın bir taşınır malını taşımayı taahhüt eder, taşıtan da taşıma bedeli olarak, bir taşınmazın mülkiyetini devretmeyi taahhüt eder...". Açıkça görülüyor ki, bu açıklamalarda, borçlunun taşınmaz mülkiyetini devretmeyi "taahhüt" etmesiyle, böyle bir taahhüde hiç gerek bulunmaksızın "kanun hükmünün" (BK. m. 392/I) bir devir yükümlülüğünü öngörmesi birbirine karıştırılmış bulunuyor. Şurasını ekleyelim ki, hiç gerekmediği halde, vekâlet sözleşmesinde vekilin açık biçimde ve resmî şekle uyulmaksızın, üçüncü kişiden elde edeceği taşınmazın mülkiyetini vekâlet verene devredeceğini taahhüt etmesi de hukukî durumu değiştirmez. Zira böyle bir taahhüt herhangi bir şekilde mülkiyetin devrine ilişkin bir borç doğurmayıp, sadece BK. m. 392/I de öngörülen kanunî devir mükellefiyetinin teyit edilmesi (doğrulanması) anlamını taşır. MK. m. 706/I'de yer alan "Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmî şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlıdır" hükmü, ancak borçlunun taahhütte bulunarak mülkiyetin devri borcu altına girdiği sözleşmelerde uygulama alanı bulur; böyle bir taahhüde gerek olmaksızın açık bir kanun hükmü mülkiyeti nakletme borcunu doğurduğu zaman MK. m. 706/I uygulanamaz.

Şunu önemle belirtelim ki, *araya sokulan kişi vasıtasıyla yapılan işlemlerde, asıl olan, bir inançlı vekâletin bulunması, bir başka ifadeyle yapılan işlemlerin ciddi ve geçerli olmasıdır. Ortada bir muvazaa olduğu iddia ediliyorsa, muvazaanın ispatı gerekir*[117]. Şu halde muvazaa ispat edilmedikçe, 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 tarihli 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 vekâlet 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/I hükmü uyarınca ayrıca resmî şekilde taahhütte bulunmuş olması aranmaksızın, kanundan doğan bir yükümlülüğünü yerine getirerek mülkiyeti vekâlet verene (güvenene) geçirmek mecburiyeti altında olduğu istikrar kazanmış bir çözüm niteliğini taşımaktadır[118]. Bunu nasıl açıklayabiliriz? Her ne kadar 2797 sayılı Yargıtay Kanu-

117) **Jäggi/Gauch**, 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 konusu olayda dolaylı temsili de içeren inançlı vekâlet sözleşmesinin varlığı kabul edildiği-

nunun 45. maddesinin 5. fıkrası *"İçtihadı Birleştirme kararları benzer hukukî konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar"* diyorsa da, bu hükmü, İçtihadı Birleştirme Kararlarının sadece sonuç bölümünün bağlayıcı olacağı, buna karşı *gerekçe* bölümünde yer alan görüşlerin bağlayıcı bir nitelik taşımadığı şeklinde anlamak gerekir[119]. 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 kavuşturmuştur[120]. Bu açıdan, vekil adına tapuda yapılan tescil ile vekâlet verenin mülkiyet hakkını kazanmasını öngören açıklamalar 5.2.1947 tarihli İçtihadı Birleştirme kararının gerekçe bölümünde yer aldığından, günümüzde (esasen son derece yanlış olan) bu çözümün bir köşeye bırakılmasında ve BK. m. 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 kararı, sadece vekâlet 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 vekâlet akdinin kanunî bir sonucu, başka bir deyişle vekâlet 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 resmî şekilde yapılmasının gereği de yoktur". (**Özkaya**, not 29'da age, s. 62-63; **Karahasan**, TBH, ÖBİ, 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 (**Karahasan**, TBH, ÖBİ, cilt 2, 2002, s. 1036-1037; Yarg. 13. HD., 8.10.1990, E. 1165, K. 6012 (**Karahasan**, 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 vekâlet 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 ilkeden, İçtihadı Birleştirme Kararlarının gerekçe bölümünden hiç 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 vermesi, vekilin ise taşınmazı vekâlet veren yerine kendi adına satın alıp tapu kütüğünde yine kendi adına tescil ettirmesi durumunda bağlayıcı saymaktadır. 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: *"Dava konusu olayda ise, vekilin (davalının) taşınmazı müvekkili namına alması gerekirken kendi namına alması diye bir durum söz konusu olmadığından, münhasıran bu duruma ilişkin bulunan 7.10.1953 gün, 8/7 sayılı İçtihatları Birleştirme Kararının dava konusu olayla hiçbir ilgisi yoktur"*[121]. Şu halde, bu faraziye dışında kalan tüm durumlarda, vekâlet 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 7.10.1953 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararının uygulama alanı geniş ölçüde sınırlandırılmış olmaktadır. Bizce, burada sözü edilen her iki grup olguda da vekâlet hükümleri uygulanacağından, bu hükümler arasında yer alan BK. m. 392/I'in sadece bunlardan birinde devreye girebilmesi, diğerinde ise sırf 7.10.1953 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararına bir uygulanma alanı bırakmak için saf dışı tutulması yerinde bir çözüm sayılamaz ve bu konuda yeni bir İçtihadı Birleştirme kararına duyulan ciddi ihtiyacı ortadan kaldırmaz.

Acaba, 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 mıdır? Bu soruya olumlu cevap verilirse, V'nin, A ile arasındaki inançlı vekâlet ilişkisine rağmen vekil sıfatıyla hareket etmediği durumlarda, ona karşı BK. m. 392/I'e dayanmak imkânı olmayacaktır. Bu mesele çok tartışmalıdır[122]. *Bizce*, bir ayrım yapmak yerinde olur: 66

— *Birinci ihtimal:* A tarafından V'ye, *belirli bir taşınmazı* alması için değil de, "genel olarak" taşınmaz alımına ilişkin bir vekâlet verilmiş[123] 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 (**Karahasan**, TBH, GH, cilt 3, 2004, s. 355). -Şu noktayı ekleyelim ki, 7.10.1953 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararına esas teşkil eden olayda, satış bedeli vekâlet veren tarafından ödenmiş bulunduğu halde, şimdi andığımız 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/III'e göre, taşınmaz *satışı* için, temsilciye verilmiş genel bir yetki yeterli olmayıp, özel yetki şarttır. Madde "bir gayrimenkulü temlik veya bir (aynî) 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**, II, 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 taşınmaz veya taşınmazların vekâletin konusuna girdiği de belirtilmemişse, durum şöyledir: Taşınmaz alımı için A'nın vekâletini elde eden V, bu vekâlet devam ederken, hiçbir şekilde kendi adına ve hesabına taşınmaz iktisap etme imkânından yoksun kalmış sayılamaz. Şu halde, onun iktisap ettiği her taşınmaz için A'nın, BK. m. 392/I'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. Vekâletin 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 iç irade olarak kalmışsa, buna hukukî bir sonuç bağlamak imkânı yoktur[124]. Şu halde, bu durumda, A, BK. m. 392/I'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, vekâlet sözleşmesine aykırı davranmış olması sebebiyle bir *tazminat* talep edebilecek, ancak hâkim gereğinde takdir yetkisini kullanarak, BK. m. 98/II'nin aracılığı ile uygulanan BK. m. 43/I sayesinde aynen tazmine, yani tazminat olarak taşınmazın mülkiyetinin A'ya geçirilmesine hükmedebilecektir[125]. 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; Karahasan, 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 imkân tanımak istemeyen temsil olunan, vekâletnameye dilediği sınırlamaları koyabilir. Daha ayrıntılı açıklamalar ayrıca bkz. aşağıda § 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; **Karahasan**, not 123'de age, s. 601.

açıklamak suretiyle, taşınmaz alımını A ile arasındaki vekâlet sözleşmesinin dışında bırakmıştır. Bu durumda, vekâlet sözleşmesi ile ilgisi kesilen bu işleme, vekâletin kanunî sonuçlarını düzenleyen BK. m. 392/I uygulanamayacak ve sadece vekilin bu davranışı vekâletten doğan borçları ile bağdaşmadığından, bir tazminat talebine yol açacaktır.

İkinci çözüme göre, vekâlet konusu taşınmaz ister vekâlet sözleşmesi yapılırken belirtilmiş olsun, ister daha sonra verilen bir talimat ile belli edilsin, vekil, vekâlet sözleşmesinden doğan sadakat borcu dolayısıyla vekâlet verenin yararına olacak davranışlarda bulunmak ve ona zarar verecek davranışlardan kaçınmak ile yükümlüdür. Kısaca, o, her zaman vekâlet verenin menfaatlerine en üstün yeri ayırmak ve kendi menfaatlerini vekâlet vereninkilere tâbi kılmak zorundadır[126]. Onun, vekâlet veren "hesabına" alması gereken bir taşınmazı vekil sıfatını bir yana itip sırf kendisi için alması, bu borcun açıkça çiğnenmesi anlamını taşır. Vekâlet veren durumundaki A, inançlı vekilin sözleşmeye aykırı bu davranışı ile bağlı tutulamaz. O, yine, süregelen vekâlet ilişkisinin gereği neyse onun aynen yerine getirilmesini isteyebilir. Şu halde, vekâlet sözleşmesine açık biçimde ters düşen davranışı ile, inançlı vekil BK. m. 392/I'in uygulanmasını engelleyemez[127]. Bizce, bu çözüm üstün tutulmalıdır.

= *Üçüncü hal:* V, vekâlet konusu taşınmazı S'den satın almadan önce vekâletten *çekildiğini* A'ya bildirmiş olabilir. Gerçekten, BK. m. 396/I uyarınca *"vekâletten azil ve ondan istifa her zaman caizdir"*[128]. Ne var ki, maddenin 2. fıkrası, uygun olmayan bir zamanda vekâlete son verilmesi halinde bundan bir tazminat yükümlülüğü doğacağını açıkça belirtmiştir. Bu hükümlerden olayımız bakımından çıkarılacak sonuç şu olacaktır: Kural olarak, vekâletten çekilen V'nin, vekâlet 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 imkân kalmamıştır. Ne var ki, tazminat talebi açısından bu kuralın bir istisnası vardır: Vekâletten çekilme uygun olmayan bir zamanda gerçekleşmişse, A, V'den tazminat talep edebilir. Şu halde, V vekâletten, A'ya vekâlet konusu işlemi bizzat veya bir başkasına vekâlet vererek gerçekleştirme imkânı bırakmayacak hal ve şartlar altında istifa etmişse, "uygun olmayan zamanda çekilme" şartı gerçekleşmiş demektir ve bu durumda, A, V'ye karşı BK. m. 396/II'ye dayanarak açacağı dâvada, uygun olmayan zamandaki çekilme

126) **Fellmann**, Art. 398, N. 25; **Tandoğan**, II, 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 vekâletten çekilmişse, çekilme sadece ileriye etkili (ex nunc) bir işlem olduğundan, iktisap anında BK. m. 392/I uyarınca doğmuş devir yükümlülüğünden kurtulamaz (Bkz. **Fellmann**, Art. 404, N. 30; **Postacıoğlu**, Namı müstear ve muvazaa meseleleri hakkında yeni görüşler, Samim Gönensay'a Armağan'dan ayrı bası, İstanbul 1955, s. 8).

gerçekleşmemiş olsaydı neyi elde edebilecek idiyse onun tazminini isteyebilecektir[129]. Örneğin, S'den taşınmazı satın almadan hemen önce (şu halde, A'ya herhangi bir tedbir alma şansı bırakmaksızın) vekâletten ayrıldığını bildiren V, böyle bir davaya muhatap olabilir. Buna karşı, V, vekâletten çekildiğini A'ya bildirdikten örneğin altı ay sonra, vaktiyle vekâlet konusu olan taşınmazı S'den kendisi için satın almışsa ona karşı böyle bir tazminat davası açılamaz.

IV. Muvazaa ve Kanuna Karşı Hile

1. Kanuna Karşı Hile ("fraus legis") Kavramı[130]

İki tür kanuna karşı hileyi birbirinden ayırmak gerekir[131]:

a. Gerçek anlamı ile kanuna karşı hile (veya kısaca, gerçek kanuna karşı hile)

67 Bazen, taraflar, kanun tarafından öngörülmüş bir yasağı delmek için dolambaçlı bir yola başvurur ve kanunun başka bir hükmünden yararlanarak anılan yasak hükmünü dolanmak isterler. Alman İmparatorluk Mahkemesinin eski bir kararına göre, kanuna 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 taşır[132]. Böylece, olayın, yasak koyucu kanun hükmünün uygulama alanı dışına çıkarılarak, hileye âlet edilen kanun hükmünün uygulama alanı içine sokulması söz konusu olmakta ve bu yoldan kanunî yasak dolanılmakta, bertaraf edilmektedir.

68 Gerek Federal Mahkeme[133], gerekse öğreti[134] tarafından benimsenen görüşe göre, bu konuda şu ayrıma dikkat etmek gerekmektedir:

— Kanun, bir sonucu değil, sadece o sonuca (amaca) ulaşmayı sağlayan *vasıtalardan* birisini yasaklamışsa, bir başka yoldan aynı sonuca ulaşmak caizdir. Bu halde kanuna karşı hile yoktur[135].

---

129) **Fellmann**, 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 kanuna karşı hile ile ilgili olmayıp sadece Medeni Hukuku ilgilendirmektedir.

131) Bu ayrım için özellikle bkz. **Jäggi/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 özellikle bkz. **Topçuoğlu**, Kanuna Karşı Hile, İzmit 1950, s. 180 vd.

133) Özellikle bkz. BGE 79.II.83.

134) **Kramer**, Art. 19-20, N. 265; **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 171; **Merz**, Berner 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

— Kanun, doğrudan doğruya bir *sonucu* (amacı) yasakladığı vakit, o sonuca dolaylı biçimde ulaşmayı sağlayan her çeşit vasıtayı da yasaklamış sayılır. Bu durumda, söz konusu yasağı bertaraf etmeye yarayan bütün yollar kapalıdır.

Gerçek anlamı ile kanuna karşı hile'nin iki unsuru vardır[136]:

— *Birinci unsur*, tamamen meşru, caiz ve geçerli bir işlemin yapılmış olmasıdır.

— *İkinci unsur*, şeklen tamamen hukuk düzenine uygun olan bu işlemle, kanunun ruh ve amacının çiğnenmesi, onun yasakladığı bir sonuca dolaylı ve dolambaçlı yoldan ulaşılmasıdır.

Eskiden, bu iki unsura bir üçüncüsünü ekleyen ve taraflarda "hile kastının" bulunmasını arayan görüş çok yaygındı. Bugün, aksi görüşü savunan bir çok yazarla birlikte, biz de buna gerek görmüyor ve tamamen objektif bir değerlendirmeyi yeterli sayıyoruz[137]. Bu sonucu açıklayan gerekçe şudur: Nasıl, bir kanun hükmü *doğrudan doğruya* ihlâl edildiği vakit, (kanunda tersine bir hüküm olmadıkça) ihlâl kastı aranmıyorsa, aşağıda göreceğimiz gibi, kanun hükmünün *dolaylı biçimde* ihlâli anlamına gelen kanuna karşı hilede de böyle bir kastın bulunması şart değildir[138]. Bir başka deyimle (taraflarda kanuni yasağı dolanma kastı bulunsun veya bulunmasın), yapılan işlemle kanun tarafından yasaklanmış bir sonuca dolaylı biçimde ulaşılmış olması yeterlidir.

b. Gerçek olmayan anlamda kanuna karşı hile (veya kısaca, gerçek olmayan kanuna karşı hile)

Bu ihtimalde, yapılan işlemle, yine kanunen yasaklanmış bir sonuca dolaylı biçimde ulaşılmak istenmekte, ancak bunun için ciddi ve geçerli bir işleme değil, *muvazaalı bir işleme* başvurulmaktadır. Görülüyor ki, gerçek olmayan anlamda kanuna karşı hilede, gerçek kanuna karşı hilenin birinci unsuru gerçekleşmiş değildir; zira kanunu dolanmak için kullanılan işlem 69

için bkz. **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 171). Biz, bu gibi durumlarda, kanuna karşı hileden hiç söz açılamayacağı 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; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 421-422; **İ. Helvacı**, Türk Medenî Kanununa Göre 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 kararı (**Özmen/Özkaya**, not 1'de age, s. 580). Hile kastını, kanuna karşı hilenin bir unsuru sayan bu karara katılamıyoruz.

138) Bu gerekçe için bkz. not 137'de anılan **Kramer**. -**Larenz/Wolf**'a göre ise (§ 40, N. 30), hile kastının aranıp aranmaması, her defasında dolanılan yasak hükmünün amacına 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 gerçekleşememesi yüzünden hiç bir zaman gerçek anlamı ile bir kanuna karşı hile oluşturamaz.

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 sahip olmayan A, B'nin bir alacağının tahsili için dava açmak üzere, bu alacağın kendisine temlik edilmesini (BK. m. 162 vd.) sağlıyor ve böylece vekil sıfatıyla değil, fakat doğrudan doğruya alacaklı sıfatıyla harekete geçip avukatlık mesleğini dolaylı biçimde icra etme imkânını 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 fevkalâde 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 vardır[139].

72 Azınlıkta kalan bir görüşe göre, A-B arasındaki alacağın devri muvazaalı, bu sebeple de hükümsüzdür[140]. 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 devralarak ve kanunların tanıdığı başka hakları kötüye kullanarak avukatlara ait yetkileri kullananlar"* için cezaî yaptırım öngörmekte ve aynı kanunun, yargı organları önünde gerçek ve tüzel kişilere ait hakları 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, Genève 1971, s. 163, 175.

63/III'deki "muvazaalı yoldan" ibaresi, Borçlar Hukukundaki dar ve teknik anlamı ile anlaşılırsa, inançlı alacak devirlerini kapsamına almayan bir ibare olarak değerlendirilebilir. Bizce, buradaki "muvazaalı yoldan" deyimi, "hileli yoldan" anlamında kullanılmıştır ve kanun hükmünü bertaraf etmek için yapılan inançlı işlemleri de kapsar. Bir an için bu düşünce tarzı kabul edilmese bile, inançlı temlikler, bu defa da aynı hükümdeki "kanunların tanıdığı başka hakları kötüye kullanarak" ibaresi içine sokulabilir. O halde, Avukatlık K. m. 63/III hükmü karşısında hukukî durum şöyledir:

— Alacağın temliki *muvazaalı* ise (gerçek olmayan anlamda kanuna karşı hile), zaten muvazaa sebebiyle hükümsüzdür. Bu ihtimalde, temliki hükümsüz saymak üzere Avukatlık Kanunu hükümlerine başvurmak gereksizdir. Anılan maddenin öngördüğü cezaî yaptırım saklıdır.

— Alacak, Avukatlık K. m. 35 hükmünü dolanmak üzere *inançlı bir işlemle* devredilmişse, artık bu işlemin geçersizliğini ileri sürebilmek için gerçek anlamda kanuna karşı hileden söz etmeye yer ve imkân kalmamıştır. Zira, maddenin sadece bir ceza yaptırımını öngörmesine rağmen, Avukatlık K. m. 63/III'e aykırı düşen devirlerin aynı zamanda BK. m. 20 uyarınca bâtıl 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 ihlâli vardır*[141].

— *İkinci örnek:* Medenî Kanunumuz, gerek taşınır gerekse taşınmaz 74
rehninde, borç ödenmediği takdirde rehinli alacaklının rehnedilen mala mâlik olmasını öngören kayıtları geçersiz saymıştır. Buna *lex commissoria* yasağı denir (MK. m. 873/II, 949).

Bu hükümler karşısında, teminat sağlamak amacıyla yapılan inançlı devirlerin geçerli sayılabilip sayılamayacağı sorusu zihinlere takılabilir. 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 vâdesinde ödenmemesi halinde, alacaklı inançlı olarak iktisap ettiği malı (MK. m. 2 çerçevesinde gerekli özeni göstererek) uygun fiyatla satacak[142] ve satış 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 düzenlendikleri için "kanuna karşı hile" statüsünü kaybeden kanuna karşı hile durumlarına örnek 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.

caklarda borçlunun sömürülmesini engellemek için öngörülmüştür. O, sıkışık durumu sebebiyle, yüz bin liralık borcu için bir milyon liralık malının mülkiyetinin alacaklıya geçmesini kabul etmiş olabilir. Oysa, yukarıda belirtildiği gibi hareket edildiği vakit, böyle bir sömürü tehlikesi kalmamış ve dolayısıyla lex commissoria yasağını getiren hükmün uygulama alanı dışına çıkılmıştır[143].

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 başvurdukları görülmektedir: 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 vâdesinde geri alamayan "ödünç veren" ("alıcı"), satıcı durumundaki ödünç alanı dava ederek taşınmazın mülkiyetini elde etmek imkânını kazanır. Yine sözleşmeye eklenen bir hükümle, satıcıya aldığı bedeli belirlenen vâdede geri vermek suretiyle satış vaadini hükümsüz bırakma yetkisi tanınır. Görülüyor ki, bu yola başvuran taraflar, *lex commissoria* yasağını dolanmak üzere, taşınmaz satış vaadi sözleşmesine ödünç olarak verilen paranın teminatı fonksiyonunu gördürmektedir.

76 Bu ihtimalde hukukî 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 sözleşmedir[144]. 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 oluşturur[145].

Bizce, daha önce belirttiğimiz gibi, asıl olan hukukî 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/Bär**, Zürcher Kommentar, 3. A., Zürich 1981, Art. 894, N. 21 vd.; **Steinauer**, Les droits réels, tome III, 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 1'de age, s. 494 vd.).

145) **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 422-423; **Özmen/Özkaya**, not 1'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 Kıraç'a Armağan, Ankara 1994, s. 158.

2. Kanuna Karşı Hile'nin Yaptırımı ve Modern Hukukta Bağımsız Bir Kanuna Karşı Hile Kavramına Yer Olup Olmadığı

77 Bugün genellikle kabul edilen görüşe göre, kanuna karşı hile yoluyla bertaraf edilmek istenen kanun hükmü doğrudan doğruya ihlâl edilmiş olsaydı hangi yaptırım uygulanacak idiyse, kanuna karşı hile oluşturan işleme de aynı yaptırım uygulanır[146]. Şu halde, yukarıda verilen satış vaadi örneğinde, *lex commissoria* yasağını getiren MK. m. 873/II ihlâl edilmiş sayılarak satış vaadi sözleşmesinin kesin hükümsüz olduğu sonucuna varılacaktır. Hiç kuşkusuz burada sözü edilen kanuna karşı hile, gerçek anlamı ile kanuna karşı hiledir. Zira, gerçek olmayan anlamda kanuna karşı hile oluşturan işlem esasen muvazaa sebebiyle hükümsüzdür.

78 Kanuna karşı hile'nin yaptırımını MK. m. 2/II'deki hakkın kötüye kullanılması yasağında arayan düşünce tarzı da yeni öğretide genellikle kabul görmemekte[147] ve Federal Mahkeme tarafından da açıkça reddedilmiş bulunmaktadır[148]. Kanuna karşı hile, esas itibarıyla bir kanuna aykırılık halidir. 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 ilgili hükme (doğrudan doğruya olmasa bile) dolaylı biçimde aykırı sayılır[149]. Şu halde, sonuçta, kanuna karşı hile oluşturan işlem, dolanmak istediği hükmü ihlâl etmiş demektir ve bu yüzden (MK. m. 2/II'ye başvurmak gereği kalmaksızın) ortada sadece (ruh ve amacına göre yorumlanması gereken) kanun hükmüne aykırı düşen bir işlem vardır. Bu düşünce tarzı, bir yandan gerçek anlamı ile kanuna karşı hile'nin yaptırımının neden dolayı dolanılan hükmün yaptırımından 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**, Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 13. bası, İstanbul, 2006, s. 207. –Avukatlık K. m. 63/III hükmünün öngördüğü ceza yaptırımı 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 temliki 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; **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 171. Aksi görüşte: **Oğuzman/Barlas**, not 146'da age, s. 206.

148) BGE 115.II.87.

149) Federal Mahkemeye göre, yasaklayıcı bir kanun hükmünün sözüne (lâfzına) 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. **Jäggi/Gauch**, Art. 18, N. 171.

bir kanuna karşı hile kavramına ihtiyaç kalmadığını göstermektedir[150]. Buna rağmen, sırf ihlâlin "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, bir kanun hükmünü değil, fakat bir sözleşme hükmünü dolanmak üzere yapılabilir. Dolanılan hükmün sözleşme niteliği taşımayan bir hukuki işlemde de yer alabileceği göz önünde tutulursa, burada "sözleşmeye" 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 deyimi 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 gözüküyor[152].

Genellikle kabul ediliyor ki, sözleşmeye karşı hile halinde, tıpkı kanuna karşı hile'de olduğu gibi, sözleşme doğrudan doğruya ihlâl edilseydi hangi yaptırım uygulanacak idiyse, yine o yaptırım uygulama alanı bulur.

Öğretide, "kanuna karşı hile" halinde (hiç değilse olayların büyük bölümü için) dürüstlük kuralından (MK. m. 2/I) yararlanılması şu gerekçe ile reddedilmiştir: MK. m. 2/I'in uygulanabilmesi için ilgililer arasında, onları karşılıklı gözetme ve güven ilişkisi içine sokan özel bir hukukî bağlantı (rechtliche Sonderverbindung) bulunmalıdır. Oysa, kanuna karşı hile hallerinin büyük çoğunluğunda bu şart gerçekleşmeyecektir[153]. *Riemer*, "sözleşmeye karşı hile" halinde durumun değiştiğine ve taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi "özel hukuki bağlantı" şartını gerçekleştirdiğine göre, MK. m. 2/I'in uygulanmasına bir engel kalmadığına işaret ediyor. O halde yazara göre, sözleşmeye karşı hile yapan kişi dürüstlük kuralına (MK. m. 2/I) ters düşen bu davranışının sonucu olarak, dolaylı biçimde ihlâl ettiği sözleşme hükmünün kapsamı içine alınacaktır[154].

---

150) Bkz. **Merz**, Art. 2, N. 91; **Kramer**, Art. 18, N. 145; Art. 19-20, N. 264; **Medicus**, AT, N. 660; **Flume**, § 17, 5, s. 350. Farklı: **Larenz**, AT, s. 433, not 20; **Larenz/Wolf**, § 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. Hata

I. Kavram ve Uygulama Alanı

1. Kavram

"Errare humanum est" (yanılmak insanlar içindir). Eski Yunandan gelen bir başka özdeyişin belirttiği gibi "Hiçbir şeyde yanılmamak ilâhlara özgüdür." 1

Hata (yanılma) denince, bundan genellikle, gerçek durum hakkında bilinçli olmayan (şu halde gerçeğe uymadığı bilinmeyen) yanlış bir tasavvur (tasarım) *(falsa opinio)* anlaşılır[1]. Görüldüğü gibi, bu anlayışa göre, uygunsuzluk, "gerçek durum" ile buna ilişkin "tasavvur" arasındadır. Buna karşı, diğer bir görüşe göre, hata'dan, gerçek duruma ilişkin "yanlış tasavvur"un aynı konudaki "doğru tasavvur"a uymaması anlaşılmalıdır[2].

"Bilgisizlik" *(ignorantia)* kavramının hata ile ilişkisi ayrıca aydınlatılmaya muhtaçtır. Bir kimse, gerçek durum hakkında farkında olmaksızın hiç bir tasavvur sahibi değilse, bilgisizlikten söz edilir. Şu halde, burada "yanlış bir tasavvur" değil, "tasavvur yokluğu" bahis konusudur. Hâkim görüşe göre bilgisizlik de hata ile bir tutulur[3]. Yalnız, gerek "yanlış tasavvur" gerekse "bilgisizlik "halinde, beyan sahibinin bu durumun farkında olmaması şarttır. "Bilmediğini bilen" kişi yanılmış sayılamayacağı gibi, tasavvurunun doğruluğu konusunda şüphe ve tereddüt duyan kimsenin dahi hata ettiği söylenemez[4]. 2

2. Uygulama Alanı

Borçlar Kanununun hataya ilişkin 23. vd. maddelerinin uygulama alanı ile bakışta sanılabileceğinden daha dardır. Zira, daha önce gördüğümüz gibi[5], hata ihtimallerinin bir çoğu yorum yoluyla ve BK. m. 1 çerçevesinde tasfiye edilir. Durumu, bugün hâkim olan *"İki aşama (kademe) teorisi"*nin ışığında[6], şöyle özetleyebiliriz: 3

---

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/I, 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; **Cuénod**, Délimitation 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. 1 çerçevesinde sözleşmenin kurulup kurulmadığı araştırılacaktır. *Hata, karşı tarafça bilindiği veya güven ilkesine göre bilinebilir sayıldığı* vakit, artık hata hükümlerinin (BK. m. 23 vd.) uygulanmasına yer kalmamıştır. Çünkü, yerine göre, ya sözleşmenin hata edenin gerçek iradesine göre kurulduğu veya hiç kurulmadığı (yokluk) sonucuna varılacaktır[7].

— *İkinci aşama*'ya geçilmesi, ancak, *karşı tarafça bilinmeyen veya bilinemeyen* hatalarda söz konusu olur. Bu ihtimalde, karşı tarafın kendisine yapılan beyana güveni korunmuş ve sözleşme bu beyana uygun biçimde kurulmuştur. Bunun sonucu olarak, hata eden taraf gerçek iradesine uymayan bir sözleşme ilişkisi içine girmiştir. O, dilerse, BK. m. 23 vd. hükümlerine dayanarak sözleşmeyi iptal edebilecektir.

Bütün bu söylenenler, hiç kuşkusuz, sadece *beyan hataları* için değer taşır. Beyan hatalarında hataya düşen taraf iradesine uymayan bir beyanda bulunur, bir başka deyimle, onun gerçek isteği ile beyanı arasında bir uyumsuzluk vardır.

4 BGB § 119/I'e uygun biçimde, beyan hataları iki grupta toplanabilir:

— Birinci grupta "beyan eyleminde hata" ihtimali yer alır. Burada, beyan sahibi, iradesini dış dünyaya yansıtıp yürürlüğe koymak üzere kullandığı beyan vasıta ve işaretlerinde 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 hata" 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 teklifte 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 bulunmasıdır[8].

5 Buna karşı, *saik hatalarında*, yukarıda "iki aşama teorisi" çerçevesinde yapılan açıklamalar bir değer taşımaz. Saik denince, bundan tarafları hukukî 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 hata" (erreur-nullité) birbirinden ayrılmaktadır (**Carbonnier**, Droit civil, tome 4: les Obligations, 16. édition, Paris 1992, s. 96).

8) Bkz. **Medicus**, AT, N. 746; **Kocayusufpaşaoğlu**, not 1'de age, s. 48. Ayrıca bkz. **Brox**, N. 414.

nusu olmayan düşünce ve tasavvurlar anlaşılır. Örneğin, şemsiyesinin kaybolduğunu sanan bir kimse yeni bir şemsiye alırsa, ortada bir saik hatası vardır. Bu örnekte, yeni şemsiye alımı için beyanda bulunan kişinin beyanı iradesine tam olarak uymaktadır. Aksaklık, daha önceki bir aşamada, *iradenin oluşması* sırasında gerçekleşmiştir. O, yeni bir şemsiye almayı gerçekten istemektedir, çünkü eski şemsiyesinin kaybolduğunu sanmakta, böylece bir saik hatasına düşmektedir. Aşağıda tekrar göreceğimiz gibi, "âdi saik hataları" hukukî işlem üzerinde herhangi bir şekilde etkili olma gücünden yoksundur. Saik hatası, nitelikli bir kimlik kazansa ve BK. m. 24/I, b. 4'de düzenlenen "temel hatası" olarak değerlendirilebilse bile, bu ihtimalde, karşı tarafın hatanın farkına varması (beyan hatalarından farklı olarak) sözleşmenin kurulmasını engellemez[9]. Bu sonucu haklı gösteren en önemli gerekçe şudur: Hile halinde, karşı tarafın içine düştüğü saik hatası aldatan tarafından pek iyi bilindiği, hatta bizzat o bu saik hatasına yol açtığı halde, bu husus kanun tarafından sözleşmenin kurulmasını engelleyen bir aksaklık olarak görülmemiş ve hile sebebiyle iptal hakkı saklı kalmak üzere, sözleşmenin meydana geldiği kabul edilmiştir (BK. m. 28, 31)[10].

II. Borçlar Kanununda Öngörülen Esaslı Hata Halleri ve Bazı Özel Durumlar

1. Genel Olarak

Kanun, yerinde olarak, bütün hataların sözleşmenin iptaline yol açmasını kabul etmemiştir. Bir hatanın yanılana iptal hakkı vermesi için onun "esaslı" olması gerekir. Şu halde, esaslı hata, yapılan işlemin hükümsüzlüğüne yol açan ve iptal hakkı veren bir hatadır. Bu çözümün sebebi açıktır: Hata, beyan sahibinin riziko alanında gerçekleşen bir aksaklıktır ve her çeşit hataya iptal hakkı tanımak, hatanın farkına varmayan veya varamayacak durumda olan diğer sözleşenleri zor durumda bırakacak, alışveriş hayatında hâkim olması gereken güven ve istikrarı zedeleyecektir. Bu yüzden kanun, ancak esaslı hataların işlemin iptaline yol açabileceğini BK. m. 23'de açıkça ifade etmiştir. 6

Esaslı hata'dan ne anlamak gerekecektir? BK. m. 24, *"Esaslı hatalar hassaten şunlardır"* diyerek bu sorunun cevabını vermeye çalışmıştır. Ne var ki, "hassaten" (özellikle) sözcüğünün gösterdiği gibi, bu maddedeki sayım sınırlayıcı bir nitelik taşımamakta ve sadece esaslı hatalarla ilgili en önemli örnekleri vermekle yetinmektedir. 7

9) **Patry**, Le principe de la confiance et la formation du contrat en droit suisse, Genève 1953, s. 238 vd.; 252; **Kocayusufpaşaoğlu**, not 1'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 var ki, İsviçre öğretisinde işaret edildiği gibi, bugüne kadar uygulamada, "esaslı" sayılan, fakat BK. m. 24'de verilen örneklerden hiçbirinin kapsamına girmeyen bir hata haline rastlanmış değildir[11]. Türk Hukukunda da durum bundan farklı sayılamaz.

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 imkânının 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 kanunun düzenleme tarzından, belirli bir önem derecesinin altına düşmedikçe beyan hatalarına esaslı gözü ile bakıldığı anlaşılmaktadır.

Sınırın nasıl çizileceği aşağıda (3) başlığı altında incelenmektedir.

9 *Alelâde saik hatalarının* esaslı hata sayılamayacakları ve bir iptal hakkı vermeyecekleri kanunda açık ifadesini bulmuştur (BK. m. 24/II). Bu kuralın bir istisnası vardır: Adi saik hatası, bazı şartların gerçekleşmesiyle "nitelikli" bir kimlik kazanmış ve bir "temel hatası" mertebesine yükselmişse, BK. m. 24/I, b. 4'e göre bu da esaslı bir hatadır.

10 Sayılan bütün örneklerde kanun hep "sözleşme"den bahsetmektedir. Biz de, kanuna sadık kalarak öyle yapacağız. Ancak, bu hükümlerin uygulama alanının daha geniş olduğunu ve yalnız sözleşmeleri değil, tüm "hukukî işlemleri" kapsamına aldığını gözden uzak tutmamak gerekir.

a. Sözleşmenin Niteliğinde (Mahiyetinde) Hata (Error in negotio) (BK. m. 24/I, b. 1)

11 Burada yanılan, gerçekte yapmak istediği sözleşmeden nitelikçe farklı bir başka işlem için beyanda bulunuyor, örneğin, kiralamak istediği malı yanlış bir beyan sonucu satın almış duruma düşüyor; yahut alacaklıya karşı âdi kefil olmak isterken, yine iradesine uymayan bir beyan yüzünden asıl borçlunun borcunu üzerine alıyor (dış borcun nakli).

Yanılanda hiçbir hukukî sonuç ve beyan iradesi bulunmadığı, yani o, hukuken sonuç doğuracak bir davranışta bulunduğunun farkına dahi varmadığı halde, hukukî bağlılık doğuran bir sözleşme kurulmuşsa (örneğin bir kutlama mektubu imzalanmak istenirken, yanlışlıkla, kefalet senedine veya kira sözleşmesine imza atılıyor), yine bir *error in negotio*'dan söz açmak yerinde olur[12].

---

11) **Schwenzer**, Basler Komm., Art. 24, N. 1.
12) **Bucher**, AT, s. 199-200; **Schwenzer**, Basler Komm., Art. 24, N. 11.

b. Kişide (Şahısta) Hata (Error in persona) (BK. m. 24/I, b. 2)

Burada yanılan, sözleşmeyi A ile yapmak isterken (örneğin icabını yanlışlıkla B'ye göndermesi sonucu) bir başkası ile yapmaktadır. Şu var ki, kişide hata'nın esaslı sayılabilmesi için, onun, kanunun deyimi ile "üzerine borç alırken başlıca nazara aldığı şahısta" yanılmış olması, bir başka deyimle, *karşı tarafın kimliğinin kurulacak sözleşme bakımından önem taşıması*, sözleşmenin onun şahsı dikkate alınarak yapılmış olması gerekir. Örneğin, ünlü portre ressamı B ile sözleşme yapmak isteyen A, icabını isim ve adres benzerliği sebebiyle ressam C'ye göndermişse durum böyledir. O, sözleşme yaptığı C'nin "kimliğinde" yanılmış, B ile sözleşme yapmak isterken, 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 dayanamaz. Bu ihtimalde, o, gerçekten kendisi ile tanıştırılan C ile sözleşme yapmak istediğinden C'nin "kimliğinde" değil, "niteliklerinde" hataya düşmüştür[13]. 12

Kişide hata'dan söz açabilmek için, mutlaka *karşı tarafın* kimliğinde yanılmak şart mıdır; yoksa sözleşme açısından önem taşıyan *üçüncü bir kişinin* kimliğinde yanılma da buraya girer mi? Bu konu tartışmalıdır: 13

— İsviçre öğretisinde ağır basan görüş, BK. m. 24/I, b. 2'deki kişide hata hükmünün, ancak karşı tarafın kimliğinde yanılma halinde uygulanabileceği tarzındadır[14].

— Bizim üstün tuttuğumuz görüşe göre ise, BK. m. 24/I, b. 2'nin bu ihtimali de kapsamına almaya elverişli metnini göz önünde tutarak, sözleşme yapılırken "başlıca nazara alınan üçüncü kişi"de yanılma halinde de, kişide hata vardır[15]. O halde, kefil, alacaklı ile yaptığı kefalet sözleşmesinde, B'in borcu için kefil olmak isterken, yanlışlıkla C'nin borcu için kefalet altına girmişse, yine BK. m. 24/I, b. 2 uygulanacaktır.

c. Şeyde Hata (Error in corpore, error in objecto) (BK. m. 24/I, b. 2).

Bu ihtimalde, yanılan, sözleşmenin konusunu oluşturan şeyde hataya düşmekte, örneğin bir antikacı dükkânında beğendiği Çin vazosunu işaret edecek yerde, dikkatsizlikle onun yanında duran heykeli göstererek, ertesi gün adresine gönderilmesini istemektedir. 14

13) Ayrıca bkz. aşağıda N. 14 ve 22.

14) **Schwenzer**, Basler Komm., Art. 24, N. 14; **Schmidlin**, Art. 23-24, N. 413; **Schmidlin**, CR, Art. 23-24, N. 27; **Klausberger**, Die Willensmängeln im schweizerischen Vertragsrecht, 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" yanılmış 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 yanılma bahis konusu olsun) ancak, şartları varsa bir temel hatası (BK. m. 24/I, b. 4) olarak sözleşmenin iptaline imkân 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, bu atı hiç bir zaman görmemiş olup, onun açısından atın kimliği sadece "adı" ve "yarışlar kazanmış" olması ile belirlenmektedir. Tango adındaki bir atın B tarafından satılmak istendiğini öğrenen A, bunun yarışlar kazanmış ünlü Tango olduğu düşüncesiyle B'ye telefon eder, yahut faks veya mektupla bu atın satışı konusunda mutabık kalır, ancak daha sonra bu Tango'nun ünlü Tango olmadığı anlaşılırsa, buradaki hata atın "adı" ve "bazı nitelikleri" ile tayin edilen *kimliğindedir* (o Tango alınmak istenirken bu Tango satın alınmıştır) 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 imkân 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 meselenin temel hatasına ilişkin BK. m. 24/I, b. 4 hükmü açısından ele alınıp incelenmesi gerekir.

d. Miktarda Hata (Error in quantitate) (BK. m. 24/I, b. 3)

Kanun burada iki hale işaret ediyor:

16 — Yanılanın beyan ederek borçlandığı miktar, gerçek isteğinden *önemli ölçüde* fazla olabilir (Örneğin, A, B'den bir malını 100.000'e satın almak istediği halde, mektubunda veya faks mesajında bu miktarı yanlışlıkla 1.000.000 olarak gösteriyor).

16) Bkz. **Larenz**, AT, s. 373; **Larenz/Wolf**, 9.A., § 36, N. 55 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, not 1'de age, s. 55 vd.

— Hataya düşene karşı taahhüt edilen miktar, onun istediğinden *önemli* ölçüde 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
Olayda, bir kuyumcu opal bir yüzüğün fiyatını 13.800 Frank olarak tespit etmiş, ancak yardımcısı vitrinde teşhir edilen bu yüzüğün etiketine yanlışlıkla 1380 rakamını kaydetmiştir. Bir müşterinin yüzüğü beğenip 1380 Frank üzerinden satın almasından sonra, ertesi gün durumu fark eden kuyumcunun miktar hatasına dayanarak sözleşmeyi iptal etmesi Federal Mahkeme'ce yerinde görülmüştür[17].

> Hiç kuşku yok ki, olaydaki müşteri böyle bir yüzüğün fiyatının hiçbir zaman 1380 Frank olamayacağının farkına varması gereken bir kişi ise, onun, vitrine konulan etiket ile 1380 Frank üzerinden yapılan icaba güveni (böyle bir güven "haklı" olarak değerlendirilemeyeceğinden) korunmaz ve sözleşmeye hiç kurulmamış nazarı ile bakmak gerekir[18].

Miktarda hata ile *hesap hatalarını* birbiri ile karıştırmamak gerekir. 18
Hesap (veya hesaplama) hataları iki biçimde karşımıza çıkabilir[19]:

— *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 kumaş teslim etmeye hazır olduğunu, kumaş bedeli olan 2.000 lira kendisine gönderilir gönderilmez malı teslim edeceğini bildirmiş, karşı taraf da bu icabı kabul etmişse, ortada açık bir hesap hatası vardır. Karşı taraf, sözleşme içeriğine dahil olan hesap işlemlerinde hata yapıldığını, 2 x 10.000'in 2000 değil 20.000 lira ettiğini kolaylıkla fark edebilecek durumdadır. Kanun, bu ihtimalde "âdi 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/III).

— *Gizli hesap hatalarında*[20] durum farklıdır. Burada, bir kimse, karşı tarafa *gerçekten istediği bir miktarı* bildirmekte (şu halde onun iradesi ile beyanı arasında tam bir uygunluk vardır), fakat bu rakamı bulmak için yaptığı hesaplarda bir taraflı olarak (şu halde, *karşı tarafın bilmesi söz konusu olmaksızın*) yanılmakta, örneğin bazı önemli masraf kalemlerini dikkate

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/Schluep/Schmid**, N. 839 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, not 1'de age, s. 101 vd.; BGE 116.II.685.
20) Öğretide, "gizli hesap hatası" yerine çok defa "hesaplama hatası" deyiminin kullanıldığı ve ayrımın açık-gizli hesap hataları değil, "âdi hesap hataları" ve "hesaplama hataları" biçiminde yapıldığı görülüyor. Örnek olarak bkz. **Schwarz**, s. 303; **Feyzioğlu**, s. 130; **Kocayusufpaşaoğlu**, not 1'de age, s. 101.

almayı unutmakta, yahut hesap işlemlerinde (bazı rakamları çarpar, çıkarır, toplarken) yanlış sonuca varmaktadır. Görüldüğü gibi, bu ihtimalde, hesap sonucunun dayanağı olan hesaplama işlemleri karşı tarafa tamamen yabancı kalmakta, esasen çok defa ticarî 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 imkân vermeyen âdi bir saik hatasından ibaret bulunmaktadır[21].

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 girmektedir[22].

20 Son olarak, şu noktayı belirtelim ki, "miktarda hata" ile "değer hatası" *(Wertirrtum)* birbiri ile karıştırılmamalıdır. Miktarda 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, yanılma *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, miktarda 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) alelâde bir saik hatasından ibarettir[23].

e. Temel Hatası (BK. m. 24/I, b. 4)[24]

aa. Kavram ve unsurları

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" deyimi Almanca "Grundlagenirrtum" 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**, I/1, s. 205) "l'erreur sur les éléments nécessaires du contrat" deyimi (örnek olarak bkz. **Guggenheim**, s. 149; **Jaton**, L'article 24, chiffre 4, CO. Contribution à l'étude 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 âdi bir saik hatası olmaktan öteye geçmez[25]. 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 yanılma 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 § 119/II'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 inşaata 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 imkân veren nitelikli bir hatanın konusu olmuştur.

Kişisel niteliklerde yanılma için ise, diğer tarafa karşı özel ve yoğun bir güven duyulmasını gerektiren sözleşmelerde, onun bu güvene lâyık olmadığının açık biçimde anlaşılması örneği verilebilir. Veznedar olarak çalışmak üzere işe alınan kişinin daha önce güveni (emniyeti) kötüye kullanma suçundan mahkûmiyeti bulunduğu ortaya çıkarsa durum böyledir[26].

— 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, hâkim görüşe göre, bir saik hatasının BK. m. 24/I, b. 4 anlamında temel 23

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 aranır[27]:

— **Birinci şart:** *Hatanın konusunu "belirli bir olay" teşkil etmelidir.* Bu, İsviçre Borçlar Kanununun Almanca metninde açık ifadesini bulan (wenn der İrrtum *einen bestimmten Sachverhalt* betraf...), fakat çeviriye esas olan Fransızca metin gibi bizdeki hükümde de kaybolup giden bir şarttır. BK. m. 24/I, b. 4'ün Türkçe metni "hata ettiğini iddia eden tarafça akdin lüzumlu vasıflarından olarak nazara alınmasına ticarî 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", öğretiye göre, *somut, ferdileştirilmiş (bireyselleştirilmiş), açık biçimde sınırları çizilmiş bir olay* demektir. Bunun karşıtı, belirsiz, müphem, muğlak, dağınık, vuzuhsuz (açık olmayan) ve karışık olaylardır ki, bunlar çok defa sürekli hareket halinde bulunur veya tamamen tesadüflere bağlı olarak bazan gerçekleşecek bazan gerçekleşmeyecek bir nitelik taşırlar[28]. Örneğin, fiyatların gelecekte nasıl bir seyir 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 spekülâsyonlarda yanılma hiçbir zaman "belirli olaylarda" yanılma sayılamaz[29]. 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.

25 Belirli olayın mutlaka sözleşme içi bir olay olması gerekmez, sözleşme dışında yer alan bir olay da yeterli olabilir[30]. Geçmişte yer alan veya halen (sözleşme yapılırken) mevcut olay ve durumların BK. m. 24/I, b. 4'ün kapsamına gireceğinde kuşku yoktur. Buna karşı, *gelecekte* yer alacak olayla-

---

27) Özellikle 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 tâbi 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. **Schwenzer**, Basler Komm., Art. 24, N. 17; **Schmidlin**, Art. 23-24, N. 57 vd.; **Heiz**, Grundlagenirrtum, 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 imkân verecek belirli olay sayılabilip 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 vermez[32].

— 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 imkân verir[33]. 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 tarafça bilinebilir olmak kaydı ile, yeterli sayılması gerektiği* belirtilmiştir. Hiç kuşkusuz, bu anlayış çerçevesinde, karşı taraf da hataya düşmüşse BK. m. 24/I, b. 4 evleviyetle (öncelikle) uygulanabilecektir. Yüksek Mahkemenin de, daha sonra, içtihadını bu yolda değiştirdiği görülmektedir[34].

30a) Konunun Mukayeseli Hukuk açısından incelenmesi için bkz. **Kramer**, Der İrrtum beim Vertragsschluss, Zürich 1998, s. 79 vd.

31) **Klausberger**, not 14'de age, s. 59, not 281.

32) Bu görüşte olanlara örnek olarak bkz. **Schönle**, L'imprévision de faits futurs lors de la conclusion d'un contrat générateur d'obligations, in: Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Freiburg Schweiz 1982, s. 413 vd.; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 801; **Bischoff**, Vertragsrisiko und clausula rebus sic stantibus, Zürich 1983, s. 144: Türk Hukukunda aynı görüşte: **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 88.

33) Federal Mahkeme kararlarına ve bu görüşteki yazarlara örnek olarak bkz. BGE 41.II.365, 79.II.275; 109.II.110; **Bucher**, AT, s. 204 ve not 40; **Schwenzer**, Basler Komm., Art. 24, N. 19; **Schwenzer**, N. 37.33; **Knoepfel-Kunz**, Willensbildung, Beeinflussung und Vertragsschluss, Bern und Stuttgart, 1989, s. 268 vd.; **Kramer**, Art. 18, N. 302 vd.; **Schmidlin**, Art. 23-24, N. 193 vd. -Türk öğretisinde aynı görüşte: **Eren**, s. 353.

34) **Schmidlin**, Art. 23-24, N. 215 ve BGE 117.II.218, 118.II.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 gerçekleşmemiştir[35]. Burada da, hata konusu belirli olayı oluşturan "evlenme" açısından aynı şeyi tekrarlamak imkânı vardır. İntifa hakkının kurulmasına ilişkin sözleşme, nişanlının, diğer tarafça bilinebilir şekilde, evlenmenin gerçekleşmesine kesin gözü ile bakması sonucu yapılmıştır. Nitekim, olayda Federal Mahkeme, BK. m. 24/I, b. 4'e dayanarak, intifa hakkının kurulmasına ilişkin sözleşmenin iptalini uygun bulmuştur.

27 — **İkinci şart:** Yanılan için hata, sözleşmenin kurulması açısından, kendisi için bir *conditio sine qua non* (onsuz olmaz şart) oluşturacak belirli bir duruma ilişkin olmalı, yani *hataya düşenin, sözü edilen olaya ilişkin tasavvurunun yanlışlığını bilseydi, o sözleşmeyi hiç veya o şekilde yapmayacağı söylenebilmelidir.* Bu, çok defa, temel hatasının sübjektif şartı olarak nitelendirilmektedir.

Bu şart çerçevesinde, hatanın sözleşmenin kurulması açısından illî 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 olaya ilişkin yanlış tasavvura bu derece önem verdiği, onun bu tasavvuru ile sözleşmenin kurulması arasında illiyet bağı bulunduğu karşı tarafça bilinmeli veya hiç değilse dürüstlük kuralı açısından bilinebilir sayılmalıdır.* Bu hususta dikkat edilecek nokta şuradadır: Karşı tarafın bilmesi gereken husus, diğer sözleşenin *belirli bir durum hakkında yanılıp hataya düşmüş olması olgusu* değildir. Aranan sadece, onun, hakkında yanlış bir tasavvur sahibi olduğu *olguya bu derece önem verdiğinin* (bir başka deyimle *söz konusu olgunun onun açısından oynadığı karar verdirici rolün*) diğer tarafça bilinmesi veya bilinebilir olmasıdır[36]. "Bilinebilir" olma ile kastedilen ise, dürüstlük kuralı

35) Federal Mahkeme kararları resmî külliyatında yayınlanmamış olan 16.6.1966 tarihli bu karara, **Kolly**, not 3'de age, 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, **v. Tuhr**, nitelik hatası dışında kalan temel hatalarında, sözleşmenin temelini, onun zorunlu olarak varlığını farz ettiği 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 tasavvurlarının yanlışlığını bilselerdi, her iki-

çerçevesinde gerekli özen gösterildiği takdirde, bunu bilmenin karşı taraftan beklenebilir sayılmasıdır.

Öğretide, bazı yazarlar, burada incelediğimiz üçüncü şarta karşı çıkıyor 29
ve bunu gereksiz buluyor[37]. Biz bu düşünceyi yerinde bulmuyoruz. Kanunda, bu şartın açıkça belirtilmemiş olması, bunun benimsenmesine şu bakımdan engel olamaz ki, bir olay iş hayatındaki görüşlere ve dürüstlük kuralına göre yapılan sözleşmenin temeli sayılacak ölçüde önem taşıyorsa, yanılanın bu kadar esaslı nitelik taşıyan bir konuda hata ettiğinin farkına varsaydı sözleşmeyi yapmayacağını diğer tarafın bilmesi, (aşağıdaki örnekten anlaşılacağı gibi her zaman olmasa da) genellikle ondan beklenir[38]. Esasen, ancak bu ihtimaldedir ki, onun, diğer tarafça hata sebebiyle iptal edilme rizikosu altında bulunan bir sözleşme yaptığı, bu rizikoyu da önceden üzerine aldığı söylenebilir. *Karşı tarafın bilmediği, bilemeyeceği, tamamen yanılanın hukuk alanında gizli kalan saikler sebebiyle de iptale izin vermek, iş hayatının ve dürüstlük kuralının gerekleri ile bağdaştırılamaz*[39]. Bu noktanın daha belirgin bir biçimde vurgulanabilmesi ise, onu, aşağıda incelenen dördüncü şarttan ayrı olarak ifade etmekle olur. İsviçre öğretisinde durumu açıklamak ve üzerinde durduğumuz şartı ayrıca belirtmek gerektiğini açıklığa kavuşturmak üzere şu örnek verilmiştir: A, satıcı B'den Kaliforniya'ya ihraç edilmek üzere bir otomobil satın almıştır. Ne var ki, Kaliforniya'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 kişiler olarak istememeleri gerektiği söylenebilmelidir (v. **Tuhr/Peter**, § 37, V, 2, s. 314). Sonuç itibariyle, temel hatasında her iki tarafın da hataya düşmüş olmasını arayan ve bu yüzden hatanın "bir taraflı" bir irade bozukluğu oluşturması esası ile bağdaşmayan bu görüş, öğretideki 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 hatasının varlığı için her iki tarafın hataya düşmesi zorunluluğu şu bakımdan kabul edilemez ki, aksi halde, taraflardan biri hile yaparak diğerini hataya düşürdüğü vakit, yanılan, hata iki taraflı olmadığı için ayrıca temel hatasına dayanmak imkânından yoksun kalırdı. Oysa bu sonuç, yerinde olarak kimse tarafından benimsenmemektedir. Yalnız, şurasını itiraf etmek gerekiyor ki, Federal Mahkeme de, zaman zaman, genellikle benimsediği hâkim görüşten ayrılarak v. **Tuhr**'un görüşüne uygun düşen açıklamalar yapmaktadır (Örnek olarak bkz. BGE 109.II.319; 113.II.27).

37) Bu düşüncede: **Gauch/Schluep/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, ayrı ve bağımsız bir şart söz konusu değildir (**Guhl/Koller**, § 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 unsur 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.

fornıya'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 kazanamamıştır[39a].

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 hayatının görüşleri ve dürüstlük kuralı (MK. m. 2/I) açısından, yapılan sözleşmenin iptalini haklı gösterecek bir önem ve nitelik* taşımalıdır. Bu şart öngörülmeyip yukarıda yazılı ilk 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 imkânını hemen her zaman elde ederdi. Çok konuşmaya meraklı yanılanları, az konuşanlara nazaran daha avantajlı duruma sokan böyle bir çözümün âdil olmayacağı ve hiçbir şekilde kabul edilemeyeceği pek açıktır[40].

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 yayımcılık 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**, Motivirrtum und Geschäftsgrundlage im Schuldvertrag, Köln 1973, s. 81; **Cuénod**, not 4'de age, s. 121; **Kocayusufpaşaoğlu**, not 1'de age, s. 88, not 146.

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 anlaşarak, bu gibi durumlarda televizyon şirketine bir fesih hakkı tanınması da düşünülebilirdi. Bütün bunlar yapılmamışsa, televizyon yayın şirketinin "temel hatası"na dayanarak sözleşmeyi iptal etmesi mümkün olabilecek midir? Bu sorunun cevabı aşağıdaki sebeplerden ötürü olumsuzdur:

— Bir defa, gelecekte yer alan olayları mutlak olarak BK. m. 24/I, 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 gerçekleşmesi için, sözleşmenin temelini oluşturan olay veya durumun *belirli* bir olay veya durum olması gerekir. Oysa, bir futbol takımının gelecekteki beş yıl içinde de başarılı sonuçlar alması her türlü dalgalanmaya açık belirsiz bir kavramdır. Şu halde, temel hatasının birinci şartına gerçekleşmiş gözü ile bakılamaz.

— Aynı şey, şimdi incelemekte olduğumuz dördüncü şart bakımından da tekrar edilebilir. İş hayatında hâkim olan görüşler ve dürüstlük kuralı açısından, maçların yayım hakkını elde eden televizyon yayım şirketi, bütün ticarî 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/I, b. 4 hükmünden yararlanarak bu rizikoyu karşı tarafa yüklemeye çalışması, MK. m. 2/I çerçevesinde ele alınacak iş hayatının gerekleri ile bağdaşmaz. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi de, bir işin beklenen geliri getirmemesi halinde BK. m. 24/I, b. 4'e başvurulmasına izin vermemiştir[41].

41) BGE 45.II.321.

bb. Konusu Parça Borcu Olan Satış Sözleşmesinde, Alıcı, Ayıp Hükümleri Yanında Temel Hatasına 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) seçebilir[43].

34 Borçlar Kanununa nazaran, alıcı, "örf ve âdete göre imkân hasıl olur olmaz" şeyi muayene ettirmek ve mal ayıplı çıkarsa bunu derhal satıcıya ihbar etmek zorundadır. Ancak, Türk Ticaret Kanunu'nun 25. maddesinin 3. bendi uyarınca, "tâcirler arasındaki ticarî 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, âdi satışlarda malın alıcıya tesliminden itibaren bir yıl olan zamanaşımı süresi, bu tip satışlarda altı aya indirilmiştir.

35 Buraya kadar yapılan açıklamalar gösteriyor ki, Borçlar Kanununa tâbi *âdi satımlar* ile, Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin uygulama alanına giren *"tâcirler 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 içerisinde ayıbı satıcıya bildirmekle"* yükümlü tutulmuştur. Bu gibi durumlarda tüketiciye tanınan seçimlik haklar ise şunlardır: a) Sözleşmeden dönme, b) malın ayıpsız misliyle değiştirilmesi, c) ayıp oranında bedel indirimi, d) ücretsiz onarım isteme. Bütün bu gibi hallerde, satıcının sorumluluğu ilke olarak malın tesliminden başlamak üzere iki yıllık bir süreye tâbi tutulmuş, bunun yanında, bazı talepler için (burada üzerinde durulmayacak) değişik süreler öngörülmüştür[43a]. Ancak, satıcının

42) **Tandoğan**, I/1, s. 163.

43) Satışın konusunu mislî eşya teşkil ediyorsa, alıcı, üçüncü bir şık olarak, satılanın ayıpsız misli ile değiştirilmesini isteyebilir (BK. m. 203).

43a) Bu konuda bkz. **Aslan**, Tüketici Hukuku Dersleri, Bursa 2006, s. 104 vd., 141 vd.

hile veya ağır kusuruyla tüketiciden gizlediği ayıplarda bu sürelerden yararlanması söz konusu olmamaktadır. Böylece âdi 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 sorumluluktan kurtulamayacağı gibi (BK. m. 200), teslimden itibaren işleyen bir yıllık zamanaşımı süresi, hiç değilse Federal Mahkeme'ye göre, BK. m. 125 gereği on yıla çıkar[44]. 36

Satılan tablonun sahte olduğunun anlaşılması gibi örneklerde, hem "nitelik hatası" biçimindeki temel hatasının, hem de satıcının satılan maldaki ayıplardan 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 kazanacaktır[45]. Bu gibi ayıp hükümlerine başvurma imkânını ortadan kaldıran durumlarda, temel hatası iddiası alıcının imdadına yetişebilir mi? Konu çok tartışmalıdır. 37

— 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 imkânı 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 ihlâl edilmiş olurdu[46]. 38

---

44) Bkz. BK. 207/III; BGE 107.II.231; **Honsell**, Basler Komm., Art. 210, N. 3; **Tandoğan**, I/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, TTK. m. 25/b. 4 gereği bu sürenin altı ay, tüketici satışlarında ise ilke olarak iki yıl olduğunu tekrar hatırlatalım), dilerse, seçimlik olarak hata hükümlerine dayanmak imkânını tanıyorlar (**Schubiger**, Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung, Bern 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 İrrtumsanfechtung, 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 Hukukunda hâkim olan görüşe göre de, satış sözleşmesindeki ayıp hükümleri, özel hüküm olarak, nitelik hatasına başvurulmasına engel olur[47].

— Federal Mahkeme[48] tarafından ötedenberi üstün tutulan ve öğretinin bir bölümü tarafından[49] 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 yöndedir[50].

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.; **Honsell**, Basler Komm., 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 1'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 vd. na göre harekete geçebileceğini kabul ediyorlar (Örnek olarak bkz. **Honsell**, 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.I.508; BGE 109.II.319. Federal Mahkeme, bu konuda, sadece hayvan satışları için bir istisna kabul etmektedir (BGE 110.II.70). Bu görüş, öğretide, böyle bir istisnayı açıklamanın mümkün olmadığı belirtilerek eleştirilmiştir (Örnek olarak bkz. **Honsell**, Basler Komm., Vorbem. zu Art. 197-210, N. 10; **Guhl/Koller**, § 42, N. 63).

49) Örnek olarak bkz. **Bucher**, BT, s. 109; **Giger**, Berner Komm., Vorbem. zu Art. 197-210, N. 61 vd.; **Schönle/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; **Karahasan**, 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 (**Karahasan**, s. 325) bu görüşün benimsendiği görülüyor. Başka türlü: taşınmaz satışları 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 olguları 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 belirttiğimiz gibi, bizim burada incelediğimiz konu, taraflarca ferden (birey olarak) tayin edilmiş belirli bir malın (şu tablo veya şu halı gibi) satışı halinde, ayıp hükümleri ile temel hatası hükümlerinin yarışabilip yarışamayacağı konusudur. Oysa, bu gibi satışlarda, 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 almıştır[51]. Buna karşı, son zamanlarda gittikçe daha fazla taraftar toplayan, bizim de katıldığımız 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 varsayılan" bir nitelik olarak, şeyin nitelikleri de yer almıştır (işlem içi nitelik hatası)[52]. Bu son görüş açısından, gerçekte altın olmayan 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 1'de age, s. 58 vd. daki açıklamalar.

52) **Giger**, Berner Komm., Vorbem. zu Art. 197-210, N. 17; **Schubiger**, not 45'de age, s. 7 vd.; **Neuenschwander**, Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht, Bern 1971, s. 25; **Kocayusufpaşaoğlu**, not 1'de age, s. 59 vd; **Flume**, § 24, 2, b, s. 477. – Şeyde varsayılan niteliklerin bulunmamasının, baştaki imkânsızlık (BK. m. 20) sebebiyle sözleşmenin geçersiz sayılmasına yol açamayacağı, esasen kanunda yer alan ve geçerli bir sözleşmenin varlığı temeline dayanan ayıp hükümlerinin bunun böyle olduğunu gösterdiği hususunda bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, not 1'de age, s. 65-66, 69 vd.

ki ayıp hükümleri, hiç değilse bu görüş açısından, kötü ifa'nın şartlarını ve sonuçlarını özel biçimde düzenleyen hükümlerdir[53].

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 inkâr 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[54,55].

= Nihayet, dikkat edilmesi gereken önemli bir nokta da şudur: Öğretide işaret edildiği gibi[56], ayıp hükümleri ile alıcıya yüklenen muayene ve ihbar külfetleri, keza teslimden başlayarak öngörülen kısa zamanaşımı süreleri (satışın adî veya ticarî bir nitelik taşımasına göre bir yıl veya altı ay)[56a], aynı hükümlerle alıcıya tanınan hakların ve ona bahşedilen ayrıcalıklı hukukî rejimin karşılığıdır. Bu özel hukukî statüden yararlanmak isteyen alıcı, kanunda öngörülen külfetleri eksiksiz yerine getirmek ve yine kanunda yer alan kısa zamanaşımı süreleri içinde harekete geçmek zorundadır. Oysa, alıcı, ayıp hükümlerine değil de hata hükümlerine dayanmak istediği vakit, onun böyle ayrıcalıklı bir hukukî rejimden yararlanması söz konusu değildir. Tam tersine, hata sebebiyle sözleşmeyi iptal edince, o, BK. m. 26'daki şartlar gerçekleşmişse, karşı tarafa bir tazminat ödemek rizikosu altındadır. O halde, ayıp hükümlerinin sağladığı özel ve imtiyazlı statüden yararlanmayan alıcıdan, bu özel statünün karşılığı olarak öngörülmüş külfetlere ve kısa sürelere uyması istenemez ve beklenemez. Diğer taraftan, aşağıda in-

---

53) **Giger**, Berner 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 hükümleri 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/I, 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/I, b. 4'e göre harekete geçme imkânını tanımıştır (BGE 109.II.319). Aynı düşüncede: **Giger**, Berner Komm., Art. 192, N. 11; **Oser/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**, Berner Komm., Vorbem. zu Art. 197-210, N. 64.

56a) Daha önce 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.

41 İsviçre öğretisinde ileri sürülen bir başka görüş, hata ve ayıp hükümleri arasındaki ilişkiyi, ikili bir ayrım yaparak çözüme bağlamaya çalışıyor[57]:

— Birinci ayrım, satılan malın alıcıya teslim edilmiş olup olmamasına göre yapılan ayrımdır. Genel kural şöyledir: Hata, sözleşmenin kurulması aşaması ile ilgili bulunduğuna, ayıp hükümleri ise bundan sonraki aşamada malın alıcıya teslimi ile harekete geçtiğine göre, bu iki aşamadan her birinde uygulanabilecek hükümler farklıdır. Sözleşmenin kurulmasından malın alıcıya teslimine kadar uzanan dönemde hata hükümlerine, malın tesliminden sonraki dönemde ise münhasıran ayıp (sadece) hükümlerine başvurulması mümkün olabilecektir.

— İkinci ayrım şu esastan hareket ediyor: Bazı gizli ayıplar, "alelâde" (sıradan) değil, fakat "nitelikli" bir bünyeye sahiptir. Buraya, ilk önce, sanat eserleri ve kolleksiyoncular tarafından toplanan eserlerde bilerek ve isteyerek sahtekârlık yapılmış olması hali girer. Satıcı sahtekârlığı bilmese 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 imkânı tanınmalıdır. Yine "nitelikli gizli ayıp" teşkil eden ikinci bir kategoride, doğaları gereği (şu halde bilerek yapılmış bir sahtekârlık 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 imkânı verilecektir.

42 Kısaca belirtmekle yetinelim ki, biz bu görüş karşısında olumlu bir tavır takınmak imkânını göremiyoruz. Ayıp hükümleri, ancak malın alıcıya tesliminden sonra işlerlik kazanabileceğinden, bundan önceki aşamada, uygulanabilecek hükümler sadece hata hükümleridir. Bu açıdan, bu görüş bir yenilik getirmiş değildir. Malın teslimlinden sonraki aşamada yapılan ayrım ise, de lege lata, sağlam bir esasa dayanmadığı gibi, uygulamada pek çok görüş ayrılığına yol açabilecek unsurlar içermektedir.

43 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/I, b. 4 anlamında iş hayatında hâkim dürüstlük kuralı çerçevesinde satımın zorunlu bir temeli olarak görmek hakkına sahip değildir. Ne

57) Bu düşüncede: **Schmidlin**, Art. 23-24, N. 270 vd.

var ki, yine Yüksek Mahkemeye göre, tarafların anlaşması satıcının ayıp hükümlerine dayalı sorumluluğunu (Borçlar Kanunu'nun terminolojisine göre "tekeffülünü") ister genel olarak, ister sadece belirli niteliklere ilişkin biçimde kaldırmayıp, sadece alıcının ayıp halinde ileri sürebileceği haklara (içerik veya süre açısından) bazı sınırlamalar getirmekle yetiniyorsa (örneğin, alıcı BK. m. 202'de öngörülen seçimlik haklardan sadece semende indirim yapılmasına ilişkin hakkı kullanabilecektir), yukarıdaki esas uygulanmaz. Bu gibi ihtimallerde, alıcının, dilerse BK. m. 24/I, b. 4'e göre hareket etme imkânı saklıdır[58].

Ayıp hükümleriyle temel hatası veya hile hükümleri yarıştığı vakit, şu noktayı hiç gözden kaçırmamak gerekir: Ayıp hükümlerinin uygulanabilmesi her şeyden önce "geçerli" bir satış sözleşmesinin varlığına bağlıdır. Geçerli olmayan satış sözleşmelerinde, satıcının ayıp hükümlerine dayalı bir sorumluluğundan söz açılamaz. Hata veya hile hallerinde ise karşımızda "iptal edilebilir", şu halde "geçersiz" bir satış sözleşmesi yer almaktadır. Bu durumda, seçimlik hakkını baştan (hatadan veya hileden hiç söz açmaksızın) ayıp hükümleri lehine kullanan ve bu hükümlerin kendisine bahşettiği hakları kullanan alıcının tatsız bir süprizle karşılaşması tehlikesi mevcuttur. Şöyle ki, sözleşmenin geçerli olduğu faraziyesine dayanan ayıp hükümlerine başvurulması, alıcının bu sözleşmeye geçerli bir sözleşme gözüyle baktığı, dolayısıyla hata veya hile sebebiyle iptal hakkından zımnen (örtülü biçimde) vaz geçtiği, yani irade bozukluğu sonucu sakatlanmış sözleşmeye BK. m. 31 çerçevesinde icazet verdiği şeklinde değerlendirilebilir[59]. Bu bakımdan, bu gibi ihtimallerde hata veya hileye dayalı haklar saklı kalmak üzere harekete geçildiğinin belirtilmesinde büyük yarar vardır. Buna karşı, hata veya hile sonucu kurulmuş sözleşmeye icazet veren ve onu geçerli hale getiren alıcının, bu defa ayıp hükümlerinden yararlanmasına bir engel yoktur[60].

Yukarıdaki açıklamaların hata, hile, ikrah halinde uygulanacak yaptırımı "düzelebilir hükümsüzlük" görüşü çerçevesinde ele alan düşünce açısından geçerli olacağı kuşkusuzdur. Aşağıda göreceğimiz gibi, bu görüşe göre, anılan irade bozuklukları sonucu sözleşme başta hüküm doğurmaz, ancak süresi içinde iptal edilmediği vakit geçmişe etkili olarak geçerli hale gelir. Buna karşı, "iptal görüşü" açısından sözleşme başta hüküm

58) BGE 91.II.279. Ayrıca bkz. **Tandoğan**, I/1, s. 205.

59) Bkz. **Schönle/Higi**, not 49'da age, Art. 197, N. 301, 304. Şu var ki, anılan yazarların da belirttiği gibi, hata veya hile hükümlerini saklı tutmaksızın doğrudan doğruya ayıp hükümlerine dayalı talepler ileri süren alıcının BK. m. 31 uyarınca iptal hakkından yoksun kalması, ancak onun olaydaki irade bozuklukları ile (hata veya hileyle) ilgili olarak kesin bilgi sahibi olması halinde kabul edilebilir. Bu konuda ayrıca krş. **Honsell**, Basler Komm., Vorbem zu Art. 197-210, N. 12. Kısmen farklı: **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 907a.

60) **Schönle/Higi**, not 49'da age, Art. 197, N. 300, 320.

doğurur ve ancak iptal beyanı üzerine kurulduğu andan başlayarak kesin hükümsüz (bâtıl) olur. Bizim kullandığımız terminolojiye göre "gerçek anlamıyla iptalin" söz konusu olduğu bu son görüş açısından, öğretide zaman zaman rastlandığı gibi[60a] 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 saklı tutmaksızın ayıp hükümlerine başvuran alıcı, mevcut olmayan bir geçersizliği ileri sürmekten feragat etmiş, bir başka anlatımla "geçersiz" bir sözleşmeye icazet vermiş sayılamayacağına göre, hiçbir zaman (şu halde hata veya hileye dayanma hakkını saklı tutmasına gerek bulunmaksızın) iptal hakkını kullanmak imkânından yoksun kalmayacaktır. Biz bu görüşe katılamıyoruz. 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 kuruluşu 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 hükümsüzlük teorisinde kesin hükümsüzlüğün (butlanın) yanında, ("iptal teorisi" anlamında) "iptal edilebilirlik" yaptırımının ayırıcı özelliğini oluşturur. Bir başka anlatımla, *iptal edilebilir sözleşme, şimdilik hüküm doğurmakla birlikte, kuruluşunda yer alan bir aksaklık sebebiyle, bünyesinde karşı tarafa bu sözleşmeyi iptal etme imkânını veren bir sakatlığı taşımaktadır*[60b]. 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. 21; **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, II/1, § 57, I, s. 297), iptal edilebilir işlemleri, hukukî işlem olgusunu etkileyen bir aksaklık sonucu, her ne kadar tarafların istedikleri hukukî sonuçlar meydana gelse bile, bunların iptal hakkının kullanılması suretiyle geriye yürür biçimde *(ex tunc)* 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 hukukî 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 *(zunächst wirksam)* işlemler olduğunu kaydetmekle yetinmektedir. -Şu noktayı ayrıca ekleyelim ki, eleştirdiğimiz görüşe göre, iptal hakkının kullanılmasından önce işlem "geçerli" sayıldığına, bu hakkın kulanılmasından *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 sözlemenin geçmişe etkili olarak hükümsüz hale getirildiği ileri sürüldüğü vakit, yapılan şey buradaki "iptali" gerçek anlamıyla bir iptal olmaktan çıkarıp 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 kurtulmasına imkân bulunmadığıdır[60c].

3. Esaslı Hata Kavramının Tanımlanması (Tarifi)

a. Genel Olarak

44 Esaslı hata kavramının tarifinin ne olması gerektiği araştırılırken bir ayrım 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/I, 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 sanılacağının aksine, sadece temel hatasının şartlarını belirtmekle kalmamakta, aynı zamanda beyan hataları açısından da, hatanın ne vakit esaslı sayılabileceğini gösteren bir genel hüküm niteliğini taşımaktadır[61]. 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/I, 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" sayılabilip sayılamayacağını anlamak için, BK. m. 24/I, b. 4'e başvurmak gerekecektir.

b. BK. m. 25 hükmü esaslı hata kavramına dahil midir?

45 Bu konuda iki görüşe rastlanıyor:

— Yazarların büyük çoğunluğu tarafından kabul edilen ve klasik diye adlandırılabilecek birinci görüşe göre, yanılanın, dürüstlük kuralına (MK.

60c) Farklı düşüncede: **Buz**, İrade Sakatlığı ile Malûl Bir Satım Sözleşmesinde Alıcının Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerine Başvurmasının Satım Sözleşmesine İcazet 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 hükmü, hatanın esaslı olup olmaması ile değil, esaslı hatanın öne sürülebilip sürülemeyeceği, bir başka deyimle, esaslı hataya dayanmak suretiyle iptal hakkının kullanılabilip kullanılamayacağı meselesi ile ilgilidir[62].

— İkinci 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 hatalara "esaslı" damgası vurulduğuna göre, BK. m. 25 hükmü dahi "esaslılık" kavramı içinde ele alınabilir. Zira, iptal hakkının kullanıldığı anda hataya dayanmak dürüstlük kuralına ters düşüyor ve bu yüzden hata iptal hakkı veren bir hata olmaktan çıkıyorsa, onun artık "esaslı" olmaktan da çıktığını kabul etmek mümkün olur[63].

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 rızası bir muhbir veya tercü-* 46

62) **Schmidlin**, Art. 25, N. 3 vd.; **Guhl/Merz/Koller**, s. 135; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 846; **Klausberger**, not 14'de age, s. 149 ve not 663; **Bucher**, AT, s. 198-199. **Schmidlin/Meyer-Pritzl**'in ifadesiyle (İnteressenabwägung bei der İrrtumsanfechtung und İrrtum über künftige Sachverhalte, recht 1997/6, s. 257) BK. m. 25/I hükmünün devreye girebilmesi için, önce esaslı bir hatanın mevcut bulunması gerekir. Bu yüzden, ilk önce, hatanın esaslı olup olmadığı araştırılır ve ancak bundan sonra BK. m. 25/I'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/I'de sözü edilen dürüstlük kuralının, esaslı hata niteliğinin kazanılmasında değil, kaybında rol oynadığı söylenebilir. Kaldı ki, BK. m. 24/I, b. 4 hükmü esaslı hatalarla ilgili genel bir hüküm sayılınca, dürüstlük kuralı kanunda açıkça öngörülmemiş beyan hatalarının belirli bir önem derecesine ulaşmış sayılabilip sayılamayacakları konusunda söz sahibi olacaktır.

63) **Kocayusufpaşaoğlu**, not 1'de age, s. 163 vd; **Tobler**, Zur Behandlung des İrrtums im revidierten Obligationenrecht, SJZ 8, 1912, s. 364-365; **Henrici**, Über den İrrtum beim Vertragsabschluss im schweizerischen Obligationenrecht, Aarau 1916, s. 227, 228. Anılan İsviçreli yazarlar, bir hatanın pratik açıdan esaslı sayılabilmesi için, BK. m. 25 uyarınca hatanın öne sürüldüğü anda dürüstlük kuralına ters düşmemesi gerektiğini ileri sürüyorlar. Dikkate değer ki, Yargıtay da bazı kararlarında, bizim verdiğimiz bir tarifi (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 (**Karahasan**, 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 tarafından yanlış olarak naklolunduğu takdirde, hata hakkındaki hükümlere göre muamele olunur." Bu hükmün İsviçre Borçlar Kanunu'ndan yapılan çevirisi başarısızdır. Orada Fransızca metinde, taraflardan birinin iradesinin bir "haberci veya diğer bir aracı" tarafından *(par un messager ou quelque autre intermédiaire)* yanlış nakledilmesinden söz açılmaktadır. Almanca metinde de, buna paralel olarak, bir *haberci* tarafından *("durch einen Boten")* yanlış nakledilen beyan ile, bir başka tarzda *("auf andere Weise")* yanlış nakledilen beyan arasında ayrım 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 vasıtalara başvurulması, hemen her zaman karşımıza çıkan bir olgudur[64].

İrade beyanı, beyan sahibi tarafından bizzat karşı tarafa ulaştırılmayıp, bunun için bir aracının (vasıtanın) yardımına başvurulduğu vakit şu problem karşımıza çıkar: Beyan, beyan sahibi tarafından doğru biçimde ifade edildiği halde, aracı, *farkında olmadan* bunu yanlış biçimde nakledebilir ve bunun sonucunda, yapıldığı anda gerçek iradeye uyan beyan, karşı tarafın eline çarpıtılmış biçimde 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 etkileyebilecek bir konumda olması gerekir. Örneğin, A, sözlü beyanının nakledilmesini B'den istediği veya belirli içerikte bir teleks veya telefaks mesajının çekilmesini sekreteri B'ye bıraktığı vakit, bu durum gerçekleşir[65].

48 Çok tartışmalı olan bir problem şudur: Aracı durumundaki kişi *bilerek* ve *isteyerek* (kasten) naklettiği beyanın içeriğini değiştirirse, BK. m. 27 yine uygulanabilecek midir? Haberci'yi seçen kişinin, beyanının yanlış nakledilmesinden doğan bütün rizikolara katlanması gerektiğini savunan ve bu açıdan habercinin farkına varmaksızın değiştirdiği beyanlar ile kasten başka şekle soktuğu beyanlar arasında bir fark gözetmeyen bir düşüncenin bulunmasına rağmen, bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, bu ihtimalde BK. m. 27 uygulanamaz. 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 olur[66]. Herhalde, haberci tarafın-

64) Özellikle bkz. **Schmidlin**, Art. 27, N. 11.

65) **Schmidlin**, Art. 27, N. 14.

66) **Schmidlin**, Art. 27, N. 16 vd.; **Zäch**, Vorbem. zu Art. 32-40, N. 22. Ayrıca bkz. **Schwenzer**, Basler Komm., Art. 27, N. 5. -Krş. **Koller**, Der gute und der böse Glaube

dan kasten değiştirilmiş 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 *(falsus nuntius)*, kendiliğinden, kendisini beyan sahibinin habercisi gibi gösterip aslında mevcut olmayan bir beyanı nakletmişse, onun durumu *a fortiori* (evleviyetle) yetkisiz temsilcinin durumuna kıyas edilmelidir[67]. 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 ilân 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 açıklanabilir[68].

b. Hukukî Sonuçlarda Hata

Sırf "fiilî duruma" (veya "fiilî olgulara") ilişkin hatadan ayrılması gereken ve Borçlar Kanunumuzda ayrıca düzenlenmemiş bulunan hukukî hata kavramı, bizim burada yaptığımız gibi, sadece "hukukî sonuçlarda hata" olarak ele alınsa bile, Borçlar Hukukunun en karanlık ve aydınlanmaya muhtaç konularından biridir[69]. Hukukî hata, öğretide rastlanan bir görüşe göre, pozitif hukukta yer alan bir hukuk kuralının bilinmemesinden veya yanlış yorumlanmasından ileri gelen hata olarak tanımlanıyor[70]. Bizim burada üzerinde durduğumuz "hukukî sonuçlarda hata" kavramında ise, irade beyanında bulunan kişinin, bu irade beyanına bağlanan hukukî sonuçlarda yanılması söz konusu oluyor ve öğretide, çok defa, mesele şu ayrım çerçevesinde çözüme bağlanıyor[71]: 50

— Beyan sahibi, hukuk kuralları hakkındaki bilgisizliği veya yanlış yorumu sonucu, *içeriği itibarıyla beyanının doğrudan doğruya yöneldiği hukukî sonuçlarda* hata etmişse, burada bir beyan hatası vardır. Örneğin, 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, *falsus nuntius*'un BK. m. 39'a veya BK. m. 41'e göre sorumlu tutulabileceği kanısındadır); **Zäch**, 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 hukukî hata konusunda, nispeten geniş açıklamalara, örneğin kısmen hâkim görüşlerden ayrılan **Schmidlin**'de (Art. 23-24, N. 308 vd.) rastlanıyor. Ayrıca bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, not 1'de age, s. 108 vd.

70) **Lichti**, 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 "bütün teferruatı (eklentileri) ile birlikte" satıp devrediyor. Yalnız o, kanundaki eklentiler (teferruat) kavramına (MK. m. 686) yanlış anlam vererek, bundan sadece gömme duvar dolapları, mutfak tesisatı gibi sâbit eklentilerin anlaşılacağını, mobilyanın bu deyimin kapsamına girmediğini sanıyor[72]. Bu durumda, onun iradesi, "mobilya hariç lokantanın devrine" ilişkin olduğu halde, "lokantamı bütün teferruatı (eklentileri) ile birlikte satıyorum" şeklindeki beyan, bu ifadenin (lokantadaki mobilyayı da içine alan) geniş kapsamlı içeriği dolayısıyla satıcının gerçek iradesine uymuyor. Bu ise, hatanın kaynağı "hukukî" olduğu halde, sonuçta, esaslı olup olmadığı BK. m. 24'e göre ölçülecek "fiilî duruma (olgulara)" ilişkin bir beyan hatası oluşturmaktan öteye geçmiyor (mobilyayı da kapsamına alan beyan, mobilyasız satıma ilişkin iradeden ayrılıyor).

52 — İkinci ihtimalde, yanılma, beyan sahibinin bu konuya yönelmiş bir iradesi olup olmadığına bakılmaksızın hukuk düzenince yapılan işleme bağlanan *kanunî sonuçlara (naturalia negotii)* ilişkin bulunuyor. Örneğin, bir malını satan satıcı, ayrıca bir taahhütte bulunmadıkça satılandaki ayıplardan (bozukluklardan) sorumlu tutulamayacağını sanıyor ve böylece Borçlar Kanununda yer alan ayıp hükümlerinin (BK. m. 194 vd.) satış işlemine bağladığı hukukî sonuçlarda yanılıyor. Burada satıcının beyanı ile iradesi arasında bir uygunsuzluk yoktur. Yanılma kanun gereği otomatik olarak bu tip bir sözleşmeye bağlanan hukukî sonuçlarla ilgilidir. Böyle bir hatanın, iptal hakkı vermeyen âdi bir saik hatasından ibaret kaldığı genellikle kabul olunuyor[73].

İlke olarak bir saik hatası olarak nitelenen "işlemin kanunî sonuçlarına ilişkin hata"nın, şartları varsa, BK. m. 24/I, b. 4 anlamında bir temel hatası niteliğini kazanarak işlemin iptaline yol açabilip açamayacağı tartışmalıdır. Federal Mahkemenin bir kararında da benimsenmiş gözüken bir anlayışa göre, bu imkân kesin olarak kapalıdır. Bu tip bir hukukî hata hiçbir zaman esaslı hata statüsüne geçemez ve BK. m. 24/I b. 4 uyarınca iptal hakkı veremez[74]. Biz, ilke olarak, şartları varsa bu tip hataların da BK. m. 24/I b. 4 anlamında bir temel hatası oluşturabilmesine bir engel göremiyoruz. Ne var ki, uygulamada, böyle bir iddianın ispat edilme ve inandırıcı bir iddia olarak kabul edilme şansı yok denecek kadar azdır. Nitekim öğretide, kaynağı hukukî olan esaslı bir hatanın ancak hataya düşen kişi başvurduğu hukuk danışmanlarının ona yanlış bilgi vererek kendisini yanılttıklarını ispat edebilirse başarıya ulaşma şansına sahip olabileceğine işaret edilmiştir[75].

---

72) Bu örnek için bkz. not 71'de anılan **Larenz**

73) Örnek olarak bkz. **Schwenzer**, Basler Komm., Art. 24, N. 29; **v. Tuhr/Peter**, § 37, II, I ve not 12; **Koller**, I, N. 1327, 1331; **Larenz/Wolf**, 9.A., § 36, N. 75.

74) BGE 118.II.63; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 783; **Kolly**, not 3'de age, s. 59 vd.

75) Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, not 1'de age, s. 114-115 ve orada anılan Macar Medenî Kanunu § 210/II hükmü. Krş. **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 86, not 174. Bu yazarların verdiği bir örnekten hareket ederek diyebiliriz ki, imar mevzuatının izin vermediği tarzda 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. Alıcı-

c. Okunmadan İmzalanan Belge[76]

Bir kimse, diğeri tarafından hazırlanan belgeyi hiç okumadan imzalar, 53
ancak daha sonra bu belgede hiç beklemediği ve hiçbir zaman kabul etmeyi düşünmediği kayıtların yer aldığını görürse, hukukî 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 başvuramaz. Gerek İsviçre Federal Mahkemesi[77], gerekse Yargıtay[78] tarafından kabul edilen bu çözüm çerçevesinde, bu durumdaki kişinin beyanı ile iradesi arasında bir uyumsuzluk olmadığı ve herhangi bir şekilde hata'dan bahsetmeye imkân kalmadığı söylenebilir[79].

Diğer bir görüşe göre, meseleyi karşı taraf açısından incelemek ve 54
okumadan belgeyi imzalayan kişinin onda, okumadığı metnin içeriği ile, bu içerik ne olursa olsun tamamen mutabık olduğu yani metni uygun bulup kabul ettiği hususunda haklı bir kanaat uyandırmış olup olmadığını incelemek gerekir. Bu soruya olumlu cevap verilebiliyorsa, iptali önleyen hüküm, yanılanın dürüstlük kuralına aykırı biçimde hatasına dayanamayacağını bildiren BK. m. 25/I hükmü olacaktır[80].

— Karşımıza çıkabilecek ikinci ihtimalde, okumadığı metni imzalayan 55
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/I 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.II.532; 49.II.182.

78) Örnek olarak bkz. Yarg. 4. HD., 30.5.1978, E. 9842, K. 7238, **Karahasan**, TBH, GH, cilt 2, 1992, s. 149.

79) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 935; **Schmidlin**, Art. 23-24, N. 389.

80) **Oftinger**, Die ungelesen unterzeichnete Urkunde und verwandte Tatbestände, Aequitas und Bona Fides, FG. Simonius, Basel 1955, s. 271-272.

"bilme" yahut "bilmesi gerekme" durumu) gerçekleşmişse şu iki şıktan birisi söz konusu olacaktır[81]:

≡ Hazırladığı metnin, imza sahibinin tasavvurlarına uymadığını bilen veya bilmesi gereken karşı taraf, onun gerçek iradesinin ne olduğunu anlayabilecek durumda değildir. Bu durumda, sözleşme hiç kurulmamıştır.

≡ Metni hazırlayan taraf, ayrıca, imza sahibinin gerçek iradesinin de ne olduğunu biliyorsa (hiç değilse, bilmesi, güven ilkesine göre ondan beklenebiliyorsa), o da metni bu şekilde anlamak zorunda olacağından, imzalanan metinde başka şey yazılı olmasına rağmen, sözleşme imza sahibinin gerçek iradesine göre kurulmuş sayılacaktır[81a].

Görülüyor ki, *ilk aşamada, problem BK. m. 23 vd. hükümlerine göre çözüme bağlanacak bir hata problemi olmayıp, sözleşmenin kurulmuş sayılabilip sayılamayacağına ilişkin bulunan ve BK. m. 1 çerçevesinde incelenmesi gereken bir problemdir.*

56 = *İkinci aşamada* yapılacak incelemenin konusu şu olguya ilişkin bulunacaktır: 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 varmamış, varması da gerekmemiştir. Bu durumda, belgenin içeriğine uygun biçimde kurulan sözleşme, imza sahibinin gerçek iradesini yansıtmamaktadır. 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, maddî hukuk yönünden değer taşımaktadır. İspat yönünden, durum çok daha çetrefildir. HUMK. m. 290, senede karşı yöneltilen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak yahut azaltacak iddiaların yine senetle ispatı zorunluluğunu getirmiştir. Gerçi, bu kuralın istisnalarını sayan HUMK. m. 293, 5. bendinde "Akitlerde hata, hile, gabin, cebir ve ikrah vukuu" hallerinde tanık dinletilmesine izin vermiştir. Ne var ki, Usul Hukuku öğretisi, hata halinde yerinde olarak çok titiz davranmakta ve bu istisnayı hayli sınırlandırılmış biçimde uygulamaktadır. Öğretiye göre, önce hatanın varlığını makul gösteren objektif sebepler ispat edilmedikçe, doğrudan doğruya hataya dayanarak tanık dinletmek mümkün değildir[82]. Bazı hukukçuların[82a] daha da ileri giderek "borçlu senedi okumadan imza ettiğini bildirerek hata (veya hile) nedeniyle senedin iptalini isteyemez" biçiminde kesin bir sonuca varmalarına katılamıyoruz. 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. baskı, İstanbul 1964, s. 232; **Kuru**, cilt II, s. 2399.

82a) **Kuru**, cilt II, s. 2401; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, Medenî Usul Hukuku, 17. baskı, Ankara 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 esasından hareket etmekte, belgenin içeriği çok farklı olduğu için gerçek iradesine hiç uymayan bir beyanda bulunmuş, yani bir beyan hatasına düşmüş bulunmaktadır. Onun, bu beyanının iptali için hata hükümlerine dayanmasına Borçlar Hukuku yönünden en ufak bir engel düşünülemez. Hatayı ispat zorluğu, 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 ihmal 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, ihmalin 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, gelişi güzel hata hükümlerine dayanma eğilimlerini frenlemeye elverişlidir. O halde, Yargıtay'ın, "Aslolan belgenin okunarak imzalandığıdır. Böyle olunca da, davacının belgeyi okuyarak imzaladığını kabul hukukî bir zorunluluktur; belgeyi okumadan imzaladığı bir an için kabul edilse dahi davacı itimada dayanan bu davranışının yasal sonucuna katlanmak zorundadır" diyen kararı, bu şekliyle çok aşırı diye nitelenebilecek bir karardır[83].

d. Beyaza (Açığa) İmza[84]

Bir kimse boş bir kağıdın altını imzalayarak karşı tarafa vermiş olabilir. 58
Bu durumda, metin sonradan doldurulacaktır. Karşı taraf, bu metni, beyaza imza atan taraf ile önceden kararlaştırılan esaslara uymadan, kendi bildiği ve istediği gibi doldurmuşsa, nasıl hareket edilecektir?

Durumu, çok defa gözden kaçırılan bir ayrımı 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 ihtimalde, *metni dolduran karşı taraf, imza sahibinin gerçek*

83) Yarg. 4. HD., 22.9.1978, 11693/10288 (**Kuru**, cilt II, 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/Altop**, s. 118; **Eren**, s. 248; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 85) ayrılarak "beyaza imza" yerine "beyaz imza" deyiminin kullanılmasına (**Kuru**, II, s. 2401, 2410) katılamıyoruz. Beyaza imza, beyaz (boş) kâğıda atılmış imzayı kısaltılmış olarak ifade eden bir deyimdir. "Beyaz imza" şu bakımdan bu anlamı vermek gücünden yoksundur ki, burada beyaz (boş) olan imza değil, imzanın atıldığı kâğıttır.

iradesine aykırı biçimde hareket ettiğini bilmekte veya bunu bilebilecek durumda bulunmaktadır. Bu halde, onun, imza sahibinin gerçek iradesinin ne olduğunu da bilip anlayabilecek durumda olup olmamasına göre, sözleşme ya bilinebilen gerçek iradeye göre kurulmuş sayılacak, ya da gerçek iradenin bilinebilmesi söz konusu olmadığından, hiç meydana gelmeyecektir (yokluk). Şu halde, (A), (B)'ye "ilerde sana vereceğim talimat çerçevesinde dolduracaksın" diyerek beyaza imzalı kâğıtlar verdiği vakit, (B)'nin bunları, (A)'nın herhangi bir talimatı bulunmadığı halde kendi istediği gibi doldurması halinde, ortada birbirine uygun karşılıklı irade beyanları bulunmadığından kurulmuş bir sözleşmeden söz açılamayacaktır[85]. Görülüyor ki, tıpkı okunmadan imza edilen belgelerde olduğu gibi, burada da ilk aşamada inceleme, hata değil, sözleşmenin kurulmasına ilişkin BK. m. 1 çerçevesinde gerçekleşmektedir.

60 — İkinci ihtimalde, boş metni dolduran karşı taraf, *imza sahibinin gerçek iradesine aykırı davrandığının farkına varmaksızın ve varması da gerekmeksizin hareket etmiştir*. Bu durumda, sözleşme güven ilkesi çerçevesinde belge metnine göre meydana gelir, fakat beyaza imza sahibinin hata sebebiyle iptal hakkı (BK. m. 26'dan doğan tazminat yükümlülüğü ile birlikte) saklı kalır.

61 Derhal belirtelim ki, yukarıdaki açıklamalar bugünkü Türk Hukuku uygulamasını yansıtmaktan çok uzaktır. Bir defa, uygulamada hatanın bazı hallerde *sözleşmenin kurulması*, bazılarında ise kurulmuş *sözleşmenin iptali* üzerinde etkili olabileceği yolundaki ayrım hiç yapılmamaktadır[86]. Uygulamada, hemen her zaman, imzalı boş kâğıtların 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 imkânını tanımamaktadır. Yüksek Mahkeme bir kararında aynen şunları kaydetmektedir: *"... imzalı boş belgeyi itimat üzerine veren kişi, muhtemel tehlikeye ve onun hukukî sonucuna katlanmak zorundadır. Böyle bir durumda imza sahibinin hatası söz konusu olamayacağı için Usulün 293/5 maddesi hükmünce tanıkla ispatına imkân 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: **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 120.

86) Bu ayrım için bkz. § 13, N. 5 vd. ve yukarıda N. 3. -Tespit ettiğimiz kadarıyla sadece, Yargıtay 4. HD.nin 17.3.1966 tarih ve E. 3624, K. 3397 sayılı kararında (**Karahasan**, 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 (**Karahasan**, TBH, GH, cilt 1, 2003, s. 147).

rulması ve dolayısıyla imza sahibinin emniyet ve itimadının kötüye kullanılması mümkündür ve bunu açığa imza verenin tahmin ve tasavvur edemeyeceği düşünülemez. Şu halde imzalı belgeyi itimat üzerine veren davalı, muhtemel tehlikeye ve onun hukuki sonuçlarına katlanmak zorundadır"[88]. Bu düşüncelerden hareketle Yargıtay kararlarında hem hataya dayanma imkânı genellikle reddedilmekte, hem de hile iddiasının kabul edilmesi (aksi yönde bazı örneklere rastlanabilse bile) bazen aşırı ölçüde sıkı şartlara bağlanmaktadır[89].

Öğretide de, beyaza imzalı senedin aradaki anlaşmaya aykırı biçimde doldurulması halinde hatadan söz edilemeyeceği görüşünü savunanlar vardır[90]. 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 etmiştir[91]. Buna karşı yine öğretide, yerinde olarak, imzalı boş kâğıt 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 kâğıdın altını imzalayıverin" deyip, bu yoldan elde edilen kâğıt imza sahibini kendisine 50.000 lira borçlu gösteren bir metin eklenerek bir borç senedine dönüştürülüyor) artık hilenin varlığı kabul edilmektedir[92]. 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 kâğıdın ikrah (korkutma, tehdit) yoluyla ele geçirilmesi ihtimali için de geçerlidir.

---

88) Yarg. 4. HD., 11.11.1988, E. 2605, K. 5327 (**Karahasan**, TBH, GH, cilt 1, 2003, s. 148).

89) Bu konuda örnek olarak bkz. Yarg. 4. HD., 13.7.1965, E. 1383, K. 3753 (**Karahasan**, TBH, GH, cilt 1, 2003, s. 144) ve yukarıda not 86'da anılan karar, s. 145). Anılan son kararda "Yazısız, fakat imzalı kâğıdın davalı tarafından alınırken bu kâğıdı başka şekilde kullanmak irade ve kararı 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 (**Karahasan**, TBH, GH, cilt 1, 2003, s. 152). Buna göre "Somut olayda davacı, açıkça hile iddiasını ileri sürmüştür. İmzalı boş kâğıdın 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, II, 3, s. 162, not 32; **Eren**, s. 249; **Karahasan**, TBH, GH, cilt 1, 2003, s. 144.

91) BGE 88.II.427; JdT 1963.I.253.

92) **Karahasan**, 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) hata ile bir tutulduğu esasından hareket ederek, hatayı kesin biçimde devre dışı bırakan görüşe katılamıyoruz[93]. Şu var ki, aşağıdaki sebepten ötürü, bu görüşün pratikte hatayı tamamen reddeden görüşten farklı bir sonuca götürmeyeceği kanısındayız. 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 kâğıdın *elinden hileyle veya tehdit (ikrah) yoluyla alındığını* iddia eden taraf, bu iddiasını şahitle ispat etmek imkânına sahiptir[94]. Oysa, *hata* ileri sürüldüğü vakit, durum çok farklıdır. Altına imzasını attığı boş kâğıdı 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 anlatımla eksik kalmış ve bu yüzden hüküm doğurmayan bir irade beyanını içermektedir[94a]. Ancak teslim edilen imzalı boş kâğıt 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 istemediği bir beyanı yapmış duruma düştüğü vakit, ortada yine bir beyan hatası vardır. -Alman Hukukunda beyaza imza konusunda eskiden hâkim olan "hata sebebiyle iptal" teorisi günümüzde terk edilmiştir. Ne var ki, bunun sebebi, burada kavram olarak hataya yer olmadığı düşüncesi değil, BK. m. 18/II gibi bir hüküm içermeyen Alman Hukukunda, beyaza imzalı senedi istediği 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 hiç söz etmeksizin), beyaza imza halinde BGB § 119 çerçevesinde hatanın şartlarının gerçekleştiğini açık biçimde belirtmektedir (**Palandt/Heinrichs**, 64.A., § 119, N. 10; **Brox**, N. 424). Şu var ki, böyle bir senetten doğan alacağın iyiniyetli üçüncü bir kişiye temlik edilmesi ihtimalinde, hata sebebiyle iptali önlemek için, hata görüşü bir yana bırakılarak boş kâğıdı 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. 33/III (BK. m. 33/II) hükmüne de yollama yapmış bulunmaktadır. Ne var ki, bu kararın öğretiye de yansıyan asıl gerekçesi kıyas yoluyla uygulanan ve benzeri Alman Medenî Kanununda bulunmayan BK. m. 18/II 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 kâğıdı 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 hatanın mevcut bulunduğu ileri sürülebilirse de, bu hata hiçbir şekilde esaslı olmayan ve hukuken dikkate alınmayan âdi bir saik hatasından (BK. m. 24/II) ibarettir. Esaslı hata niteliğindeki beyan hatası (yani irade ile beyan arasındaki uygunsuzluk), metinde işaret ettiğimiz gibi, boş kâğıdın karşı tarafça doldurulduğu anda gerçekleşmektedir. Daha önce, ortada tamamlanmış bir irade beyanı yoktur.

vuruna hiç uymayan bir beyan ortaya çıkmakta ve hata işte o anda gerçekleşmektedir[95]. Görüldüğü gibi, bu ihtimalde, *beyaza imzalı belge, HUMK. m. 293/b. 5 hükmünün aradığı gibi, hata sonucu imza sahibinin elinden çıkmış değildir.* Beyan hatası, güvenilip 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 kurulmuş sözleşmenin iptaline imkân veren bir hata 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 kurtarmaz[96]. 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 açılamayacağı; 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 de yerinde olarak kabul ettiği gibi, beyaza imza atan kimse, alacağı devralan iyiniyetli üçüncü kişilere karşı yarattığı hukukî görünüşün rizikosunu (özellikle muvazaalı bir borç senedine dayanılarak üçüncü kişilerce alacak iktisap edilmesine ilişkin BK. m. 18/II hükmüne kıyasen) taşımak zorundadır. Bunun sonucu olarak, o, (hata halinde yazılı delil ibraz ederek) 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 imkânından yoksundur[97]. 62

III. Esaslı Hatanın Yaptırımı

1. Sözleşmenin Yanılanca İptal Edilebilir Olması 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 63

95) Bkz. **v. Tuhr**, AT, § 61, II, 3, s. 415; **Kocayusufpaşaoğlu**, not 1'de age, s. 36, not 48.

96) Sonuç olarak aynı görüşte: **Kuru**, cilt II, s. 2401; **Kuru/Aslan/Yılmaz**, Medenî Usul Hukuku, 17. baskı, Ankara 2006, s. 477.

97) BGE 88.II.427, JdT 1963.I.253. Ayrıca bkz. **Merz**, Vertrag, 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. 31, "Hata veya hile ile haleldar olan yahut ikrah ile yapılan akit ile *mülzem olmayan* taraf'tan 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 conclure, était 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 n'oblige point"* (sözleşmenin "bağlamadığı" veya bir başka çeviriyle "yükümlülük altına sokmadığı" taraf) ibaresini kullanmaktadır.

64 Bu ifade tarzı, gerek hata hali gerekse hata ile aynı yaptırıma tâbi tutulan hile 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 yanılana, hatasını öğrendiği tarihten itibaren bir yıllık bir hak düşürücü süre içinde kullanabileceği[98] bir iptal hakkı tanımıştır. Bir yıllık süre kaçırılırsa, sözleşme kuruluş tarihinden başlamak üzere geçerlilik kazanacaktır. Fakat, *henüz iptal hakkı kullanılmadan* durumun ne olduğu hususunda fikir birliği yoktur. Bu konuda üç görüşe rastlanmaktadır:

— *Birinci görüşe* göre, hatalı sözleşme *sadece hataya düşen açısından hükümsüz, diğer taraf açısından geçerlidir*[99]. İsviçre Hukukunda, geçersizliğin sadece bir taraf için sonuç doğurmasını ifade etmek üzere "bölünmüş geçersizlik"ten (veya "bölünmüş hükümsüzlük"ten) söz edilmektedir. Bu durumda, bir "topal işlem" den *(negotium claudicans)* bahsetmek de mümkündür[100].

65 — *İkinci görüşe* nazaran, hatalı sözleşme, daha baştan itibaren, *her iki taraf için de* hükümsüzdür. Ancak, bu hükümsüzlük kesin 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 yanılanca icazet verilen sözleşme, yapıldığı andan başlamak üzere (her iki taraf için de) geçerli hale gelir. Şu

98) Aynı yaptırımın 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 imkânı bulunmaksızın, hata edenin kararını beklemek zorundadır[101].

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 hüküm doğuran bir sözleşmede, bu hükümleri geçmişe etkili olarak ortadan kaldırır[102]. Burada ise, iptal hakkının kullanılması ile, esasen hükümlerini doğurmayan sözleşmenin bir yıllık süre sonunda geriye yürür biçimde geçerli hale gelmesi önlenmekte ve sözleşmedeki hükümsüzlük kesinleştirilmektedir[103].

— Yeni İsviçre öğretisindeki çoğunluk tarafından benimsenen *üçüncü 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/Schluep/Schmid**, N. 890 vd.; **Gauch**, SAG, 61 (1989), s. 157 vd.; **Gauch**, Vertrag und Parteiwille, in: Hundert Jahre Schweirezisches 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 görüş değiştirmiş ve aşağıda incelenen iptal teorisini benimsemiştir); **Merz**, Die privatrechtliche Rechtssprechung des Bundesgerichts 1988, ZBJV 126 (1990), s. 259; **Kaniti (Kaneti)**, Akdin ifa edilmediği def'i, İstanbul 1962, s. 53; **Z. Kurşat**, Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, 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 Medenî 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'arrêt "Picasso", JdT 1988.I.s. 519 vd.; **Schwenzer**, N. 39, O7; **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 **Karahasan**, (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 taraf için de hükümlerini doğurur*. Ne var ki, yanılanın, süresi içinde iptal hakkını kullanması ile, sözleşme *geçmişe etkili olarak ve kesin biçimde hükümsüz* 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 anormal ve hiçbir şekilde kabul edilemeyecek sonuçlar doğurur. Örneğin, bir tasarruf işlemi yapılmış ve bir alacak A_1 tarafından A_2'ye devredilmişse, A_1'in esaslı hataya düşmüş olması halinde, bu alacak kimin malvarlığında yer alıyor sayılacaktır? Bu görüşe göre, A_1 açısından işlem hüküm doğurmadığından alacak onun malvarlığında kalmıştır. Oysa, A_2 açısından devir işlemi hüküm ve sonuçlarını doğurmakta, bu sebeple de A_2 alacaklı sıfatını elde etmiş bulunmaktadır. Alacağın devri sözleşmesi sonucu, alacağın bir açıdan devredende kalmış, diğer açıdan devralana geçmiş sayılması kabul edilebilir bir sonuç değildir[105]. Nitekim, yeni İsviçre öğretisinde, artık hemen hemen hiç kimsenin birinci görüşü savunmadığına açıkça işaret edilmektedir[106].

Görülüyor ki, bundan böyle, tercihimizi ikinci 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 kararı"), 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 birini 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 imkânı vardır. Yüksek Mahkemenin bu sonuca varırken dayandığı en

---

lan)" ve "gerçek anlamı ile iptal edilebilir olma" yaptırımları arasında yer alan ve her ikisinin belirli bazı özelliklerini bir araya getiren bir karma hükümsüzlük durumu vardır. Nitekim, bizzat **Eren** dahi (9. bası, s. 299, not 147), bu iki hükümsüzlük çeşidi arasında "ara kademelerin" yer alabileceğine isabetle işaret etmiştir. Ayrıca bkz. aşağıda § 43, N. 27.

105) Bu eleştiri için bkz. **Gauch/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 önergenin reddedilmiş olmasıdır. Federal Mahkeme, bundan, kanun koyucunun bilerek ve isteyerek iptal teorisini benimsemediği sonucunu çıkarmaktadır[107,108].

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 68
(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 kusuru ile gerçekleşen bir irade bozukluğu söz konusudur. Bu durumda, hata sonucu yapılan sözleşmenin başlangıçta hüküm doğuran, ancak iptal beyanı üzerine hükümden düşen bir sözleşme olması çok daha rahat kabul edilebilir. Yanılan, yaptığı sözleşmenin iptal edilmedikçe geçerli bir sözleşme gibi hüküm doğurmasına katlanmalıdır. Kaldı ki, bir sözleşmenin hata sebebiyle iptal edilebilir sayılması için, (hiç değilse beyan hatalarında) karşı tarafın kendisine yapılan beyana haklı güveninin korunmuş olması gerekir. Bu şekilde, güven ilkesine göre farazî (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.II.131; JdT 1988.I.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 olunamaz", 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 sürmek (madde metnini bir hayli zorlama pahasına da olsa) tamamen imkânsız 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**, Inefficacité du titre d'aliénation et renaissance de l'action réelle mobilière, Zürich, 2002, s. 281-282; **Schmidlin**, Art. 23-24, N. 123.

≡ *Hile, ikrah* ve onlarla bir tutulan *gabin* ihtimallerinde durum çok farklıdır. Bu gibi ihtimallerde, hatada olduğu gibi karşı tarafın güveni korunarak kurulmuş bir sözleşmeden bahsedilemez. Tam tersine, sözleşme karşı tarafın aldatması, tehdit etmesi veya zayıf durumdaki diğer sözleşeni sömürmesi sonucu meydana gelmiştir. Hile ve ikrah dolayısıyla gerçekleşen irade bozukluklarının iradesi bozulan tarafın riziko alanı ile bir ilgisi yoktur. Bunlar tamamen diğer tarafın hukuka aykırı eylemlerinin ürünüdür. O halde, bu şekilde kurulan sözleşmenin başta hüküm doğurmaması ve ancak iradesi bozulan veya sömürülen tarafça süresinde iptal edilmemişse geçmişe etkili olarak geçerlilik kazanması, durumun özelliklerine çok daha uygun düşer.

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) gabni aynı yaptırıma tâbi tutan geleneksel çözümün *de lege ferenda* muhafaza edilmesinden yanayız. Gerçekten, bazı olaylarda, irade bozukluklarından ikisi aynı zamanda gerçekleşebilir. Örneğin, hile sonucu karşı taraf esaslı bir hataya (temel hatasına) düşmüşse, durum böyle olacaktır. Bunun gibi, (tartışmalı olmasına 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 gabnin 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, bir tarafta hata, diğer tarafta hile ve ikrah için, bugün olduğu gibi *aynı yaptırımı* kabul etmek yerinde olacaktır. Biz, Alman Medenî Kanunu tarafından açık biçimde kabul edilen, 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 — *Yürürlükte olan hukukumuzda,* dar anlamdaki irade bozukluklarının tümü için aynı yaptırım öngörülmüştür. O zaman nasıl hareket edilecektir? Biz (günümüzde, özellikle İsviçre öğretisinde kendini güçlü biçimde gösteren aksi eğilime rağmen), yakın zamanlara kadar öğretide (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 İsviçredeki bazı iptal teorisi taraftarları tarafından dahi kabul ve itiraf edilmektedir[109]. Yine İsviçre Federal Mahkemesinin 7.6.1988 tarihli kararı, kanundaki bu ibarelerin bilinçli olarak ve BGB'nin benimsediği iptal 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 hukukî ilişkiyi geçmişe etkili (makable şâmil) olarak ortadan kaldırabilir ve verdiği şeyi geri isteyebilir"[109a] şeklindeki ifade, ilk bakışta (zorunlu olmamakla birlikte), iptal teorisi lehine değerlendirilmeye daha elverişli gözükmektedir. 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 imkân verir"[109b] diyerek, bu defa (eleştiri konusu olacak ifadeler kullanmış olmakla birlikte) açık biçimde düzelebilir hükümsüzlük görüşüne üstünlük tanımıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun çok yeni bir kararında da[109c] "hatanın neticesi, talikî (geciktirici) şarta bağlı sıhhattir" denilerek düzelebilir hükmüsüzlük 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 70
görüşten birinin veya diğerinin kabülü, hiç değilse ilke olarak, uygulamada

---

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, İkrah Davaları, Ankara 2000, s. 114, 233). Şu noktayı belirtelim ki, iptal beyanı üzerine "hukukî 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 hukukî ilişki kesin biçimde hükümsüz kalır.

109b) Yarg. 1. HD., 2.6.1999, E. 4651, K. 7196, **Karahasan**, TBH, GH, cilt 1, 2003, s. 362. Aynı yönde bir başka karar: Yarg. 3. HD., 12.10.2000, E. 8362, K. 9775 (**Karahasan**, TBH, GH, cilt 1, 2003, s. 349). Bu kararda, hata ile aynı yaptırıma tâbi tutulan "ikrah" (korkutma) hali için şu ifade kullanılıyor: "Bu son halde, sözleşme kendisine varlık veren irade ve rıza ikrah nedeniyle illetli olduğu için daha başlangıçtaki bir durum nedeniyle geçersizdir. Gabinde ise irade sakat ve illetli olmadığı için sözleşme başlangıç ve köken itibariyle sağlam olmasına rağmen husule getirdiği sonuç-aşırı 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, iptalin etkisi geriye yürüdüğünden sözleşmeyi daha baştan hükümsüz saymak gerekecektir. Nitekim, öğretide de, bu iki görüş arasındaki pratik farkların daha çok tâlî (ikincil) noktalarda ortaya çıkabileceğine işaret edilmiştir[110]. Kısaca bütün bu tartışmaların fazla bir pratik değeri yoktur[111].

70a Öğretide "düzelebilir hükümsüzlük" görüşüne yöneltilen eleştirilerden biri de şu olmuştur: İradesi bozukluğa uğrayan yanılan veya aldatılan, hataya düştüğünü veya hileye kurban olduğunu hiç öğrenmediği takdirde, karşı taraf, kazandırıcı zamanaşımının şartları gerçekleşmedikçe kendisine teslim edilmiş taşınırların veya onun adına tapu kütüğüne tescil olunan taşınmazların sonsuza dek mâliki olamayacaktır ki, bunu taraf menfaatleri ve Özel Hukuk sistemimizle bağdaştırmak mümkün değildir[112]. Biz, aşağıdaki gerekçelerle bu düşünceye katılamıyoruz:

— Bir defa, bu düşünce ikrah (korkutma, 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 kullanmazsa, başlangıçta hüküm doğurmayan sözleşme yapıldığı andan başlayarak geçerlilik kazanmak suretiyle, yine başlangıcı o an olmak üzere karşı tarafın mâlik olması sonucunu doğurur.

— Meseleye *hukuk politikası* açısından bakıldığı vakit, bu eleştiri sırf hata sebebiyle iptâl edilebilir sözleşmeler göz önünde tutularak yapılmış gözükmektedir. Hile, ikrah veya (bir irade bozukluğu oluşturmayan) gabin hallerinde, karşı tarafa mülkiyeti derhal kazandırıp onu hukuka ve ahlâka aykırı eylemleri dolayısıyla âdeta ödüllendirmek, herhalde kayıtsız şartsız üstün tutulacak bir çözüm sayılamaz.

— Yakından incelendiği vakit görülüyor ki, hata 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. Gerçekten o, taşınırlarda zilyetliğe (MK. m. 985/I), taşınmazlarda tapu kütüğünde kendisi adına yapılmış tescile (MK. m. 992/I) dayalı mülkiyet karinesine dayanarak herkese karşı mâlik sayılır. Bu karineyi çürütebilecek tek kişi, hata veya hile sonucu iradesi bozukluğa uğrayan veya gabin halinde sömürülen taraf yahut bu sayılanların yerini alan küllî halefleri yani genellikle mirasçılarıdır. İradesi bozukluğa uğrayan veya gabin halinde sömürülen taraf iptal beyanında bulunup bu karineyi çürütmedikçe, hiçbir üçüncü kişi, taşınır malı zilyetliği altında bulunduran veya tapuda kendi adına yapılmış tescilden yararlanan diğer tarafın gerçekte mâlik olmadığı iddiası ile ortaya çıkıp onun yararlandığı mülkiyet karinesini (bu sebepten ötürü) çürütmek hakkına sahip değildir. Bir mala gerçekten mâlik 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 yoktur[113].

— Eleştiri konusu 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.

111) 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 kurulduğu andan itibaren kesin hükümsüz (bâtıl) olmuş, bu sebeple taşınırı 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 illî (sebebe bağlı) sayan bir hukuk sisteminde bu sonuç kaçınılmazdır[113a]. 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 dâvada bizim görüşümüze göre bir istihkak davasıyla birleştirerek[113b] hiçbir süreye bağlı olmaksızın açabilirler. Bu davaları engelleyebilecek tek husus, davalının kazandırıcı zamanaşımı yoluyla mülkiyeti iktisap etmiş bulunmasıdır. Mirasçılar mirasbırakanın iptal beyanından haberdar olmadıkları veya mahkeme önünde hata veya hileyi ispat edememekten korktukları için bu davaları açmadıkları takdirde, burada da, karşı taraf için kazandırıcı zamanaşımı şartlarının gerçekleşmediği durumlarda, sonsuza dek mâlik olamama tehlikesi ortaya çıkabilecektir. Görülüyor ki, hukuk sistemimizde böyle bir sonuçla karşılaşma rizikosu sadece (iptal hakkı kullanılmayan hallerde) düzelebilir hükümsüzlük görüşünün tekelinde değildir. Gerçek şudur ki, iptal hakkının kullanıldığı sözleşmeler dışında da, *bütün baştan itibaren kesin hükümsüz (bâtıl) sözleşmelerde*, örneğin butlan sebebinin (sözleşmedeki hukuka veya ahlâka aykırılığın) malı devreden tarafça veya ilgili üçüncü kişilerce farkına varılmadığı ve bu yüzden butlan ileri sürülmediği 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 yukarıda söylenenler, hiç kuşkusuz burada da geçerlidir. Şu farkla ki, butlan (kesin hükümsüzlük) hallerinde (butlan sebebini öğrenmiş) 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 mâlik olamayacak kişiler malı iyiniyetli üçüncü bir kişiye devrettikleri vakit, üçüncü kişinin derhal mülkiyet hakkını elde edeceği kuşkusuzdur[113c]. Bunun gibi, karşı tarafın kazandırıcı zamanaşımından yararlanamaması, onun ölümünde kazandırıcı zamanaşımı şartlarının bu defa mirasçıları için gerçekleşmesine engel olmaz. Görülüyor ki, sadece bu örnekler dahi "sonsuza dek" ifadesinin, ilk bakışta sanılacağı kadar geniş bir uygulama alanına sahip bulunmadığını yeterince açıklar.

113a) Tasarruf işlemlerinin illî (sebebe bağlı) olduğu ilkesinin taşınmaz devirlerinde geçerli olduğu hususunda görüş birliği 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 aynî hak iktisabını koruyan MK. m. 1023 hükmüdür. Taşınırlarda, hata, hile veya ikrah etkisi altında yapılmış sözleşmelere dayanarak malın karşı tarafa teslim edilmesi halinde, tartışmalı olmasına rağmen, hâkim görüşe göre mal zilyedin rızasıyla 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 II, 2.A., Basel 2003, Art. 933 ZGB, N. 19-20; **Steinauer**, Les Droits réels, tome I, 3. éd., Berne 1997, N. 430c; **Piotet**, Contributions choisies, 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

71 İptal hakkının, yanılan tarafından, hatasını *öğrendiği* tarihten itibaren işleyen *bir yıllık hak düşürücü süre* içinde kullanılması şarttır. İptal beyanı, *yenilik doğuran bir hukukî işlem* oluşturur. İptal hakkının kullanılması için mahkemeye başvurmak ve dava açmak gerekmez[114]. Geçerliliği açısından herhangi bir şekle 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 için) 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 getirmeye mahkûm eden bir edim (eda) hükmünü buna ekleyecektir.

İptal beyanı ilke olarak geri alınamaz. Şu var ki, icap ve kabulün geri alınmasına ilişkin BK. m. 9 hükmü kıyas yoluyla burada da uygulanabileceğinden, geri alma beyanı en geç iptal beyanı ile aynı anda diğer tarafa ulaştığı veya daha geç ulaşsa bile, karşı taraf önce geri alma beyanını öğrendiği takdirde iptal beyanı hükümsüz kalır. Bu sınırlar aşılmış bile olsa, aşağıdaki ihtimalde Federal Mahkeme[115] ve öğreti[116] 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 imkânına 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) kararı: "Böylece, davacı bu akti kabul etmediğini bir yıllık süre içinde bildirdiğinden, işleme sonradan izin vermesi söz konusu olamaz. Bir yıllık süre içerisinde ayrıca dava açmasına gerek yoktur" (**Karahasan**, TBH, GH, cilt 1, 1992, s. 308 not 317 ve orada anılan diğer kararlar).

115) BGE 128.III.70, JdT, 2003 I, 4.

116) **Larenz/Wolf**, 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 edilmesinden sonra, taraflar, daha önce yerine getirmiş bulundukları edimlerin geri verilmesi için talepte bulunabileceklerdir. Bu konuda açılacak dava, verilen şey, sebebe bağlı bir tasarruf işlemi ile karşı tarafa devredilmişse, aslında kaybedilmemiş bulunan mülkiyet hakkına dayalı aynî bir dava niteliğini taşıyacaktır. Hukukumuzda, taşınmaz mülkiyetinin nakli sebebe bağlı bir tasarruf işlemi ile gerçekleştiğinden durumun böyle olacağı şüphesizdir. Davacı, MK. m. 683/II 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 mâlik olarak kütüğe kendi adının yazılmasını sağlayacaktır[117]. 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 hâkim olan, bizim de üstün tuttuğumuz görüş uyarınca taşınırların devri de sebebe bağlı bir tasarruf işlemi ile gerçekleştiğinden, aynî bir dava (istihkak davası) açmak imkânı burada da saklı kalacaktır. Mülkiyet hakkının kaybedildiği, bu sebeple de aynî bir dava açılamayan durumlarda ise, bir sebepsiz iktisap (zenginleşme) talebi ile yetinmek mecburiyeti kendini gösterecektir (BK. m. 61 vd.). Örneğin, hata sebebiyle iptal edilen satış sözleşmesinde, alıcının, ödemiş olduğu bedeli geri almak için açacağı dava (ödenen paranın mülkiyeti karışma yolu ile diğer tarafa geçtiğinden) bir sebepsiz iktisap davasıdır. 72

İptalden sonra, bir *sebepsiz iktisap davası* açıldığı vakit, bunun tâbi olacağı *zamanaşımının başlangıcı* ne olacaktır? Sebepsiz iktisap talebinin bağlı olduğu zaman aşımı süresini düzenleyen BK. m. 66, bu konuda iki ayrı süre öngörmüştür. Tartışmalı olmakla birlikte, bizce *sebepsiz iktisap talebinin öğrenilmesinden başlayan bir yıllık sürenin başlangıcı* olarak, 73

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), hukukî 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/II'ye dayanan bir istihkak davası açmak gerekir (Bütün bu hususlar için bkz. **Harnisch**, Die Grundbuchberichtigungsklage nach dem schweizerischen ZGB, Bern 1941, s. 7 vd., 108, 110; **Steinauer**, Les droits réels, tome I, 2. éd., Berne 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; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 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 başlayacaktır[118]. 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 dayanır[119].

BK. m. 66 hükmü, sebepsiz iktisap talebini ayrıca bu talebin *doğduğu* tarihten başlayan *on yıllık ikinci bir üst süreye* bağlamıştır. Bir sözleşmenin hata, hile, ikrah gibi irade bozukluklarına dayalı olarak iptal edilmesi halinde, sözü geçen on yıllık sürenin başlangıç tarihinin ne olduğu son derece tartışmalıdır. Bu konuda iki görüşe rastlanmaktadır:

— İsviçre Federal Mahkemesi[120] 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 tediyenin 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 nazaran, bu görüş çerçevesinde, geri alma hakkı ancak sözleşmeyi geçmişe etkili biçimde hükümsüz hale getiren *iptal hakkının 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 Fatalfristen, 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 kararı. Aynı görüşte: **Koller**, I, 2.A., § 14, N. 304; **Gauch**, SAG 61 (1989), s. 159; **Merz**, ZBJV, 126 (1990), s. 259.

sürenin başlangıcı da tediye tarihi değil, bu an olmalıdır. Aksi takdirde, verileni geri almaya ilişkin sebepsiz iktisap talebinin, daha doğmadan zamanaşımına uğraması gibi kabul edilemez bir sonuca ulaşılacaktır[121]. 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 yerindedir[122]. Tediyeden itibaren on yılı aşan bir süre geçtikten sonra hatasını öğrenen kişinin bir yıl içinde kullanabileceği iptal hakkı, 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 olması şarttır[123]. 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. Tediyeden 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 imkânından tamamen yoksundur. Geçen on yıl içinde herhangi bir talep ve dava hakkına sahip bulunmayan kişiyi, iptal beyanından sonra, "Neden süresi içinde talep ve dava hakkını 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" ilkeleri[124] 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; **Schwenzer**, 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, Karşılaştırmalı bir Anayasa Hukuku İncelemesi,

de uygulanmak gerekir. O halde, hiç tereddütsüz, sebepsiz iktisap talebini ileri sürmek hak ve imkânı 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 ayrıldığımız nokta şudur: Onlara göre, bu düşünceler sadece "iptal teorisi" açısından geçerlidir. Zira, sözleşmeyi yapıldığı tarihten itibaren hüküm doğuran bir işlem olarak gören bu teori çerçevesinde, vaktiyle yapılmış tediye geçerlidir ve iptal gerçekleşmeden sebepsiz iktisap davası açılamaması 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 imkânını kazandığını ileri süren anlayış[125] 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 tediyenin akıbeti (bozulabilir hüküm doğurma esası çerçevesinde) askıda ise, bu teoride de, bu defa düzelebilir hükümsüzlük esasına dayalı bir askıda olma durumu vardır. *Durum iptal beyanıyla 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, on yıllık sürenin başlangıcının, düzelebilir hükümsüzlük görüşü çerçevesinde de, iptal beyanının yapıldığı tarih olarak kabul edilmesi gerekir[126].

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 yukarıdaki metinde işaret ettiğimiz üzere, herhangi bir saklı tutma söz konusu olmaksızın, sadece "hata ettim" 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 imkânı bulunsun.

Yukarıdaki açıklamalara şu noktayı eklemek istiyoruz: İsviçre'de, "iptal teorisini" kabul eden yeni bir akım, Federal Mahkeme'nin "sözleşmeden dönme" halinde, sözleşmenin geçmişe etkili olarak son bulmayıp, sadece tersine dönerek tarafları (yine sözleşme hükümleri çerçevesinde) aldıklarını geri verme borcu altına sokan bir tasfiye ilişkisine dönüşeceği yolundaki görüşünü,[127] sözleşmenin iptali halinde de uygulamak istiyor[128]. İster sözleşmeden dönme, ister sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü veya iptali sonucu doğan geri verme borçlarını *de lege ferenda* ahenkli bir düzenlemeye kavuşturmak hiç şüphesiz yerinde olur. Ancak, yürürlükteki hukukumuz açısından, geçerli bir sözleşmeden (örneğin borçlunun temerrüde düşmesi gibi sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleşen bir olay üzerine) dönmek ile, daha baştan irade bozukluğu sebebiyle sakatlanmış bir sözleşmeyi iptal etmek aynı şey değildir[129]. Bu açıdan, irade bozukluklarında iptal teorisine üstünlük tanıyan *Schmidlin*'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 şu 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 doğurması, onun, kuruluşunda mevcut bir geçersizlik sebebine dayanılmak suretiyle iptal edilebilir olduğunu unutturmamalıdır. Böyle bir sözleşmeyi, iptal edilmedikçe geçerli bir sözleşme saymak yerinde görülemez[129a]. 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 aynî bir dava açmak imkânından yoksun bırakılması ve sadece kişisel bir talep hakkına sahip sayılması, tatmin edici bir çözüm olmadığı gibi, hukuk tekniği açısından da açıklanmaya muhtaç kalmaktadır[130]. 75

127) BGE 114.II.152. Alman Hukukunda hâkim olan bu görüş için ayrıca bkz. **Larenz**, SR I, s. 403 vd.; **Gauch**, Wirkung des Rücktritts und Verjährung des Rückforderungsanspruchs bei Schuldnerverzug, recht 1989, s. 122 vd.; **Serozan**, Sözleşmeden dönme, İstanbul, 1975, s. 78 vd.; **Eren**, s. 1076 vd.; -Bu görüşe karşı: **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 415 vd.; **V. Buz**, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, s. 133 vd.; **Koller**, I, 2.A., § 14, N. 281; § 31, N. 23.

128) **Wiegand**, not 104'da age, s. 111; **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 (bâtıl) işlemlerle bir tutulacak duruma girer. Oysa, kesin hükümsüz işlemlerde sözleşmeye dayalı geri isteme taleplerine yer yoktur.

129) Özellikle bkz. **Piotet**, La restitution après résolution du contrat, Baurecht 1984, s. 11.

129a) Ayrıca bkz. yukarıda N. 43.

130) Ayrıca bkz. **Gauch**, not 128'de age, s. 127, not 43. Bu yazar, haklı olarak, mülkiyeti geçiren işlemleri illî (sebebe bağlı) sayan bir sistemle, sırf kişisel nitelikte geri alma taleplerine yer veren bir görüşün bağdaşamayacağına işaret ediyor.

3. İptal Hakkının Düşmesi

76 Sözleşme, bir yıllık hak düşürücü süre içinde iptal edilmediği takdirde, kendiliğinden ve geriye yürümek suretiyle kurulduğu andan başlayarak geçerlilik kazanır. Ne var ki, bir yıllık süre geçmeden de, yanılanın açık veya örtülü icazeti ile iptal hakkının düşmesi ve sözleşmenin yapıldığı andan itibaren geçerli duruma gelmesi mümkündür. Yanılan, hatasını öğrendikten sonra, bu sözleşmeyi geçerli saydığını beyan ederse açıkça icazet vermiş olur. Buna karşı, hatasını öğrendiği halde, karşı tarafça gerçekleştirilen ifayı kabul edenin icazeti örtülü (zımnî) icazet halleri için bir örnek oluşturur.

77 Kanumumuzda, 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 olduğu açıktır. Öğretide, yanılana böyle bir süre tayin edilmesini kabul eden bir görüşün[131] 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 dalgalanmaları takip edip kendisi için en elverişli olacak zamanı beklediği için) iptal hakkını kullanmakta gecikirse, onun bu davranışı, yerine göre BK. m. 25/I anlamında dürüstlük kuralına ters düşen bir davranış olarak değerlendirilip iptal hakkının düştüğü sonucuna varılabilir[132].

Borçlar Kanununda, öğrenmeden itibaren başlayan bir yıllık süre yanında, sözleşmenin kurulduğu tarihte harekete geçen ve iptal hakkını sınırlayan bir *üst* (azamî) *süre* öngörülmemiştir. Tartışmalı olmakla birlikte, hâkim görüşe göre böyle bir üst süre yoktur. Olsa olsa, aslında MK. m. 2'nin bir yansıması olan BK. m. 25/I hükmünden (hiç değilse kıyas yoluyla) yararlanarak, çok uzun zaman (örneğin yirmi yıl) geçtikten sonra iptal hakkının kullanılması, somut olayın tüm özellikleri dikkate alınmak suretiyle, dürüstlük kuralına aykırı sayılarak önlenebilir[133].

4. Sürekli Borç İlişkisi Doğuran Sözleşmelerde İptalin Etkisi

78 Kira, hizmet vs. gibi bazı sözleşmeler sürekli bir borç ilişkisi doğurur. Bu gibi sözleşmelerin ifa aşamasına geçildikten ve sözleşme bir süre uygulandıktan sonra, iptal yolu ile sözleşmeyi baştan itibaren kesin hükümsüz hale getirmek çok sıkıntılı durumlar yaratır. Bunu önlemek üzere, sürekli borç ilişkisi yaratan sözleşmelerde, iptalin olağanüstü bir fesih hakkına

131) **Becker**, Art. 31, N. 7.
132) **Kocayusufpaşaoğlu**, not 1'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 sayılamayacağı kabul edilir[134]:

> Bu görüş bir an için bir yana bırakılsa bile, sürekli borç ilişkilerinde hata halinde iptalin sonuçlarının geriye yürümesine, hatanın dürüstlük kuralına aykırı biçimde öne sürülmesini yasaklayan BK. m. 25/I'in engel olduğu ileri sürülmüştür[135].

5. Kısmî iptal

BK. m. 20/II'de öngörülen kısmî hükümsüzlük yaptırımının bir sözleş- 79
menin iptali halinde de uygulanabilmesi bugün genellikle kabul edilen bir çözümdür. Burada, aşağıda incelenen "Kısmî Hükümsüzlük" bahsine yollama yapmakla yetiniyoruz.

6. Hatanın Dürüstlük Kuralına Aykırı Biçimde Öne Sürülememesi (BK. m. 25).

BK. m. 25/I, aslında MK. m. 2 hükmünün bir uzantısı ve somutlaştırıl- 80
mış özel bir hali olarak nitelenebilecek bir kural[136] içeriyor. Buna göre, hata eden taraf dürüstlük kuralına ters düşecek biçimde hatasına dayanamaz.

> Bu hükmün esaslı hata kavramı ile ilişkisi açısından ortaya çıkan görüş ayrılıklarına yukarıda değinmiştik[137].

Şu halde, örneğin piyasası olan mallarda sözleşmenin kurulmasından 81
sonra hatasını öğrenen taraf, sırf piyasadaki gelişmeleri izleyip karşı taraf aleyhine spekülâsyon yapmak amacı ile uzun süre beklerse veya hatalı sözleşmenin olduğu gibi kalması o andaki şartlara göre yanılan için önemli bir zarara yol açmadığı halde, iptal hakkının kullanılması hiçbir kusuru bulunmayan karşı tarafı ağır bir zarara uğratacaksa, BK. m. 25/I iptal hakkının kullanılmasını önler[138].

Karşı tarafın, iptal beyanının kendisine varmasından sonra, *derhal (va-* 82
kit geçirmeksizin)[139] sözleşmeyi yanılanın gerçek iradesine göre yerine

---

134) Buradaki açıklamalar için bkz. **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 942 vd.; **Schwenzer**, Basler Komm., 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 fiilî borç ilişkisi kavramına başvurmaya hiç gerek kalmadığını özellikle belirtmektedir (BGE 129.III.320; JdT 2003.I.331).

135) **Gauch/Schluep/Schmid**, 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/Altop**, s. 438; **Schwenzer**, Basler Komm., Art. 25, N. 4. Federal Mahkemeye göre, BK. m. 25/I'in uygulanması için, hakkın meşru bir menfaate dayanmadan kullanılması veya çıkarlar arasında çok açık bir nispetsizlik bulunması gerekir (BGE 123.III.200).

139) BGE 57.II.284. Öğretide ileri sürülen bir fikre 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 10.000 yerine 1000 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 bahşettiğini kabul etmek yerinde olur[140].

83 BK. m. 25/II, beyan hataları için öngörülmüş bir hükümdür. Bu hükmün kıyas yolu ile temel hatasında da uygulama alanı bulabilip bulamayacağı tartışmalıdır[141]. Federal Mahkeme, bu konuda şimdilik bir sonuca varmamayı ve görüşünü saklı tutmayı tercih etmiştir[142]. *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, karşı tarafın sözleşmenin geçerliliğine güvenmesinden ötürü uğradığı *olumsuz zararı* tazmin etme yükümlülüğü altındadır.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, hâkimin bu konuda sert davranması ve kusursuzluk savunmasını kolay kolay kabul etmemesi yerinde olur[143].

---

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; **Kocayusufpaşaoğlu**, not 1'de age, s. 165; **Tandoğan**, La nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats, Genève 1952, s. 261, not 16. - **Schmidlin**'e göre (Art. 25, N. 18), burada yenilik doğuran hakkın kullanılması sonucu, sözleşmede kanun gereği bir *çevirme* (tahvil, konversiyon) gerçekleşmektedir. Bu düşünce bize de uygun gözükmektedir.

141) BK. m. 25/II'nin temel hatalarında da uygulama alanı bulabileceği görüşünde: **v. Tuhr/Peter**, § 37, V, 3, s. 315; **Koller**, I, N. 1154, 1208; **Schwenzer**, Basler Komm., Art. 25, N. 8. Aksi görüşte: **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 849; **Schmidlin**, Art. 25, N. 22 vd.; **Piotet**, De l'invalidité partielle des actes juridiques, spécialement 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 (menfi) 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 sağlar[144].

Alacaklının sözleşme hiç kurulmamış olsaydı sağlamış olacağı çıkarlar ile, kurulmuş bir sözleşmenin ifa edilmemiş olması sonucu yoksun kaldığı çıkarlar tamamen birbirinden farklı esaslara göre hesaplanan iki ayrı tip zarara yol açtığı için, *hiç bir zaman bir davada olumlu ve olumsuz zararların "birlikte" tazmininin istenmesi* söz konusu olamaz. Bunun gibi tazminatın kısmen olumlu zararları, kısmen olumsuz zararları karşılayacak biçimde talep edilmesi de mümkün değildir[144a].

Sözleşmeyi hata sebebiyle iptal etmek isteyen tarafı, iptal hakkını kullanmadan önce iyice düşünmeye sevk etmesi gereken BK. m. 26 hükmü uyarınca, tazmini gerekecek olumsuz zarar kalemlerine örnek olarak özellikle şunlar gösterilebilir[145]: 85

— Sözleşmenin geçerliliğine güvenerek diğer tarafa karşı yerine getirilen edime ilişkin zarar. Şu var ki, verileni istihkak davası ile geri istemek imkânı devam ediyorsa, bir başka deyimle verilen üzerindeki mülkiyet hakkı kaybedilmemişse, bir zarardan bahsedilemeyeceğinden olumsuz tazminat talebine yer yoktur. Buna karşı, yanılana teslim edilen mal bir kaza sonucu yok olmuşsa, BK. m. 26'ya dayanarak onun değerinin tazmini istenebilir[146].

---

144) **Bucher**, AT, s. 342. -Şu noktayı ekleyelim ki, BK. m. 108/II, iki 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, hâkim 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 yaptığı 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'intérêt négatif, sa nature et son étendue, Lausanne 1977, s. 91; **Koller**, I, N. 1170.

145) Özellikle bkz. **Medicus**, 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; **Anex**, not 144a'da age, s. 153 (Bu son yazarın, istihkak davası açılabilen hallerde de böyle bir tazminat talebine imkân tanıması 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. 901 gereği mülkiyet hakkını 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 yarışan bir talep olarak ileri sürülmesine engel değildir[147].

— Sözleşmenin kurulması için yapılan giderler (Örneğin, sözleşmeyi imzalamak üzere başka bir şehre gitmek zorunda kalan tarafın seyahat giderleri, ödenen noter harçları).

— Sözleşmenin ifasına geçirilmişse bunun için yapılan giderler (örneğin, malın karşı tarafa gönderilmesi için yapılan ambalajlama ve taşıma giderleri). Edimin kabulü için yapılan giderler de buraya girer. Her iki halde de, sözleşme hata sebebiyle iptal edilince, boşuna yapılmış bu gibi giderlerin tazmini gerekir.

— İptal edilen sözleşmenin varlığına güvenilerek üçüncü bir kişi ile yapılan sözleşmenin yerine getirilememesi dolayısıyla ödenmesi gereken tazminatlar veya cezaî şarta 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 kalemi ise, zarar görenin, sözleşmenin varlığına ve geçerliliğine güvenerek başka bir sözleşmeyi yapma fırsatını kaçırmış olmasından dolayı uğradığı zarardır. Burada, çok defa, olumsuz zarar kalemi olarak yoksun kalınan kârın tazmini söz konusu olacaktır. Bunu iki örnekle 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* zararıdır (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.

olumsuz zararın tazminini (800 - 500 = 300) BK. m. 26/I uyarınca talep edebilecektir.

≡ *İkinci Örnek:* Müteahhit (yüklenici) A, iş sahibi B ile yaptığı inşaat sözleşmesinden sonra, C tarafından teklif edilen bir başka kârlı inşaat işini (elindeki personel ve ekipman her iki işi birlikte götürmesine imkân vermediği için) mevcut sözleşmenin geçerliliğine güvenerek reddetmek zorunda kalıyor. Daha sonra, iş sahibi B sözleşmeyi hata sebebiyle iptal ederse, A, *iptal edilen bu sözleşme ifa edilmiş olsaydı elde etmiş olacağı kârı* (sözleşmenin ifa edilmemiş olması dolayısıyla yoksun kalınan kâr) BK. m. 26'ya dayanarak talep edemez. Zira, bu talep bir olumsuz değil olumlu tazminat talebi olurdu. Buna karşı, o, B ile arasındaki sözleşmeye güvenip, *C ile yapmak fırsatını kaçırdığı sözleşmeden doğacak kârı*, olumsuz tazminat olarak istemek hakkına sahiptir[148].

Görülüyor ki, *yoksun kalınan kârın* hiçbir zaman olumsuz tazminat talebine konu olamayacağını sanmak doğru değildir. Hata sebebiyle *iptal edilen sözleşmeden* doğacak kâr, hiç kuşkusuz, ancak anılan sözleşmenin yerine getirilmemesi dolayısıyla uğranılan bir kâr yoksunluğu olarak nitelenebilir ve bir olumlu zarar kalemi oluşturur. Örneğin alıcı, sözleşme ifa edilseydi satılan malı üçüncü bir kişiye daha yüksek fiyattan satıp elde edeceği kârın 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 fırsatının kaçırılması halinde, kurulmamış bulunan diğer sözleşmeden elde edilecek net kâr*, bir kâr yoksunluğu kalemi olarak "kaçırılan fırsatlar" kavramı içinde yer alır ve BK. m. 26 çerçevesinde bir olumsuz tazminat talebine konu olur[149].

Uğranılan olumsuz zarar, sözleşme iptal edilmeseydi onun ifa edilme- 86
mesi dolayısı ile tazmini istenebilecek olumlu zarar miktarını aşıyorsa, bunun da tazmini istenebilir mi? Bir başka deyimle, olumsuz tazminat miktarının olumlu tazminat olarak talep edilebilecek miktarı aşmasına izin veri-

148) Kaçırılan fırsat karşılığı olumsuz tazminat talep edebilmek için, mutlaka somut bir teklifin reddedilmiş olduğunu ispat mecburiyeti olmayıp, alacaklının piyasadaki durumu, iş kapasitesi, piyasa şartları vs. gibi unsurlar değerlendirilip, onun benzer bir sözleşme yapma imkânına sahip olduğu yolunda bir kanaate ulaşılabiliyorsa, bu kadarı yeterli sayılabilir. Burada, hâkimin, BK. m. 42/II çerçevesinde takdir yetkisini kullanacağı bir farazî zarar söz konusudur (**Buz**, not 144'de age, s. 252 vd.).

149) Kurulmamış başka bir sözleşmeye ilişkin kaçırılan fırsat olarak yoksun kalınan kârın bir olumsuz tazminat talebine konu olabileceği hakkında bkz. **Gauch/Schluep/Rey**, N. 2731, 3128; **Eren**, s. 1080, **Stanislas**, Le droit de résolution dans le contrat de vente, Genève, 1979, s. 48 vd.; **Lüchinger**, not 144a'da age, N. 294 vd.; 301 vd.; **Huguenin**, OR, N. 613 ve Federal Mahkeme'nin 22.3.1974 tarihli kararı (Sem. Jud. 1975, s. 6) - Bu ilkelerin diğer olumsuz tazminat hallerinde, özellikle BK. m. 108/II'ye dayalı taleplerde 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 kaçınsaydı 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 aşamayacaktır[151].

— İsviçre öğretisindeki çoğunluk tarafından benimsendiği görülen ikinci görüş şu noktadan hareket ediyor: Olumlu ve olumsuz tazminat kavramları, *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 değildir[152]. Esasen, kanunumuzda, BK. m. 8/II, c. 1 hükmü dışında böyle bir sınırlamaya rastlanmamaktadır[153]. 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, hâkime, olaydaki bütün hal ve şartları dikkate alarak tazminat miktarını belli etme hususunda bir takdir yetkisi veren BK. m. 43 hükmüdür. Hâkim, bu hüküm çerçevesinde, gereğinde (olumlu tazminat miktarından yüksek olan) olumsuz tazminat taleplerini olumlu tazminat miktarına, hatta bunun altına çekmek imkânına sahiptir[154].

— Üçüncü bir görüşe göre, bir ayrım 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 aşamaması kabul edilmiştir (Bunlardan, § 122'de öngörülen hal hata sebebiyle sözleşmenin iptali ile ilgilidir). Bunun dışında kalan hallerde de böyle bir sınırlamanın yapılabilip 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 responsabilité précontractuelle en droit privé suisse, Berne 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. Krş. **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 kâr yoksunluğuna *(lucrum cessans)* dayalı olumsuz tazminat taleplerinde, olumsuz tazminat isteminin ifa çıkarlarını aşmaması, yani olumlu tazminat olarak istenebilecek miktar ile sınırlı olması gerekir.

≡ Buna karşı, sözleşmenin geçerliliğine güvenilmiş olmasından ötürü uğranılan fiilî (efektif) zararlar *(damnum emergens)*, örneğin borcun ifası veya ifanın kabulü için yapılan giderler veya sözleşmenin geçerliliğine güvenerek diğer tarafa karşı yerine getirilmiş edim dolayısıyla uğranılan zararlar açısından böyle bir sınırlama söz konusu olmamalıdır[155].

İsviçre Hukukunda *Koller*, birinci görüşe uygun biçimde, olumsuz tazminat miktarının mutlak biçimde olumlu tazminat miktarı ile sınırlandırılmasının 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 çıkarı ihlâl 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 zararı sıfır olan A'nın, B'den, BK. m. 26'ya dayanarak hiçbir olumsuz tazminat talebinde bulunamayacağını kabul etmek mümkün değildir[156]. Derhal belirtelim ki, bu eleştiri, üçüncü görüşün getirdiği çözüm için geçerli değildir. Zira, sözleşmenin geçerliliğine güvenerek bir ahır kiralanması sonucu uğranılan zarar, bir kâr yoksunluğu kalemi oluşturmayıp fiilî (efektif) zararlar kalemi içerisinde yer aldığından, bunun olumlu zarar sınırlamasına tâbi olmaksızın tazmini icap edecektir[157].

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 görüşe göre de, hâkim olumsuz tazminat olarak ifa çıkarlarını (yani sözleşme geçerli olup ifa edilseydi elde edilecek olan kârı) aşan bir miktarın kâr 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. Kâr yoksunluğu dışında kalan olumsuz tazminat talepleri ise, yine BK. m. 43 açısından, ifa çıkarları ile bağlantılı görülmeyecektir. Meseleyi tamamen BK. m. 43'e terk eden ikinci görüşün avantajı ve üstünlüğü, bir yandan esnekliği, diğer yandan da sözleşmenin geçerliliğine güvenilmiş olması ihtimali dışında kalan olumsuz tazminat hallerinde de bir çözüm getirebilmesidir. 87

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 çıkarlarının sıfır olduğu, eşdeyişle alacaklının sözleşme ifa edilseydi herhangi bir kazanç elde etmeyecek olduğu bir durumda da, alacaklı sözleşmenin geçerliliğine güvenerek yaptığı gider ve harcamalarla yerine getirdiği edimi isteyebilir."

Açıktır ki, borçlu temerrüdü halinde, BK. m. 106/II'nin verdiği seçimlik hakkını, "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 kâr kalemi açısından dahi) mutlaka ve her zaman olumlu tazminat miktarı ile sınırlı olması gerektiğini kabul etmek kolay olmadığı gibi uygun da değildir[158]. 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 esasından (uygulamada, her zaman olmasa bile, çok defa durum böyledir) hareket eden Borçlar Kanunu (m. 26/II), sadece olumsuz zararın tazmininin istenebilmesi ilkesine bir *istisna* tanıyor ve hakkaniyet gerektiriyorsa, hâkimin "daha fazla tazminata" hükmetmesine izin veriyor. Burada sözü edilen "daha fazla tazminat"tan maksat, hâkim olan görüşe göre, "olumlu tazminat" miktarına ulaşabilen bir tazminattan ibarettir[159]. 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 oluşturur[160].

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 kısmen olumlu kısmen olumsuz zararları göz önünde tutarak hesaplamak mümkün değildir. Hükmün maksadı, hakkaniyet gerektirdiği vakit, hâkime olumsuz tazminat *yerine*, daha yüksek miktardaki olumlu tazminata hükmetmek imkânını tanımaktan ibarettir[161]. Hiç kuşkusuz, hâkim, takdir 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 öğretide 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/I, c. 2)

Karşı taraf, sözleşme kurulurken yanılanın hataya düştüğünü bildiği ve- 90
ya bilmesi gerektiği zaman tazminat talebine yer yoktur.

Bu hükmün uygulama alanını iki ihtimale göre ayrı ayrı ele almak icap eder:

— *Beyan hatalarında*, BK. m. 26/I, c. 2 uygulanamaz. Zira, karşı taraf, yanılanın beyan hatasına düştüğünün farkına varmışsa veya varabilecek durumdaysa, mesele güven ilkesinin ışığında bir hata meselesi olmaktan çıkar ve sözleşmenin kurulup kurulmadığı, kurulmuşsa hangi içerik üzerinden kurulduğu meselesine (BK. m. 1) dönüşür. Bu gibi durumlarda BK. m. 23 vd. da düzenlenen hata hükümleri (bu arada BK. m. 26) tamamen saf dışı kalır[161a].

— *Temel hatasında* (BK. m. 24/I, 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 kurulmasına engel sayılmamış ve aldatılana sadece kurulmuş sözleşmeyi iptal etme hakkı tanınmıştır[162]. O halde, *tazminat talebini tamamen bertaraf eden BK. m. 26/I, c. 2 hükmü, yalnız temel hatalarında uygulanabilecek bir hükümdür*[163].

Acaba, BK. m. 26/I, c. 2'nin şartları gerçekleştiği vakit, yerine göre, 91
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, hâkim BK. m. 44'ü uygulayabilmelidir[164].

Yukarıda söylenenler, hep karşı tarafça, *sözleşmenin kurulması aşama* 92

161a) Bkz. yukarıda N. 3.

162) Özellikle bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, not 1'de age, s. 130, not 263 ve yukarıda N. 5.

163) **Kramer**, Art. 1, N. 149; **Schwenzer**, Basler Kom., Art. 26, N. 4-5; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 851; **Koller**, I, N. 1161; **Kocayusufpaşaoğlu**, not 1'de age, s. 130 ve not 263, 264; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 93. -Krş. **Eren**, s. 356-357.

164) **Bucher**, AT, s. 218; **Schwenzer**, 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). Krş. BGE 113.II.31 ve **Schmidlin**, Art. 26, N. 31.

sında hatanın farkına varılması ihtimali ile ilgilidir. Oysa, karşı taraf, hatayı sözleşmenin kurulmasından *sonra* öğrenmiş veya bilebilecek duruma gelmiş olabilir. Bu halde, ondan, dürüstlük kuralı gereği yanılanı hataya düştüğü 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, hâkimin BK. m. 44'e dayanarak yapacağı indirime katlanmak zorundadır[165].

d. BK. m. 26'dan Doğan Sorumluluğun Hukukî Niteliği

93 Hâkim olan görüşe göre, burada kanun tarafından açıkça öngörülüp düzenlenen bir *culpa in contrahendo* sorumluluğu söz konusudur[166]. Federal Mahkeme ise, bir kararında, şartları kanunda bağımsız biçimde düzenlenmiş kendine özgü bir sorumluluktan söz açmaktadır[167].

94 BK. m. 26'dan doğan sorumluluğun hukuka uygun bir eyleme mi dayandığı (buna göre, sorumluluk ön plânda, kanun tarafından tanınan iptal hakkının kullanılmasından doğmaktadır), yoksa burada hukuka aykırı eyleme dayalı bir sorumluluğun mu söz konusu olduğu (bu düşünce açısından, sorumluluk, esas itibarıyla sözleşme kurulurken gerekli özenin kusurlu olarak gösterilmemiş olmasının sonucudur) tartışmalıdır[168]. Hiç kuşkusuz, birinci görüşü kabul edenler açısından, BK. m. 26'daki "kusur" sözcüğü, gerçek ve teknik anlamda bir kusur olarak görülemeyecektir. Bize, ikinci görüş daha isabetli gözükmektedir. Gerçekten, burada sorumluluğun gerçek kaynağı iptal hakkının kullanılması olmayıp (her iptal beyanı tazminata yol açmamaktadır), kusurlu olarak hata edildiği halde sözleşmenin iptal edilmesi, yani iptal beyanının temelinde ihmalli bir davranışın yatmasıdır.

§ 37. Hile

I. Hile Kavramı ve çeşitleri

1. Hile Kavramı

a. Genel Olarak

1 Hile halinde, bir kimse, diğerini bir sözleşme yapmaya sevketmek için, sözleri veya davranışları ile kasten onda yanlış bir kanaat uyandırmakta veya esasen mevcut yanlış bir kanaati güçlendirerek onun devamını sağlamaktadır. 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) **Schwenzer**, Basler Komm., Art. 26, N. 1; **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 konusudur. Hile sonucu düşülen hata esaslı ise, aldatılan hile hükümlerinden (BK. m. 28) yararlanabileceği gibi, hata hükümlerine de (BK. m. 23 vd.) 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 gerçekleşebilmesi için, genellikle şu iki unsurun birlikte bulunması aranmaktadır[1]: 2

a) Ortada bir aldatıcı davranış (hile eylemi) bulunmalıdır;

b) Söz konusu hile eylemine bağlı olarak (şu halde hile eylemi ile hile sonucu arasında bir illiyet bağının bulunması şarttır), karşı taraf yanılmış ve hile 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, hâkim olan görüşe göre, ya aktif bir davranış ya da tamamen pasif bir davranış (susma) biçiminde gerçekleşebilir. 3

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 maddî eylemler ika ederek (örneğin satılan otomobildeki paslanmış bölümler veya çarpma izleri boya sürülerek kamufle ediliyor) gerçekleştirilir[2]. 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[3]. 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; **Schwenzer**, 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 fiilî 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 (ihtimalî) veya dolaylı kast" *(dolus eventualis)* dahi yeterlidir. Bu son ihtimalde, bir kimse, karşı tarafı aldatma niyeti ile hareket etmediği halde, onun bu hareket tarzı sonucu hataya düşebileceğini görmekte, fakat "ne yapalım, aldanırsa aldansın" deyip içinden bu sonuca razı olmaktadır[4].

5 Bir kimse "ihmali"ile karşı tarafın yanılmasına sebep olursa, hile hükümleri uygulanamaz. Bu ihtimalde, yanılan, hatası "esaslı" ise hata hükümlerine dayanıp sözleşmeyi iptal edebileceği gibi, bunun dışında, ihmali ile kendisini yanıltan taraftan "culpa in contrahendo" ilkesine göre tazminat isteyebilir[5].

6 Şu noktayı önemle ekleyelim ki, karşı taraf, ayrıca aydınlatılmaya muhtaç bulunmaksızın gerçek durumu öğrenebilecek durumdaysa, ona bu konuda bilgi verilmemiş olması hile sayılmaz[6]. 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 olur[7]. Şu halde, ancak olayın özelliklerine göre, dürüstlük kuralı (güven ilkesi) gerektirdiği halde uyarıda bulunmamak bir hile oluşturur[8].

7 Hile eyleminin hukuka aykırı olması da gerekir. Kanun koyucu, bu şartın her zaman gerçekleşeceğini düşünerek, bunu BK. m. 28'de ayrıca anmamıştır[9]. Oysa, şimdi göreceğimiz gibi, *bazan bir hile eylemi bulunduğu halde, hukuka aykırılık şartı gerçekleşmediği için hile sebebiyle iptal hakkı kullanılamaz.* 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 sayılmayan, örneğin "Hâmile misiniz?", "Yakın bir gelecekte evlenecek misiniz?", "Dinî vecibelerinizi düzenli bir biçimde yerine getiriyor musunuz?", "Hangi siyasî partiye üyesiniz veya hangi partiyi destekliyorsunuz?" kabilinden sorular sorması halidir. Bu gibi sorulara bir sınır çizen hüküm, Medenî Kanunun kişilik hakla-

---

4) **Engel**, s. 352; **Eren**, s. 360; **Schwenzer**, Basler Komm., Art. 28, N. 11; **Koller**, I, 2.A., § 14, N. 162; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 95. Ayrıca bkz. **Klausberger**, Die Willensmängel im schweizerischen Vertragsrecht, Zürich 1989, s. 34-35.

5) **Schwenzer**, 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) **Schwenzer**, N. 38.09.

nını koruyan 24. maddesi hükmüdür. İstisnaî 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 sayılmaz[10].

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. 8

bbb. Reklam yolu ile hile yapılabilir mi?[11]

Bu sorunun cevabını verirken aşağıdaki noktaları dikkate almak gerekir: 9

— Bir defa, ilke olarak, hilenin rol oynadığı aşama ile reklamın rol oynadığı ve etkili olduğu aşama farklıdır. Hile, sözleşmenin kurulması aşamasında, sözleşme görüşmeleri sırasında etkisini gösterir. Buna karşı, reklam bundan önce yer alan bir aşama ile ilgilidir. Reklam yapıldığı sırada henüz *somut bir sözleşmeye ilişkin* 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 özendirmektir[12].

---

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 nihaî kişilere yönelik olarak yapılan "tüketici reklâmı", ya da dağıtım kanalında yer alan kuruluşlara, yani dağıtımcı ve toptancılara yönelik olarak gerçekleştirilen "aracı reklamı" olarak karşımıza çıkar (**Kocabaş/Elden**, Reklamcılık-Kavramlar, Kararlar, Kurumlar, İletişim Yayınları, İstanbul 1997, s. 25-26). Biz, metinde yaptığımız açıklamalarda, esas itibarıyla birinci grup reklamları (tüketici reklamlarını) 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 bulunduğunu 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 çevirmez, sadece reklama bir de umuma yapılmış bir icabın "eklendiğini" gösterir. Kaldı ki, reklam çok defa üretici veya dağıtımcı (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 gereğidir[13]. 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[14].

— Buna karşı, bazı hallerde, bilerek ve isteyerek tüketicileri aldatacak nitelikte yanlış veya yalan reklam yapmak yoluna gidilmişse durum değişir. Bu ihtimalde, reklamın *etkisi*, sözleşmenin kurulması aşamasına bulaşabilecek bir yoğunluğa ulaşır ve hile sebebiyle iptal gündeme gelebilir. Örneğin, reklamı yapılan malda bulunduğu öne sürülen ve tüketiciyi o malı almaya sevk edecek nitelikler gerçekte mevcut değilse, (üreticinin veya genel dağıtımcının reklam veren konumunda olduğu durumlarda, BK. m. 28/II uyarınca satıcı da gerçek durumu bildiği veya bilebilecek durumda olduğu zaman) bu sonuç gerçekleşir[15,15a].

---

dan 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 hâkim 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 hile 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 sayılmaları 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 genel dağıtımcı tarafından yapılmakta, buna karşı sözleşme bu reklama aldanan tüketici ile satıcı (bayi) arasında gerçekleşmektedir. İlke olarak, reklam veren üretici veya genel dağıtımcı, sözleşmenin taraflarına nazaran üçüncü kişi durumundadır ve aşağıda görüleceği gibi, hilenin üçüncü kişi tarafından yapılmış olması halinde, BK. m. 28/II, 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 sayılamaz[16]. Bizce, reklam veren üretici veya genel dağıtımcı ile satıcı aynı şirketler grubuna dahil bulunuyorsa, reklam vereni satıcıya karşı yine üçüncü kişi saymamak gerekir[17]. Bu gibi durumlarda, bunun tersini ileri sürmek dürüstlük kuralıyla (MK. m. 2/I) bağdaşmaz.

Başta Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (m. 16-17) olmak üzere, mevzuatımızda tüketicileri dürüstlükten uzaklaşan ve aldatıcı bir nitelik taşıyan reklamlara karşı korumak üzere sevk edilmiş çeşitli hükümler vardır[18]. TKHK. m. 17 hükmü, ticarî reklam ve ilânlarda 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 imkânları, 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 tarafça bilinseydi sözleşmenin yapılmasını engelleyecek bazı olguları açıklamaktan kaçınmakta, pasif kalmakta, bir başka deyimle bu konuda susmaktadır. Görüldüğü gibi, *karşı taraf* aktif bir davranışla hile yapılması ihtimalinde olduğu gibi, *hile yapanın davranışı sonucu hataya düşmüş olmayıp kendi kendine yanılmış, bir başka deyimle kendi hatasının kurbanı olmuştur*. Ne var ki, *hile yapan, onun bu konudaki yanılgısının*

16) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 866. -Alman Hukukundaki durum için bkz. **Medicus**, AT, N. 812a.

17) Alman Hukukunda, hile sebebiyle iptal imkânını genişletmek amacı ile, üçüncü kişi kavramını dar tutma eğiliminin hâkim olduğu, bu konuda menfaatler durumu gözönünde tutulmak suretiyle ve hakkaniyet düşüncesine göre, davranışları karşı tarafa isnat edilebilecek kişilerin üçüncü kişi sayılamayacağı hakkında bkz. **Medicus**, AT, N. 801.

18) Genel olarak reklam kavramı, çeşitleri ve Türk Hukukunda reklamlara ilişkin tüm 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 durumdan 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 yanılması aldatanın aktif bir eylemi sonucu gerçekleşmiş değildir. O, kendi kendine hataya düşmüştür. Hile, bu durumu bilen aldatanın bir açıklama yapması gerektiği halde susması sonucu gerçekleşmektedir[20].

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 sayılabilir?

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 ediyorlar[21]. Bir kanun hükmünün veya taraflar arasındaki sözleşmenin açıklama yükümlülüğünü öngörmesi sık sık rastlanan olgulardan olmadığına göre[22], 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/Schluep/Schmid**, N. 862; **Bucher**, AT, s. 220; **Engel**, s. 352-353.

22) Kanun hükmüne dayalı açıklama yükümlülüğüne örnek olarak, MK. m. 646/III, 649/II hükümleri; sözleşmeye dayalı açıklama yükümlülüğüne örnek olarak, vekâlet sözleşmesinde, vekilin BK. m. 392/I'de yer alan vekâlet 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 kanunda veya sözleşmede öngörülmüş 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[23]:

— Örneğin satış gibi, her iki tarafın kendi çıkarını koruduğu sözleşmelere nazaran, taraflar arasında çok daha *yoğun bir güven ilişkisine* yol açan vekâlet, 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 varmışsa, onu (gerçeği bilseydi hiçbir şekilde yapmayacağı bu sözleşme ile ilgili olarak) uyarmak zorundadır. Bunun gibi, kendi (kastî 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 teknik inceliklerin açıklanması gerekecek[24], 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 unsuru gerçekleşmediği için) hile sayılamayacağı durumlarda, susma'nın da hile sebebiyle iptale yol açması mümkün değildir[25]. 14

c. İkinci Unsur: Hilenin Sonuç Doğurması

Bir taraf ne kadar aldatıcı davranışlarda bulunmuş olursa olsun, BK. m. 28 anlamında bir hilenin gerçekleşmiş sayılabilmesi için, hileli eylemlerin 15

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, II, 4, s. 322.

24) Federal Mahkeme'ye göre, teknik bilgiyi gerektiren ve uzmanlık isteyen konularda, uzmanların veya konuyu düzenleyen resmî mercilerin anlayışları değil, makul düşünceli ve dürüst bir kişinin güven ilkesi çerçevesinde buna nasıl bir anlam vermiş 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.II.434-435).

25) Bkz. yukarıda N. 7.

sonuç vermiş, yani karşı tarafın yanılıp aldanarak, gerçeği bilseydi hiç yapmayacağı veya bu şekilde yapmayacağı bir sözleşmeyi kurmuş olması gerekir. Bütün aldatıcı davranışlara rağmen, bunlar sonuç vermemiş, yani karşı taraf aldanmamışsa, BK. m. 28 anlamında bir hileden söz edilemez[26].

16 Hile sonucu karşı tarafın içine düştüğü hata bir saik hatası olabileceği gibi, bir beyan hatası da olabilir. Borçlar Kanunu'nun hileye ilişkin hükümlerinin uygulama alanını belirlemek açısından bu iki ihtimali ayrı ayrı ele almak yerinde olur:

— Hile sonucu iradesi bozukluğa uğrayan taraf, bir *beyan hatasına düşmüşse, hileye ilişkin Borçlar Kanunu hükümleri (BK. m. 28, 31) uygulanmaz*. Bu durumda, aşağıdaki örneklerden de anlaşılacağı gibi, uygulanacak hüküm sözleşmenin kurulmasına ilişkin BK. m. 1 hükmüdür[27]. 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 kendi lehine bir borç ikrarı belgesini imzalatıyor. S, A'nın iradesinin borç ikrarında bulunmaya yönelik olmadığını hiç kuşkuya yer bırakmayacak tarzda bildiğine göre, güven ilkesinin ışığında sözü geçen beyanı bu şekilde anladığını ileri süremez. A da, önüne konulan yazıyı imzalarken, karşı tarafça çok iyi bilinebilir biçimde hukuken bağlanıp borç altına girme iradesine sahip bulunmadığına göre, ortada kurulmuş bir sözleşme yoktur.

= 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 suretiyle 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'nın 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.I.331.

27) **Kocayusufpaşaoğlu**, Güven nazariyesi karşısında borç sözleşmelerinde hata kavramı, İstanbul 1968, s. 130, not 263; **Cuénod**, Délimitatiton 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, Genève 1953, s. 241; **Engel**, s. 350; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 93, not 202; **Klausberger**, Die Willensmängel im schweizerischen Vertragsrecht, Zürich 1989, s. 146 ve not 649. Ayrıca bkz. yukarıda § 13, N. 5 vd.

hükümlerine (BK. m. 28, 31) dayanıp iptal beyanında bulunmak gerekmeksizin, mesele BK. m. 1 çerçevesinde çözüme bağlanmaktadır.

— Hile sonucu, aldatılan bir *saik hatasına* düşmüşse, uygulanacak hü- 17
kümler, BK. m. 28, 31'de yer alan hile hükümleridir. Sözü edilen saik hatası, âdi 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 imkânını verecek biçimde) esaslı olması, işte sadece bu son ihtimalde (yani hilenin bir temel hatasına yol açması halinde) gerçekleşir[27a]. Ne var ki, bunu önemle tekrar ediyoruz, *hile sonucu sadece âdi bir saik hatasının kurbanı olan taraf dahi, hile sebebiyle sözleşmeyi iptal etme hakkına sahiptir.* Yalnız, hile sebebiyle âdi 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 Ayrımları

a) Aslî Hile-Fer'î (Yan) Hile

Aslî hile (dolus causam dans) halinde, aldatılan, hile sonucu aldatılma- 18
saydı hiç yapmayacağı bir sözleşmeyi yapmaktadır. Örneğin, aldatıldığı için sahte bir Picasso tablosunu alan alıcı, hile olmasaydı o tabloyu satın almayacaktı.

Fer'î (yan) hile (dolus incidens) halinde ise, aldatılan, yanıltılmasaydı o sözleşmeyi kendisi için daha elverişli şartlarda yine yapacaktı. Örneğin, değeri 100 olan ve nasıl olsa alınmak istenen hisse senetleri, hile ile 150'ye satılmışsa durum böyledir.

Borçlar Kanunumuzun sisteminde, sonuçları bakımından, aslî hile ile fer'î hile arasında bir fark gözetilmemiştir.

Oysa, bazı hukuk sistemlerinde (örneğin İtalyan Hukukunda) hile sebebiyle iptal hakkı sadece aslî hile için tanınır, fer'i (yan) hile halinde ise, aldatılanın bir tazminat talebi ile yetinmesi öngörülür[28].

27a) Yukarıdaki açıklamalarımızdan 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, hile sonucu düşülen hatanın 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

19 Hile, sözleşmenin karşı tarafınca yapılmışsa karşı tarafın hilesinden; üçüncü bir kişi tarafından yapılmışsa üçüncü kişinin hilesinden söz edilir. Hile karşı tarafça yapılmışsa mesele yoktur. Üçüncü kişinin hilesinde ise, kanun şu özel düzenlemeyi kabul etmiştir (BK. m. 28/II):

— İlke olarak, üçüncü kişinin aldatması sonucu gerçekleşen sözleşme geçerlidir. Aldatılan, bu durumda, hile sebebiyle sözleşmeyi iptal edemeyecek ve sadece aldatan üçüncü kişiye karşı bir tazminat talebine sahip olacaktır.

Bu ihtimalde dahi, aldanan hile yüzünden esaslı bir hataya düşmüşse, onun bu defa hata hükümlerine dayanarak iptal hakkı saklıdır.

— İstisna olarak, üçüncü kişinin hilesi, karşı tarafça biliniyor veya bilinmesi gerekiyorsa, aldatılan (tıpkı karşı tarafın hilesinde olduğu gibi) sözleşmeyi iptal edebilir.

20 Öğretide bazı yazarlara göre[29], karşı taraf üçüncü kişinin hilesini biliyorsa, o, susarak bizzat hile yapmış sayılır, yani BK. m. 28/I 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 hal ve şartlar gerektirdiği vakit, bir başka deyimle, olayın özelliklerine göre susma'nın hile sayıldığı ihtimallerde bizzat hile yapmış olarak görülebilir[30]. BK. m. 28/II'nin pratik yararı esasen kendini bu noktada gösterir: Üçüncü kişinin hilesini bildiği halde susan diğer taraf, susma'nın genel kurala göre hile sayılmasına yol açan hal ve şartlar ayrıca araştırılmadan, BK. m. 28/II 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/II 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 girmediği konusunda aşağıdaki örnekler yol gösterici olabilir:

— Kefil ile alacaklı arasında imzalanan bir kefalet sözleşmesinde, asıl borçlu, alacaklıyı aldatarak bu sözleşmenin yapılmasını sağlamış ise, o, BK. m. 28/II anlamında üçüncü kişi sayılır.

— Buna karşı, bir temsilci aracılığıyla gerçekleştirilen sözleşmelerde, temsilci üçüncü kişi sayılmaz ve onun hilesi BK. m. 28/I uyarınca iptale yol açar. Aynı esas, sözleşmenin kuruluşunda karşı tarafın yardımcısı olarak hareket eden, örneğin acente, tellâl gibi kişilerin hilesinde de uygulanır[31]. Bunun gibi, tüzel kişilerin organları da, ilke olarak, üçüncü kişi değildir[32].

---

29) Örnek olarak bkz. **Oser/Schönenberger**, Art. 28, N. 17.

30) Bkz. **Koller**, I, 2.A., § 14, N. 172.

31) Bkz. **Bucher**, AT, s. 221-222. -Tellâl (BK. 404) açısından, İsviçre öğretisinde ileri sürülen bir görüşe göre şöyle bir ayrım yapılmalıdır: Tellâl, sadece tarafları bir araya getir-

II. Hilenin Hükümleri

Kanun aldatılana iki hak tanımıştır: O, sözleşmeyi iptal edebileceği gi- 22
bi, aldatandan tazminat da isteyebilir.

1. Hile ile Yapılan İşlemin İptali

a. Genel Olarak

Aldatılan, aldatılarak hataya düşürüldüğünü öğrendiği tarihten itibaren 23
bir yıllık bir hak düşürücü süre içinde, sözleşmeyi (tıpkı hatada olduğu gibi) mahkemeye başvurmak zorunluluğu olmaksızın, bir taraflı irade beyanı ile iptal edebilir (BK. m. 31/I). Geçerliliği açısından hiçbir şekle bağlı olmayan bu beyanın, ispat imkânı 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 doğruya sözleşmenin hile sebebiyle iptaline yönelik bir dava da açabilir. Bu bakımdan da, hata ile hile arasında bir fark yoktur. Bu son halde, dava dilekçesi, aynı zamanda bir maddî 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 gerekmediği tartışmalıdır[33].

İptal beyanında, bir geçerlilik şartı olarak, hangi irade bozukluğuna dayanıldığının 24
(örneğin hile sebebiyle iptal halinde hilenin iptale esas olduğunun) belirtilmesi şart mıdır? Bazı hukukçuların[34], bunu şart koşmalarına rağmen, günümüzde İsviçre öğretisindeki büyük çoğunluk irade bozukluğuna dayalı olarak yapılan iptallerde "hata", "hile", "ikrah" hallerinden hangisine dayanıldığının gösterilmesine gerek bulunmadığı kanısındadır. Sadece iptal beyanından, bunun bir irade bozukluğu dolayısıyla yapıldığı anlaşılmalıdır. Federal Mahkeme de aynı doğrultuda görüş bildirmiştir[35]. Bu anlayışın bir

---

mekle yetinmiş ve bunun dışında sözleşmenin kurulmasına bir katkısı olmamış ise, üçüncü kişi konumundadır. Buna karşı, bununla kalmayıp, taraflardan birinin hizmetine giren ve onun menfaatlerini koruyan bir yardımcı sıfatıyla sözleşmenin kurulmasını hazırlayan tellâl, hizmetinde bulunduğu tarafa nazaran üçüncü kişi sayılamayacaktır (Bu düşüncede: **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/Altop**, s. 455 ve not 4a ile oradaki yollamalar.

34) **Oser/Schönenberger**, Art. 31, N. 16; **v. Tuhr/Peter**, § 39, III, s. 332. Ne var ki, Peter tarafından 1984 yılında çıkarılan 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; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 905; Schwenzer, Basler Komm., Art. 31, N. 9; **Huguenin**, OR, N. 519; BGE 106.II.349. - Türk öğretisinde aynı yönde açıklamalar: **Eren**, s. 374; **Kurşat**, not 9'da agc, s. 83. Bu sonuca varmak için kullanılan en önemli gerekçelerden birisi de, iptal hakkı örneğin 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 bulunmayacaktır. Bunun gibi, bu anlayış çerçevesinde, irade bozukluğu sebebiyle iptal hakkını düzenleyen BK. m. 31 hükmünü anarak yapılan bir iptal beyanında, hata, hile veya ikrahtan hangisinin söz konusu olduğunun açıkça belirtilmesine de gerek yoktur.

25 Buradaki iptal yaptırımının hukukî niteliği, iptal beyanının hukukî sonuçları, özellikle açılacak sebepsiz iktisap davasında zamanaşımının hangi tarihten itibaren işlemeye başlayacağı, bir yıllık hak düşürücü süre ve bu süre geçmeden sözleşmeye icazet verilmesi gibi konularda, yukarıda hata sebebiyle iptali incelerken yaptığımız açıklamalar geçerli olduğundan, oraya yollama yapmakla yetiniyoruz[36].

26 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 tarihlerde öğrenmişse (örneğin satılan mal, ünlü bir sanatçıya ait olmadığı gibi, kullanılan malzeme de satıcının iddia ettiğinden farklıdır), bunlardan her biri için, o konudaki hilenin 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, öğrenme tarihinden başlayarak yeni bir süre harekete geçecektir[36a].

27 Acaba, hile halinde, hilenin öğrenildiği tarihten başlayan bir yıllık hak düşürücü süre yanında, *sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren işleyen* ve *üst süre* niteliğini taşıyan bir başka hak düşürücü süre var mıdır? Borçlar Kanununda böyle bir üst süreye açıkça işaret eden herhangi bir hüküm mevcut değildir. Oysa, Medeni Kanunda, gerek evlenmenin gerekse ölüme bağlı tasarrufların iptalinde (MK. m. 152, 559) hata, hile, ikrah hallerine müşterek olmak üzere, normal altı aylık ve bir yıllık iptal sürelerinin yanında, bir de evlenmede beş yıllık, ölüme bağlı tasarruflarda ise (davalının iyi veya kötüniyetli olmasına göre) on ve yirmi yıllık üst süreler öngörülmüştür. Böyle bir üst süre borç sözleşmeleri için de kabul edildiği takdirde, sözleşmenin yapılmasından itibaren işleyecek üst süre geçtikten sonra hile hangi tarihte öğrenilmiş olursa olsun, hile sebebiyle iptal hakkı düşmüş sayılacaktır.

Problem, borç sözleşmelerinde, hile açısından büyük pratik önem taşımaktadır. Zira, hatada, dürüstlük kuralına ters düşen biçimde hata hükümlerine dayanmayı engelleyen BK. m. 25/I hükmü, yerine göre, sözleşmenin kurulmasından çok uzun süre sonra ileri sürülen hata 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 bildirilmeden de sözleşmenin iptal edilmesi mümkün olmalıdır". Ne var ki, metinde belirtildiği gibi, açık iptal beyanlarında hiç değilse bir irade bozukluğuna dayanıldığı şu veya bu şekilde ifade edilmiş olmalıdır.

36) Bkz. yukarıda § 36, N. 63 vd.

36a) Bkz. **Koller**, I, 2.A., § 14, N. 177.

vam ettiği sürece korkutulanın iptal hakkını kullanması beklenemez. Esasen, bu yüzdendir ki, BK. m. 31, bu halde iptal için öngörülen bir yıllık sürenin ancak korkunun ortadan kalktığı tarihten itibaren işleyeceğini belirtmiştir. Bu düzenleme bir üst süre öngörme ihtiyacına yer bırakmamaktadır[37].

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 hükümlerine) kıyasen on yıllık veya (yürürlükten kalkmış bulunan) eski MK. m. 119, 501'e kıyasen beş yıllık bir üst süre kabul edilerek doldurulmalıdır[38]. (Tekrar hatırlatalım ki, yeni MK. m. 152 evlenmede beş yıllık üst süreyi muhafaza etmiş, yeni MK. m. 559 ise ölüme bağlı tasarruflarda davalının iyiniyetli olup olmamasına göre on ve yirmi yıllık üst süreler öngörmüştür).

— Bizim de katıldığımız hâkim görüş[39], böyle bir üst sürenin varlığını reddetmekte ve meselenin çözümünü, tıpkı BK 25/I hükmü gereği hata halinde olduğu gibi, MK. m. 2/I'de yazılı dürüstlük kuralına terk etmektedir[40]. İsviçre Federal Mahkemesi[41] ve Yargıtay[42] da bir üst sürenin bulunmadığı 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. 910-911; **Schwenzer**, N. 39.16; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 454), **Wiegand** (Bemerkungen zum Picasso-Entscheid, recht 1989, s. 108), beş yıla üstünlük tanımaktadır (Krş. **Acemoğlu**, İrade bozuklukları yüzünden sözleşme ile bağlı kalmak istemediğini bildirme bir üst süre ile sınırlandırılmış mıdır? İÜHFM, cilt XXX, sayı 1-4'ten ayrı bası, İstanbul 1965, s. 3 ve 6). -Türk öğretisinde, BK. m. 125 hükmünden hareket ederek on yıllık üst süre görüşünü benimseyen **Kılıçoğlu**'nun (7. bası, s. 137), bu görüşü hâkim görüş olarak sunmasına katılmak imkânını göremiyoruz. (Ayrıca 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 azamî bir müddetle tahdit edilmiş midir? İBD, cilt XXVII, sayı 4, nisan 1953 nüshasından ayrı 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 31. maddesindeki bir yıllık müddet hileyi öğrenme tarihinden başlarsa da, öğrenme daha sonra da olsa satış tarihinden itibaren on yılın geçmesinden sonra şeyin geri istenemeyeceği" sonucuna varırken (**Karahasan**, TBH, GH, cilt I, 1992, s. 313), iptal hakkının tâbi olduğu süre ile, iptalden sonra verilenin geri alınması için açılacak davanın yerine göre tâbi olabileceği süreyi birbirine karıştırmış bulunuyordu.

29 Hile sonucu yaptığı *sözleşmeyi, o tarihte aldatıldığını bilmediği için, süresi içinde hataya dayanarak iptal eden kişi, sonradan aldatıldığını öğrenirse bu defa hileye dayanarak yeni bir iptal beyanında bulunabilir mi?* Hâkim olan görüşle birlikte, bu soruya olumlu cevap vermek ve böyle bir iptal hakkını tanımak gerekir[43]. 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 imkânını kazanmaktadır. Görüldüğü gibi, iptal edilmiş bir işlemi bu defa bir başka iptal sebebine dayanarak yeniden iptal etmekte, verilen örnekte olduğu gibi, büyük hukukî 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, iptal edenin en ziyade yararına olan hukukî sonuçlara üstünlük tanınacaktır[44].

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 yatmaktadır[45]. Bu yazı, hukukçuların dikkatini, fiziksel âlem ile (orada ölen bir kişinin bir daha öldürülmesi söz konusu olamaz), hukukî sonuçların tartılıp değerlendirildiği normatif hukuk dünyasını birbirine karıştırmamak gereği üzerine çekmeyi başarmıştır[46]. 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 hakkına ve bunun tâbi olduğu hak düşürücü süreye uygulanamayacağı hakında ayrıca bkz. Federal Mahkemenin yukarıda not 41'de anılan kararı; Yarg. 1. HD., 22.4.1982, E. 4158, K. 5151; 19.1.1984, E. 434, K. 112, **Karahasan**, TBH, GH, cilt I, 2003, s. 360; **Oğuzman**, not 39'da age, s. 9 vd.

43) **Schmidlin**, Art. 23-24, N. 177; **Koller**, I, N. 1274, 1337; **Larenz**, AT, s. 406; **Flume**, § 31, 6, s. 566-567; § 30, 1, 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 (Berlin 1911) çıkmıştır. Yazarın kullandığı "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. II/Teil B, s. B 12 vd.; **Enneccerus/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 malûl sözleşmelerde fesih beyanı ve bunun süresi,

kat ilerde "hukukî işlemlerde hükümsüzlük" bahsinde göreceğimiz gibi hukuk âleminden 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 hukukî durumu, ikinci iptal sayesinde lehe çevirmek, hiç kuşkusuz hukukî himayeye lâyık bir davranıştır.

b. BK. m. 25/II Hile Halinde Uygulanabilir mi?

Anılan hükme göre, yanılanın hata sebebiyle sözleşmeyi iptal etmesinden sonra, diğer taraf, onun gerçekte kurmayı istediği sözleşmeyi kabul ettiğini derhal bildirirse, taraflar arasında yanılanın gerçek iradesine uygun bir sözleşme ilişkisi kurulmuş sayılır[47]. Bu hükmün, kıyas (örnekseme) yolu ile, hile halinde de uygulama alanı bulabilip bulamayacağı tartışmalıdır. 31

— Bir görüşe göre, BK. m. 25/II, özellikle, fer'î (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 kazanacaktır[48].

— Bizim de katıldığımız ikinci görüş, bu imkânı hile halinde reddediyor[49]. Gerçekten, böyle bir imkânın tanınması hile yapan kişilere bir çeşit açık kart vermek anlamını taşır. Zira, bu çözüm çerçevesinde, B ile sözleşme yapan A şöyle düşünecektir: "B'yi aldatıp 100'lük malını elinden 70'e alırsam bu işten çok kârlı çıkarım. B, hilenin farkına varıp sözleşmeyi iptal ederse, nasıl olsa bu defa da BK. m. 25/II'den yararlanıp 100 üzerinden ödeme yapmayı kabul eder ve durumu yine kurtarırım. Şu halde, işe hile yaparak başlamamda benim açımdan sakınca değil, tam tersine yarar vardır." Diğer taraftan, olayda, B'nin iptal hakkını kullandığı sırada malın değeri 120'ye fırlamışsa, BK. m. 25/II hükmü sayesinde A, 70'i 100'e tamamlayıp 120'lik malı muhafaza etmek imkânına kavuşur ki, bu, aldatan lehine büsbütün haksız bir sonuç olur.

EÜHFD, yıl 1, 1980, no. 1-4'den ayrı baskı, s. 43) ve **Akyol** (s. 294) tarafından benimsenmiştir. (**Çağa**'nın, irade bozuklukları ve gabin hallerinde söz konusu olan iptal beyanını "fesih beyanı" diye adlandırması açık bir yanılgıdır).

47) Bkz. yukarıda §. 36, N. 80.

48) **v. Tuhr/Peter**, § 38, II, 5, s. 323; **Spiro**, Können übermässige 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 Schweiz, 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 katılmıyor (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 uygulanamayacağı 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 ayrımları 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 değerlendirilebileceğinden[50], 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. 28/II, 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 yoktur[51].

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 fikrince çıkarılan sonuç şudur: Hile sonucu sözleşmeyi yapan aldatılan, bir yıllık iptal süresini kaçırsa bile, sözleşmeden doğan borcunu henüz ifa etmemişse, BK. m. 60/III'ün tanıdığı *sürekli defi hakkından* yararlanabilecek ve sözleşmenin bir yıllık hak düşürücü sürenin geçirilmesi sonucu geçerlilik kazanmış olmasına rağmen, hileyi defi yolu ile ileri sürüp ifadan kaçınabilecektir. Ne var ki, BK. m. 60/III, sadece bir yıllık hak 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 edilmeyecektir[52].

---

50) Bkz. yukarıda N. 20.

51) Ayrıca krş. **Koller**, I, 2.A., § 14, N. 180.

52) Bkz. **Engel**, s. 356; **v. Tuhr/Peter**, § 39, not 56, s. 342. **-v. Tuhr**'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 defi hakkını kullanan aldatılan, daha önce karşı taraftan aldıklarını (onun bu şekilde ifayı kabul etmesinin, henüz hileyi öğrenmediği aşamada gerçekleşmiş olması dolayısıyla sözleşmeye icazet anlamını taşımadığı farz ediliyor), MK. m. 2/I'de yazılı dürüstlük kuralı gereği, diğer tarafa iade etmek zorundadır[53]. 34

2. Tazminat Talebi

a. Sözleşmenin iptaline ek olarak tazminat istenmesi

Hile sebebiyle sözleşmeyi süresi içinde iptal eden aldatılan, ayrıca iptal beyanı ile karşılanamayan olumsuz zararının tazminini aldatandan isteyebilir. 35

— 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 dayanabilir[54] ve bu son halde kıyas yolu ile sözleşmeye aykırılık (BK. m. 96 vd.) hükümleri uygulanır[55]. Davacı davasını haksız fiil esasına dayandırmış olsa bile, HUMK. m. 76 uyarınca dava dilekçesinde yer alan vakıalara uygulanacak hukuk kurallarını taleple bağlı olmayıp re'sen araştıracak olan hâkim, ister istemez davacı 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 olmakla birlikte, hata ile ilgili BK. m. 26/II hükmüne kıyasen, hakkaniyet gerektiriyorsa, hâkim bunu aşan bir tazminata hükmedebilmelidir[56]. Gerçekten, yanılanı, tamamen kendi riziko alanında meydana gelen hatasından ötürü daha ağır bir sorumluluk altına 36

---

tına sokar. Üstelik Alman Hukuku, iptal hakkı yanında, bu şekilde meydana gelen alacağın ortadan kaldırılmasına yönelik (aynen tazmin tarzında) bir tazminat hakkını aldanan veya korkutulana tanımaktadır. İşte bunun sonucu olarak, iptal hakkı düşse bile, sözü geçen tazminat alacağının (zamanaşımına uğramış olmasına rağmen) bir defi olarak ileri sürülmesine imkân tanınmıştır. Oysa İsviçre-Türk Hukuklarında, aldanan 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, defi olarak öne sürülebilmesinden söz açmak mümkün bulunmamaktadır.

53) **v. Tuhr/Peter**, § 39, VI, s. 342; **Schwenzer**, Basler Komm., Art. 31, N. 21, BGE 84.II.625; 106.II.349.

54) **Koller**, I, N. 1217; **Bucher**, AT, s. 222; **Eren**, s. 362; **Schwenzer**, Basler Komm., Art. 31, N. 23.

55) Bkz. yukarıda § 2, N. 8 vd.

56) Bu düşüncede: **Merz**, Vertrag, N. 140; **Schwenzer**, Basler Komm., Art. 31, N. 23; **Becker**, Art. 31, N. 17; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 870.

sokabilen bir hukuk sisteminde, aynı esas, aldatan için *a fortiori* (öncelikle, evleviyetle) uygulanabilir[57].

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 veya örtülü biçimde icazet verir yahut hileyi öğrendiği halde bir yıllık hak düşürücü süreyi susarak geçirir, bunun sonucu olarak da sözleşme geçerlilik kazanırsa, aldatandan tazminat istemek hakkını muhafaza eder mi? Bu soruyu cevaplandırırken şöyle düşünmek 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. Hâkim 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 düşer[58].

— İstisna olarak, aldatılan, *sözleşmeyi iptal etmesi halinde kendisi aleyhine doğabilecek çok daha sakıncalı sonuçları önlemek için*, bu yolu üstün tutmak zorunda kalmışsa, tazminat talebi saklıdır. Görülüyor ki, bu durumda, aldatılanın tazminat isteyebilmesi için mevcut hal ve şartlar altında sözleşmeyi iptal etmesi kendisinden beklenilemez olmalıdır[59]. Aşağıda, bununla ilgili iki örnek veriyoruz:

= A, her iki evin de aşağı yukarı aynı değerde olduğu hususunda B'yi kandırmış ve bunun sonucu olarak, B, İzmirdeki evi ile A'nın İstanbul'daki evinin trampa (değiş-tokuş) edilmesine (BK. m. 232) razı olmuştur. İstanbula yerleşen B, daha sonra aldatıldığını öğrenirse, tekrar İzmire 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 imkânına sahipken sözleşmeye icazet vermişse 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) **Bucher**, AT, s. 223; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 871; **Schwenzer**, Basler Komm., Art. 31, N. 22; **Eren**, s. 363; **Koller**, I, N. 1224; **Engel**, s. 359; **v. Tuhr/Peter**, § 39, V, 3, s. 340.

leşmenin gerek iş hayatı, gerekse özel hayatı açısından doğurabileceği sakıncaları göz önüne alarak, sözleşmeye icazet verip BK. m. 31/II gereğince tazminat istemekle yetinebilir[60].

= A, saf kan olmayan bir köpeği, cins bir köpek gibi göstererek B'ye yüksek fiyatla satmıştır. Hileyi öğrenen B, eşinin ve çocuklarının hayvana bağlanmaları ve ondan ayrılmak istememeleri yüzünden, iptal hakkını kullanarak köpeği geri vermekten vazgeçip A'dan bir tazminat isteyebilir[61].

§ 38. İkrah (Korkutma, Tehdit)

I. Genel Olarak

Bazen, bir hukukî işlemin, özellikle bir sözleşmenin meydana gelmesi tehdit yolu ile sağlanır. Bununla kastedilen, korkutan'ın, istediği hukukî işlem yapılmazsa, karşı tarafta bizzat kendisinin veya yakınlarından birinin bir kötülüğe hedef olacağı yolunda bir kanaat uyandırmasıdır. Öyle ki, böyle bir korkutma sonucu, korkutulan iki şıktan birini seçmek zorunda bırakılmaktadır: O, ya tehdide konu olan kötülüğün gerçekleşmesi rizikosunu göze alacak, ya da ("ehven-i şer" saydığı) tehdide boyun eğip kendisine empoze edilen işlemi yapmak mecburiyetini hissedecektir[1]. Bu son şıkta, tehdit altında sözleşme yapma iradesini açığa vuran korkutulanın iradesi ile beyanı arasında bir uygunsuzluk mevcut değildir. İrade bozukluğu, bu ihtimalde, (BK. m. 28'in kapsamına giren hile faraziyesinde olduğu gibi) iradenin oluşması aşamasında yer almaktadır[2]. 1

Tehdit eden, sadece, yukarıda belirtilen anlamda "korkutmakla", yani mânevi cebir kullanmakla yetinmemiş ve karşı tarafa karşı "maddî cebir" kullanmış, örneğin tabancasını başına dayadıktan sonra kolunu tutup zorla imzasını attırmış ise, artık BK. m. 29 vd. nın uygulanmasına yol açan bir "ikrah"tan söz edilemez. Bu son ihtimalde, işlem hiç meydana gelmemiş sayılır[3]. 2

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 örnekte, köpeğin gerçek değeriyle ödenen bedel arasındaki fark tazminat olarak talep edilebilecektir.

1) Özellikle bkz. **Larenz**, AT, s. 401.

2) **Huguenin**, OR, N. 505; **Eren**, s. 363. Bu açıdan bir Yargıtay kararında (1. HD., 2.5.1978, E. 3138, K. 6251, **Karahasan**, TBH, GH, cilt 1, 2003, s. 348) "İkrahta irade ve beyan uygunluğu yoktur" denmesi açık bir yanılgıdır. Korkutulan, sözleşmeyi yapmayı ister, fakat buna tehdit altında zorlandığı için irade beyanı sakatlanmıştır. Korkutulanın hiç iradesi olmaksızın bir sözleşmeyi yapmaya zorlanması ancak, metinde belirtildiği gibi, maddî cebir kullanılması halinde söz konusu olur.

3) Bkz. yukarıda § 12, N. 2.

3 Korkutmanın hukuken dikkate alınabilmesi için aşağıdaki şartlar aranır:

1. Herşeyden önce, ortada diğer tarafı korkutmak suretiyle belirli bir hukukî işlemin yapılmasını sağlamaya yönelik bir eylem bulunmalıdır. Herhangi bir şekilde tehdit edilmediği halde, örneğin diğer tarafın saldırgan karakterini veya geçmişteki bazı olayları dikkate alarak kendi kendine korkan taraf, BK. m. 29 hükmüne dayanamaz[4].

4 Tehdit *olumlu bir davranışa* yönelik olabileceği gibi (örneğin "öldürürüm", "döverim", "kızını kaçırırım" vs.), *olumsuz bir davranışa* (bir kaçınmaya) yönelik de olabilir. Gecenin ilerlemiş saatlerinde tenha bir sokakta, bir trafik kazası veya uğradığı saldırı sonucu ağır yaralı olarak yerde yatan B'yi gören A, elindeki borç senedini derhal imzalamadığı takdirde onu orada kaderi ile başbaşa bırakmakla tehdit ederse, sözü edilen ikinci ihtimal gerçekleşir[5].

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) gabne ek olarak ikrah (korkutma) da gerçekleşir[6]. Bizce, bu iki ihtimal arasındaki fark sadece kullanılan 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 bırakırım" tehdidi yatar[7]. Şu halde, her iki ihtimalde de, B'nin, hem gabin, hem de ikrah hükümlerine dayanarak iptal hakkını kullanabileceği kabul edilmelidir[8]. 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 hakkında bkz. **Kramer**, MünchKomm. § 123, N. 33; **Akyol**, s. 303.
8) Alman Hukukunda yaygın olan bir görüşe göre, bir kimse, (yukarıdaki 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 açılamaz. 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 yapmamakla (yani yükümlülüğünü yerine getirmemekle) tehdit etmesi gerekir (Örnek olarak bkz. **Flume**, § 28, I, s. 534, İsviçre-Türk Hukuklarında aynı görüşte: **v. Tuhr/Peter**, § 38, III, 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 imkân 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-

karşı, yerde yaralı olarak yatan B oradan geçen A'ya "sana 5000 lira vereyim, beni hastaneye götür" demişse, o, 5000 liralık borç senedini karşı tarafın katkısı ve tehdidi bulunmaksızın içine düştüğü zor durumdan kurtulmak için imzalamış olacağından artık ikrahtan söz açılamaz[8a].

2. Korkutma *esaslı* (kanundaki ifade ile "muteber") olmalı, yani korkutulanda, *kendisinin* veya bir *yakınının*, hayatlarına, şahıslarına, namuslarına yahut mallarına yönelik *ağır ve derhal gerçekleşecek bir tehlike* altında bulundukları kanaatini uyandırmış bulundurmalıdır (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) yöneltilen tehditler de buraya girer[9]. Kanunumuz, bir kimsenin şahsı yanında, "yakın akrabasından birine" yapılan tehditlerden de söz açmaktadır. Buradaki "yakın akraba" deyimi, eş, nişanlı, bazı hısımlar, çok samimi ve sevgili bir dost gibi, karşı tarafa "yakın olan" veya "yakından bağlı olan" kimseleri ifade etmektedir. Bir başka anlatımla, öyle kimseler söz konusudur ki, korkutulan, bunlara yönelik olarak yapılan tehditleri bizzat kendisine yapılmış gibi algılamaktadır[10]. 5

Bir tüzel kişi tarafından yapılan sözleşmede, ikrahın, tüzel kişinin yetkili organını oluşturan kişi veya kişileri etkisi altına almış olması gerekir. Bu ihtimalde, ikrah doğrudan doğruya tüzel kişiye yapılmış sayılır[11]. 6

Acaba, bir tüzel kişi, BK. m. 30/I anlamında korkutulan tarafa yakından bağlı olan kişiler arasında yer alabilir mi? Her ne kadar, İsviçre öğretisinde hâkim olan görüşün sadece gerçek kişileri korkutulanın yakını olarak kabul ettiği belirtiliyorsa da[12], biz, bu

---

tü duruma düşebilir, hatta 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 kısa 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 imkânı vardır. Kaldı ki, yukarıda verilen örnekte, Türk Ceza K. m. 98 veya Karayolları Trafik K. m. 82/a uyarınca, ceza yaptırımına bağlanmış olarak yaralıya yardım yükümlülüğü öngörüldüğünden, Alman Hukukunda yaygın olan görüş açısından dahi, ikrah (korkutma) kabul edilmelidir.

8a) **Schmidlin**, Art. 29-30, N. 14 ve **v. Tuhr/Peter**, § 38, III, 1, s. 325'de yer alan açıklamalar (krş. **Engel**, s. 365), ancak bu çerçevede anlaşıldığı takdirde değer taşır.

9) **Schwenzer**, Basler Komm., Art. 30, N. 2; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 879; **Eren**, s. 364; **v. Tuhr/Peter**, § 38, III, 4, s. 326.

10) Özellikle bkz. **Schmidlin**, Art. 29-30, N. 27; **Bucher**, AT, s. 225.

11) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 876; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 97, not 220; **Akyol**, s. 304.

12) Örnek olarak. bkz. **Schwenzer**, Basler Komm., Art. 30, N. 5.

görüşe kayıtsız şartsız katılmak imkânını göremiyoruz. Bizce, yerine göre, bir tüzel kişi de korkutulana yakından bağlı kişi durumunda olabilir. Örneğin, bir kimseyi istemediği bir sözleşmeyi kurmaya zorlamak için, onun üyesi (özellikle yönetici üyesi) veya ortağı olduğu, bu sebeple de çok yakından ilgilendiği tüzel kişi aleyhine medyada ağır bir karalama kampanyası açtırma tehdidi, pekâlâ BK. m. 30'un aradığı şartı gerçekleştirmiş sayılabilir[13].

7 Bir kimsenin, diğerine "sana yaptığım sözleşme teklifini kabul etmezsen, intihar ederim" demesi, BK. m. 29-30 anlamında ikrah olarak nitelenebilir mi? Kuşkusuz, bu konuda çok ihtiyatlı davranmak gerekir. Bununla beraber, bu tehdidin karşı tarafta panikle karışık manevî bir şok yarattığı durumlarda, korkutma sebebiyle iptal hakkının tanınması mümkün olabilir[14]. Şurasını ekleyelim ki, intihar tehdidinde bulunan taraf, diğerinin örneğin eşi, oğlu gibi "yakını" olan bir kimse ise, ikrah çok daha kolaylıkla kabul edilebilir.

8 Kanunumuz, tehdidin hem "ağır" hem de "derhal vuku bulacak" bir tehlikeye ilişkin olmasını aramıştır. Ne var ki, ortada BK. m. 30 anlamında karşı tarafın karar verme serbestisini ortadan kaldırıcı güçte bir korkutmanın olup olmadığı araştırılırken, objektif değil, sübjektif bir ölçü kullanılacaktır. Şu halde, normal ve makul bir kimsenin *("a reasonable man")*, mevcut hal ve şartlar altında bu tehditten ne tarzda etkilenmiş sayılacağı araştırılacak değildir. Tam tersine, yaşı, cinsiyeti, öğretim durumu vs. gibi özellikleriyle, *olaydaki korkutulan*, fiilen bu tehdidi ciddiye almış, bunu kendisinin yahut bir yakınının kişisel varlıklarına veya malına karşı ağır ve hemen gerçekleşecek bir tehlikenin bildirilmesi olarak algılamış mıdır, buna bakılacaktır. Örneğin, bir sözleşmeyi imzalaması için tabanca ile tehdit edilen kişi, 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 gerçekleşmiştir. Aynı şartlar altında bulunan normal bir insanın, biraz özen göstererek gerçek durumu fark edebilecek olması sonucu değiştiremeyecektir[15]. Aynı şekilde, korkutan, tehdit konusu kötülüğü fiilen gerçekleştirmeyi düşünmemiş olsa bile, tehdit eylemi karşı tarafça ciddi görülmüş ve esaslı bir

13) "Yakın" kavramına sadece gerçek kişilerin girdiği yolundaki anlaşıya sadık kalan diğer bir görüşe göre, çok defa tüzel kişiye yönelik tehdidin tüzel kişiyle ilişkili 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 krş. **Eren**, s. 365.

14) Bu konuda bkz. ve krş. **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, III, 5, s. 326 ve not 42; **Koller**, I, N. 1237; Yarg. HGK., 7.11.1973, E. 971/4-24, K. 845 (**Karahasan**, TBH, GH, cilt 1, 2003, s. 345).

korkunun doğmasına yol açmışsa, yapılan işlemi ikrah sebebiyle iptal etmek yine mümkündür[16]. Diğer taraftan, korkutulanın tehdidin mutlaka gerçekleştirileceği konusunda kesin bir kanaat sahibi olmasına da gerek yoktur. Onun, tehdidin gerçekleştirilmesini (örneğin kızının kaçırılmasını) mümkün sayması yeterlidir[17].

3. *Korkutma hukuka aykırı olmalıdır*[17a]. Korkutmaya esas teşkil eden 9
eylem ("Öldürürüm", "Döverim", "Kaçırırım" vs.) hukuka aykırı ise, bu şart kendiliğinden gerçekleşir. Buna karşı, bir hakkın veya kanunî 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 "fâhiş menfaatler" yani aşırı çıkarlar sağlanmış olması gerekir[18]. Örneğin, bir bonoda ifadesini bulan borcunu ödeyecek durumda olmayan A, karşı tarafın derhal icra takibi yapıp haciz koydurma tehdidi karşısında, 2 milyonluk borcu için, 6 milyonluk yeni bir senet imzalamak mecburiyetinde bırakılmışsa durum böyledir.

İşlenen bir suçun polise veya savcılığa ihbar yahut şikayet edileceği yo- 10
lundaki tehditlerde bir ayrım yapmak gerekir[19]:

— *Yapılması istenen sözleşme ile, işlenmiş suç arasında objektif bir bağlantı varsa*, tehdit hukuka aykırı değildir, meğer ki "fâhiş 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 uğradığı zarar gerçekten beş bin lira civarındaysa, hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmediğinden, A'nın, bu senette ifadesini bulan borç sözleşmesini ikrah sebebiyle iptal etmesi mümkün değildir.

---

16) **v. Büren**, s. 222.

17) **Koller**, 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. **Schmidlin**, Art. 29-30, N. 35 vd.; **Schmidlin**, CR, Art. 29-30, N. 14 vd.

18) Bu hükümdeki "fâhiş 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 giderek, BK. m. 30/II'de, gabnin özel bir halinin düzenlendiğini ileri sürmektedir.

19) **Koller**, I, N. 1251-1252, 1254; **Schwenzer**, Basler Komm., Art. 30, N. 9; **Engel**, s. 366; **Kramer**, MünchKomm. § 123, N. 36; **Larenz**, AT, s. 402-403. Türk Hukukunda 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 aşırı çıkar (fâhiş 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 vasıtadır ve sırf bu sebepten ötürü (ayrıca BK. m. 30/II gereği "fâhiş menfaat elde etme" şartı aranmaksızın), BK. m. 30/I uyarınca hukuka aykırı 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 kalındığı için meydana gelmiş olmalıdır.

II. Belli Başlı İkrah (Korkutma) Ayrımları

1. Aslî İkrah-Fer'î (Yan) İkrah

12 Tıpkı hilede olduğu gibi, aslî korkutmada, bir kimse ikrah olmasa hiç yapmayacak olduğu bir sözleşmeyi yapmaya zorlanmıştır. Buna karşı, fer'i (yan) korkutma halinde, korkutma olmasaydı, meydana gelen sözleşmenin korkutulan için daha elverişli başka şartlarla gerçekleşmesi söz konusu olacak idi.

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, yukarıda 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 gelebilir[20]. 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 Komm., Art. 29, N. 11; **v. Tuhr/Peter**, § 38, III, 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 ikrahı bilmese ve bilebilecek durumda olmasa bile, sözleşme yine iptal edilebilir*. Bu çözüm, kanun koyucunun ikrahı, hileye nazaran çok daha ağır bir hukuka aykırılık hali olarak gördüğünü göstermektedir[21]. 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 fedakârlığın 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 saklıdır[23]. 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 ikrahı halinde iyiniyetli karşı taraf lehine ve iptal hakkını kullanmış korkutulan aleyhine olumlu tazminata da hükmedilebileceği ileri sürülüyor[24]. 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 tâbi tutulabilir mi? 14

III. İkrahın Hükümleri

1. İptal Hakkı

Korkutulan, tıpkı hata ve hile hallerinde olduğu gibi, sözleşmeyi bir taraflı varması gerekli irade beyanı ile iptal edebilir. Bu konuda, yukarıda, hata ve hile dolayısıyla yaptığımız açıklamalara yollamakla yetiniyoruz[25]. Burada da, iptal hakkının kullanılması bir yıllık bir hak düşürücü süreye bağlanmıştır. Ne var ki, sürenin başlangıcı, hata ve hilede olduğu gibi öğrenme tarihi olmayıp, korkutulanın *korkunun etkisi altından çıktığı* tarihtir. (BK. m. 31/I, c. 2). Korkunun etkisi altından çıkma, çeşitli biçimlerde gerçekleşebilir. Örneğin, tanınmış kabadayı Ü'nün tehdidi altında A ile bir 15

21) **Koller**, I, N. 1228.

22) **Eren**, s. 368; **Bucher**, AT, s. 227. Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi için bkz. **Ulusan**, Medeni Hukukta Fedakârlığın 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; **Schwenzer**, Basler Komm., Art. 29, N. 13; **Engel**, s. 368. - **Koller**'e göre, bu sonuç, ancak korkutulanın bir kusurunun bulunduğu hallerde kabul edilebilir (Krş. **Koller**, I, N. 1271). **Schwenzer** ise, korkutulan, korkutan üçüncü kişiden tam bir tazminat elde ederse, böyle bir imkânın düşünülebileceğini kaydediyor.

25) Bkz. yukarıda § 36, N. 63 vd.; § 37, N. 23 vd.

sözleşme yapan B, Ü'nün işlediği bir suçtan ötürü 20 yıla mahkûm 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 kalmamıştır[26].

Tıpkı hile'de olduğu gibi, BK. m. 25/II hükmü, kıyas yolu ile burada da uygulanamaz. Bu konuda hile dolayısıyla yaptığımız açıklamalara yollama yapmakla yetiniyoruz[27].

Korkutma'nın *def'i* yolu ile öne sürülmesi için, hile bahsinde yaptığımız açıklamalar geçerlidir[28].

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 yaptığımız 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 mümkündür[29].

§ 39. Gabin

I. Kavram

1 Aşağıda göreceğimiz gibi, hukukumuzda belirli sınırları aşmamak kaydı ile, sözleşme serbestisi esastır. Ne var ki, taraflardan birinin zayıf olduğu ihtimallerde, daha güçlü olanın zayıfı istismar etmesi sonucu karşılıklı edimler arasında açık nispetsizlik bulunan sözleşmeler meydana gelebilir. Örneğin, diğer tarafın tecrübesizliğinden yararlanarak, onun on bin lira eden malı dört bin lira karşılığı satın alınmışsa durum böyledir. İşte, BK. m. 21'de düzenlenen gabin (uygulamada çok sık kullanılan bir deyimle "aşırı yararlanma"), bu gibi durumlarda sömürülene bir iptal 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.

II. Hukukî Niteliği

Bu konuda iki görüş çarpışmaktadır. 2

— Bir görüşe göre, gabin, tıpkı hata, hile, ikrah gibi bir irade bozukluğu oluşturur[1].

— Bizim de katıldığımız ve öyle sanıyoruz ki, çoğunluğun görüşü diye niteleyebileceğimiz 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 ibarettir[2]. Bununla birlikte, iki sebepten ötürü, gabin ile (dar anlamda) irade bozuklukları arasında yakın ve sıkı bir ilişki vardır ve öğretide belirtildiği gibi, gabin bu iki farklı alanın birleştiği dikiş yerini oluşturur[3]:

= 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 imkânını elde eder[4].

---

1) **v. Büren**, s. 226; **Birsen**, 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 Hukukî 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 Komm., Art. 21, N. 1; krş. **Kurşat**, Borçlar Hukuku 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 hiç bir şekilde söz açılamayacağına 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, kanun 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 hükmünün neden dolayı, sözleşme serbestisi ve sınırlarına ilişkin BK. m. 19-20'den hemen sonra ve (ön sözleşmeyi düzenleyen BK. m. 22 bir yana bırakılırsa) irade bozukluklarına ilişkin BK. m. 23-31'den hemen önce yer aldığı da açıklığa kavuşmakta ve bizim, gabin kurumunu hata, hile ve ikrah ile birlikte incelememiz kolayca anlaşılır hale gelmektedir.

3 Gabne ilişkin BK. m. 21 hükmünün temelinde, ahlâki 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 ahlâka aykırı sözleşmelerle bir tutulup kesin hükümsüzlük (butlan) yaptırımına bağlanmamışsa da, BK. m. 21 hükmü, sözleşmenin karşı tarafının zaafından yararlanıp aşırı çıkarlar elde etmeyi sözleşmenin kurulma biçimi açısından dürüstlük kuralına ve buna bağlı olarak ahlâka aykırı sayan bir anlayışın ürünüdür[4a]. Buna karşı, öğretide rastlanan (bizim katılmadığımız) diğer bir anlayış, burada sadece zayıf durumdaki karşı tarafın değil, *bir kurum 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. Vâdesi gelen borcunu ödemek için değerli bir malını satmaya çalışan, fakat alıcı bulamadığı için, bunu onun bu durumundan yararlanarak düşük fiyat teklif eden birisine satmak zorunda kalan kimsenin tehdit edildiğinden söz açmak imkânı 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, akdin ahlâka aykırı olarak yapılması hallerinden birini oluşturur" şeklinde ifade edilmiştir (Yarg. HGK., 24.1.1973, E. 971/1-376, K. 24, **Karahasan**, TBH, GH, cilt 1, 2003, s. 297). Bunun gibi, bir başka Yargıtay kararında "ticarî ahlâk kurallarına aykırı düşen fâhiş (aşırı) bir nispetsizlik"ten söz edildiği görülmektedir (HGK, 6.11.1974, E. 973/1-956, K. 1146, **Karahasan**, age, s. 300). Yine Yüksek Mahkeme'ye göre "Bu gibi hallerde alış veriş terazisinin bir kefesi havada, öteki yerdedir. Sözleşme serbestliğine rağmen, kanun ve ahlâkın hoş karşılamadığı, taraflardan birinin ötekini sömürdüğü bu gibi olağan dışı alış verişlerdir" (Yarg. 1. HD., 22.11.1974, E. 10284, K. 8745, **Uygur**, cilt 1, s. 1044). Ayrıca bkz. **Schwarz**, s. 350, 352; **Feyzioğlu**, s. 259; **Zufferey-Werro**, not 1'de age, N. 675.

oluşturduğu sonucuna varmaktadır[4b]. Sözleşmenin kurulma biçimindeki ahlâka aykırılığın neden dolayı Alman Hukukunda olduğu gibi konusu ahlâka aykırı sözleşmelerle (BK. m. 20/I) bir tutulmadığı ve butlan yaptırımı ile karşılanmadığı her zaman tartışmaya açık bir konudur[4c]. Meseleye "kamu düzenine aykırılık" açısından bakıldığı vakit durum daha büyük bir ciddiyet kazanmaktadır. Aşağıda göreceğimiz gibi[4d], (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 ahlâka aykırı biçimde istismar edilmiş olmasını aşmakta ve toplumu ayakta tutan temel çıkarların korunması meselesi haline gelmektedir. Oysa gabin için Borçlar Kanunumuzda öngörülmüş bulunan, sözleşmenin kurulmasından itibaren geçecek bir yıllık hak düşürücü süre içinde iptal edilebilir olma yaptırımı ile kamu düzenine aykırılık görüşünü bağdaştırmak mümkün değildir. Bir yıllık süre iptal hakkı kullanılmaksızın geçtikten sonra, kamu yararına ters düşecek biçimde, toplumun temel çıkarlarının çiğnenmesine izin verilmesi düşünülemeyeceğine göre, öngörülen yaptırım, BK. m. 21 hükmünün temelinde kamu düzenini koruma düşüncesinin yatmadığını; kanun koyucunun sadece zayıf kişilerin ahlâka aykırı biçimde sömürülmesini engellemeyi amaçladığını göstermektedir[4e]. Bir başka anla-

---

4b) **Kramer**, Art. 19-20, N. 161; **Belser**, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, Freiburg Schweiz 2000, s. 530. -Hareket noktası olarak sözleşme serbestisinin kötüye kullanılmasını, yani MK. m. 2/II hükmünü esas alan bu görüşün (günümüzde MK. m. 2/II hükmü sadece hakların değil, hukukî 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. 2/II hükmünün tâli (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 ahlâka (hatta bu görüşe göre aynı zamanda hukuka) aykırılık ile BK. m. 19-20'de sözü edilen ahlâka 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., 30.1.1979, 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 imkânını 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 ahlâka 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, structurel)* olarak, bir başka anlatımla sosyo ekonomik konumları 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 ki[4f], bu hiç kabul edilemez. Tüketiciler, kiracılar, işçilerin hukuk düzenince ayrıca korunmaya muhtaç oldukları açık bir gerçektir. Ne var ki, bu korumayı, sadece bireysel zaafları göz önünde tutan gabin kurumu değil, "Tüketicilerin Korunması Hakkında Kanun", "Gayrimenkul Kiraları 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.

III. Şartları

4 BK. m. 21 anlamında gabinden bahsedebilmek için üç şartın gerçekleşmesi gerekir[5]:

---

olayda zayıfı güçlüye karşı koruyan gabin kurumunun fiilen ve dolaylı olarak sosyal adalet ilkesinin gerçekleşmesine yardımcı olduğunu vurgulamaktan ibarettir.

4f) **Belser**, not 4b'de age, 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 değerlendirme 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 imkânını 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), hâkim görüş BK. m. 21'de öngörülen "zayıf durumun", yapısal değil kişisel bir zaaf olduğu hususunda görüş birliği içindedir (**Huguenin**, Basler Komm., Art. 21, N. 11; **Bucher**, AT, s. 233, not 20, 21; **Schmidlin**, CR, Art. 21, N. 25).

5) İsviçre-Türk Hukukunda hâkim olan görüşten ayrılarak farklı düşüncede: **Kalkan**, not 2'de age, s. 52-53, 128 vd.

— *Birinci şart*, karşılıklı edimler arasında açık bir nispetsizliğin bulunmasıdır. Buna, çok defa "objektif şart" da denir.

— *İkinci şart*, sömürülenin zayıf durumda olmasıdır. BK. m. 21, bu konuda, üç durumdan söz açmaktadır: Hiffet (hafiflik veya düşüncesizlik), tecrübesizlik ve müzayaka (zor durum). Bu şart, "sömürülen açısından sübjektif şart" olarak adlandırılabilir.

— *Üçüncü şart*, sömürenin, ivazlar arasındaki açık dengesizliği karşı tarafın zayıf durumundan bilerek yararlanmak suretiyle gerçekleştirmiş bulunmasıdır ki, buna "sömüren açısından sübjektif şart" denebilir.

Bir sözleşmenin *temsilci* aracılığıyla yapılması halinde gabin dolayısıyla iptalin mümkün olup olmadığını aşağıda temsil bahsinde inceliyoruz[6].

1. Karşılıklı Edimler Arasında Açık Nispetsizlik

Gabnin objektif şartının gerçekleşmiş sayılması için, BK. m. 21'e göre, ivazlar arasında (bütün yan edimleri de dikkate alarak yapılacak bir değerlendirme sonucunda) "açık bir nispetsizlik" bulunmalıdır. Görüldüğü gibi, kanun belirli bir oran öngörmemiş ve hâkimin takdirine geniş ölçüde imkân tanıyan bir formülü üstün tutmuştur. 5

Fransız Hukukunda durum 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 isteyebilir[7]. 6

Açık nispetsizlik denince, bundan, derhal herkesin gözüne çarpan bir nispetsizliği anlamak gerekir[8]. Yargıtay kararlarında, herhalde uygulamada birlik ve kolaylık sağlamak amacıyla, kanunda yeri ve dayanağı olmadığı halde bazı oranlar tespit edildiği görülmektedir. Yüksek Mahkeme, ilk önce 1969 yılında verdiği bir kararda, 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 7

---

6) Bkz. aşağıda § 45, N. 7.

7) **Terré/Simler/Lequette**, Droit civil, les obligations, 5. éd., Paris 1993, s. 230, N. 295.

8) Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 6.11.1974 tarih ve E. 973/1-956, K. 1146 sayılıkararına göre "Kanunumuzda belli bir miktar üzerinden nisbet gösterilmemiş olmakla beraber, karşılıklı ivazlar arasında aşırı farkın tayinindeki ölçü, satılan mal için ödenen paranın normal olarak herkes tarafından kabul ve takdir edilen değerin (piyasa değerinin) çok altında olması ve açıkça göze çarpacak bir farklılık göstermesi, toplumdaki ekonomik değer ölçülerini aşan ve ticari ahlâk kurallarına aykırı düşen fâhiş (aşırı) bir nisbetsizliğin mevcudiyeti halidir" (**Karahasan**, S. H., Sözleşmeler, s. 257).

veya daha aşağı ise gabin kabul edilmeyecektir[9]. Şu halde, nispetsizlik oranının % 25 ile % 50 arasında olduğu durumlarda hâkimin 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 geçilmektedir[10]. 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 temelinin çökmesi *(emprevizyon, clausula rebus sic stantibus)* olmak üzere, başka kurumlara başvurma imkânının bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır[11].

10 Gabin, "bir akitte *ivazlar arasında* açık bir nispetsizlik bulunduğu takdirde" diye başlayan BK. m. 21'de açıkça ifade edildiği üzere, ancak iki tarafın da karşılıklı olarak borç altına girdiği sözleşmelerde uygulama alanı bulabilen bir kurumdur[12]. İsviçre'de (bizim katılmak imkânını göremediğimiz) yeni bir akım ise, bağışlama vaadi sözleşmesi gibi sadece bir tarafa borç yükleyen sözleşmelerde bile gabin hükümlerinin uygulanabileceğini ileri sürüyor[13].

---

9) Yarg. 1. HD., 4.3.1969, E. 391, K. 1133 (**Olgaç**, Hukuk davalarında gabin, hata, hile, ikrah, Ankara 1975, s. 23; **Karahasan**, S. H. Sözleşmeler, s. 639); 1. HD., 27.12.1976, E. 1976/10791, K. 1976/12751 (YKD 1977/5, s. 620; **Karahasan**, 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 nisbetsizlikten söz edilebilmesi için ivazlar arasında en az %25'ten fazla bir fark olması zorunluğu vardır."

10) NJW 1992, s. 899; **Larenz/Wolf**, 9.A., § 41, N. 58; **Mayer/Maly**, MünchKomm. § 138, N. 119.

11) **Thilo**, Note sur la lésion, 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/Altop**, s. 458. Alman Hukukunda da bu çözüm kabul edilmektedir (**Mayer-Maly**, MünchKomm. § 138, N. 117). 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/Schluep/Schmid**, N. 735; **Engel**, s. 301).

13) Bu düşüncede: **Knoepfel-Kunz**, Willensbildung, Beeinflussung und Vertrags-schluss, Bern und Stuttgart 1989, s. 326; **Gauch/Schluep/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 sürülebilir mi? Bu tip sözleşmelerin özelliği, taraflardan hiç değilse birinin ediminin varlığının veya kapsamının, ilerde ne şekilde gerçekleşeceği bilinmeyen belirsiz bir olaya bağlanmış olmasıdır[15]. Bunun en güzel örneklerinden birisini kaydı hayat ile irat sözleşmesi (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 öleceği ve dolayısıyla irat ödeme borcunun ortadan kalkacağı belli değildir. A, hemen ölürse, işlem B için son derece avantajlı olacaktır. Tam tersine, A, beklenmedik derecede uzun süre yaşarsa, ödenecek iratların B'ye devredilen taşınmazın değerini çok aşması tehlikesi vardır. Bu tip sözleşmelerde (bazı istisnalar tanıyarak da olsa), gabni reddetmek Fransız Hukukunda hâkim olan eğilimdir[16]. İsviçre-Türk Hukuklarında ise, genellikle böyle kesin bir ilke kabul edilmiyor ve hiç değilse, ihtimaliyet (olasılık) hesaplarına dayanarak, önceden edimler arasında bir nispetsizlik olup olmadığı tespit edilebildiği vakit, BK. m. 21 hükmünün uygulanabilmesine izin veriliyor[17]. 11

Bir malı (örneğin otomobil yedek parçalarını) rekabet düzeni iyi çalışmayan bir piyasada herkes çok yüksek fiyatlarla satıyorsa, gabin ileri sürülebilir mi? Öğretide bu soruyu olumlu biçimde cevaplandıran bir görüşe rastlanmakla beraber[18], hâkim görüş, yerinde olarak bunu reddetmektedir. Gerçekten, gabin kurumunun piyasa fiyatlarını aşağıya çekmek, bir başka deyimle, piyasada rekabet politikası aracı olarak hizmet görüp bir fiyat 12

---

bir sözleşmenin iki tarafa değil de, sadece bir tarafa borç yükler biçimde yapılmış olmasının dahi bir nispetsizlik olarak görülebileceğini söyleyecek kadar ileri gidiyor. **Gauch/Schluep/Schmid**'in düşüncesine göre ise, karşı tarafa nispetsiz ölçüde düşük bir ivaz dahi vermeyen (bir başka deyimle, hiçbir şey vermeyen) sömüren, BK. m. 21'in yaptırımından kurtulamamalıdır. Bu düşünceler şu bakımdan yerinde değildir ki, bağışlama sebebiyle *(causa donandi)* yapılan bu gibi işlemler, *nitelikleri gereği*, karşı tarafa ivazsız bir kazandırma yapmak amacı ile meydana gelmiştir. Sözleşmenin niteliğinde mevcut "karşılıksız olma" unsurunu, şimdi bir kabahat gibi görüp "nispetsizlik var" iddiası 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 malvarlığı değerlerinin kendisine bağışlanmasını sağlamışsa, problemi gabin değil, "temyiz (ayırt etme) gücü" ve "irade bozuklukları", özellikle "hile" açısından ele almak gerekir.

14) Contrats aléatoires, 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. **Terré/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. **Kramer**, Art. 21, N. 12.

18) Bu düşüncede: **Stark**, Die Übervorteilung (Art. 21 OR) im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtssprechung, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtssprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Festgabe der Schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975, s. 389 vd.; **Belser**, not 4b'de age, s. 581.

kontrol mekanizması oluşturmak fonksiyonu yoktur[19]. Piyasada herkesin 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 olmalıdır. Şu var ki, herkesin pahalı sattığı bir piyasada, bir kimseye piyasa fiyatının da üstünde bir fiyatla yapılan satışta, hâkimin açık nispetsizliği takdir ederken, sömürülen lehine daha yumuşak ve hoşgörülü bir tutum benimsemesi yerinde olur[20].

13 Yargıtay kararlarına göre, hâkimin önce ivazlar arasında açık nispetsizlik olup olmadığını incelemesi, ancak bu incelemeden olumlu sonuç alınmışsa, gabnin sübjektif şartlarının olayda gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırması gerekir[21]. Uygulamada kolaylık ve çabukluk sağlamaya yönelik olduğu anlaşılan bu görüşün hukukî bir dayanağı mevcut değildir.

2. Sömürülenin Zayıf Durumu

BK. m. 21, bu konuda, üç hale işaret etmektedir:

a. Hiffet (Hafiflik)

14 "Hiffet", bir kimsenin, yaptığı işlemin muhtemel sonuçlarını gereği gibi dikkate almadan, çok rahat ve düşüncesizce hareket etmesi anlamını taşır. Böyle bir kimse ayırt etme gücünden (temyiz kudretinden) yoksun olmadığı gibi, "hiffetin" mutlaka bir karakter ve seciye zaafı biçiminde karşımıza çıkması aranmaz. Şu halde, sırf o olayda *(in concreto)*, büyük bir umursamazlık ve düşüncesizlikle hareket edilmiş olması yeterlidir[22]. 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 bulunuyordu[23].

b. Tecrübesizlik (Deneyimsizlik)

15 Burada, özellikle sömürülenin 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 (**Karahasan**, S. H. Sözleşmeler, s. 636).

22) **Kramer**, Art. 21, N. 44; **Elbir**, Gabnin unsurları, İBD 1951'den ayrı bası, s. 13-14; BGE 61.II.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 zorunda bıraktığını dikkate almış ve genel anlamda tecrübeli sayılabilecek kişilerin dahi, somut olayda, o iş bakımından tecrübesiz addedilmesinin pekâlâ mümkün olduğunu belirtmiştir[24]. Bu ilke, öğretide de benimsenmiştir[25].

c. Müzayaka (Zor Durum, Sıkıntılı 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 sanmışsa, BK. m. 21'in aradığı şart yine gerçekleşmiş sayılır[26].

Müzayaka çok defa malî (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 çektiği geçici bir süre için, BK. m. 21'in anladığı anlamda zor durumda olabilir[27].

Müzayaka'nın mutlaka malî (ekonomik) bir nitelik taşıması gerekmez. Sömürülenin sıkıntılı durumu tamamen mânevi (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 yakınları mânevi anlamda zor durumdadır[28]. 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 meslekî durumu itibarıyla yaptığı muamelenin mahiyet ve ehemmiyeti bakımından acemi sayılabilecek kimseler için pek istisnaî 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 istisnaî şekilde" ibaresi aşırı ölçüde bir sınırlama öngörmektedir.

25) **Kramer**, Art. 21, N. 40; **Huguenin**, Basler Komm., Art. 21, N. 12; **Kocayusufpaşaoğlu**, not 2'de age, s. 506; **Feyzioğlu**, I, s. 258; **Karahasan**, 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/Wolf**, 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 kıskacına yakalanmış kişileri de mânevi 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 kıvranma durumundadır. Yukarıda yazılı nedenlerle günün 24 saati çaresizlik ve acz içinde bulunan bir kimsenin sıkıntı-müzayaka içinde olmadığı söylenemez"*[29]. 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 *"Eşe ait olan borç, şartları varsa koca için bir müzayaka nedeni olabilir. Normal evlilik, dar zamanlarda eşlerin birbirlerine yardımcı olmalarını zorunlu kılar. Eşlerden biri alacaklının takibi dolayısıyla korkulu rüya görürken ötekinin rahat uyuduğu düşünülemez. Kısaca, evlilikte, taraflardan birinin müzayaka içinde olması, ötekinin de müzayaka halinde bulunduğunun kabulünü gerektirir"*. Bu kararın, eşlerden biri için gerçekleşen müzayaka haline dayalı olarak, gabinli sözleşmeyi yapan diğer eşe iptal hakkı tanıyan istisnai bir karar olarak değerlendirilmesi[30] 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 manevî (psikolojik) müzayaka hali olarak görmüştür. O halde, iptal beyanında bulunan eş, eşinin müzayakasına değil, buna bağlı olarak gerçekleşmiş kendi sıkıntılı durumuna dayanmaktadır[30a].

17 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 sıkıştırması 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, "dövülme", "canına kastedilme", "evlenmesi önlenerek evde kalmış kız durumuna düşürülme" tehlikelerini yarattığını, genç kızın bu tehlikelerden kendisini kurtarmak için "ehveni şer" olan yolu seçip taşınmazı ister istemez düşük fiyatla erkek kardeşine satmak mecburiyetini hissettiğini belirttikten sonra, bütün bunlardan, olayda davacının ileri sürdüğü gibi gabin değil ikrahın söz konusu olduğu sonucuna varmıştır[31]. Bizce, ikrah görüşü isabetsiz olmamakla birlikte, ay-

29) Yarg. 1. HD., 3.5.1979, E. 3824, K. 5938 (YKD. 1979/8, s. 1120; **Karahasan**, 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) Ailevî sebeplerden ötürü de müzayaka halinin gerçekleşebileceği hakkında ayrıca bkz. **Kramer**, Art. 21, N. 36.

31) Yarg. 1. HD., 2.5.1978, E. 1978/3138, K. 1978/6251 (YKD 1979/1, s. 15; **Karahasan**, S. H. Sözleşmeler, s. 632).

nı zamanda, genç kızın mânevî müzayaka halinden yararlanarak gabinli bir sözleşme yaptırıldığı 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 bulunabilir[32]. 18

d. BK. m. 21'deki Üç Hal Sınırlayıcı Olarak mı Gösterilmiştir?

Bu sorunun cevabı tartışmalıdır: 19

— Türk Hukukunda hâkim olan[33] ve eski İsviçre öğretisinde[34] kabul edilen görüşe göre, BK. m. 21'de öngörülen üç hal sınırlayıcı (tahdidî) olarak gösterilmiştir ve bunların dışında kalan herhangi bir zayıflık durumuna dayanarak, BK. m. 21'den yararlanmak imkânı yoktur.

— Bugün İsviçre öğretisindeki büyük çoğunluk tarafından kabul edilen hâkim 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"[34a], "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 ediyor[35].

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 önlemektir[36]. Bütün düzenleyici kurallar kaldırılarak, her şeyin serbest piyasanın özgürlük fakat aynı zamanda acı-

---

32) **v. Tuhr/Peter**, § 40, I, 1, 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). Tâcir 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 (**Karahasan**, 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; **Feyzioğlu**, s. 254.

34) Örnek olarak bkz. **Oser/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/Schluep/Schmid**, N. 738; **Gauch**, Die Übervorteilung-Bemerkungen zu Art. 21 OR., recht 1989, s. 97; **Huguenin**, Basler Komm., 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 çağımızda[37], sözü 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 ahlâka (BK. m. 20/I) aykırılık butlanını düzenleyen hükümler, öbür yandan da gabin (BK. m. 21) hükmü yer alır[38]. 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 rastlanmıştır[39]. Ne var ki, yeni eğilimler, daha ziyade aksi yöndedir[40]. Her halde, sözleşme serbestisi asıldır diyerek, gittikçe yaygınlaşan zayıfları ezici uygulamalara seyirci kalmak kabul edilebilir bir tutum olamaz.

3. Sömürenin Bilerek Karşı Tarafın Zayıf Durumundan Yararlanmış Olması

21 Gabnin gerçekleşmiş sayılabilmesi için, sömürenin karşı tarafın zayıf durumunu *bilerek* bundan yararlanması gerekir. Hiç kuşkusuz, sömüren, ayrıca ivazlar arasındaki açık nispetsizliğin de farkında olmalıdır. Ne var ki, her iki noktada da, durum biraz daha açıklığa kavuşturulmaya muhtaçtır.

— Karşı tarafın zayıf durumda bulunduğu sırada sözleşmeyi kurduğunun bilinmesi, mutlaka bunun ne tür bir zayıflık (örneğin hiffet mi, tecrübesizlik mi, müzayaka mı?) olduğunun tam olarak bilinmesini de gerektirmez. Sömüren, karşı tarafı tecrübesiz sandığı halde, onun gerçekte hiffetle (dü-

---

37) **Terré/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. 1133 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 cezaî 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, II. Band, Athen-Freiburg i. Br.-Köln, 1973, s. 540.

şüncesizce) hareket ediyor olması, BK. m. 21'in uygulanmasına engel değildir[41].

Yargıtay, bu konuda hayli titiz davranmakta ve bir kararında aynen şöyle demektedir: "Feshi istenilen satış sözleşmesi İstanbulda yapılmıştır. Nüfusu bir kaç milyona varan bu şehirde oturan taraflar (birbirlerinin)[42] yabancısıdırlar. Davalı taraf davacıların iş ve kazanç durumlarını ve borçlu olup olmadıklarını bilecek mevkide değildir. Tanıkların hiçbiri 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 açık nispetsizliğin bilinmesi, "miktar" veya "nispet" olarak kesin bir bilgiyi gerektirmez. Sömürenin "çok iyi" veya "kârlı" bir iş yaptığının bilincinde olması yeterlidir.

Diğer taraftan, sömürende diğer tarafı mahvetmek kastının bulunması aranmaz. Onun, karşı tarafın istismar edilmesine yol açabilecek bir sözleşmenin kurulmasına içinden razı olması, yani istismara yönelik olarak bir ihtimalî (ihtimale dayalı) kastının *(dolus eventualis)* bulunması, yine BK. m. 21'in uygulanmasına yol açar[44].

Alman Hukukunda, karşılıklı edimler arasındaki nispetsizlik çok büyük olduğu zaman, bu nispetsizlikten yararlanan tarafın sömürü bilincine sahip olarak hareket ettiği hususunda bir fiilî karine kabul edilmektedir[45]. Bu çözüm Türk Hukuku açısından da geçerli olmak gerekir.

Hâkim fikre göre, sömürenin diğer tarafın zayıf durumunu ve ivazlar arasındaki nis- 22
petsizliği "bilmesi" şart koşulduğu halde, *Engel*, sömürenin, bunları bilebilecek durumda olmasını yeterli sayıyor. Yazara nazaran, sömürenin, anılan hususları bilmese bile "bilmesi gerekiyordu ise", gabnin üçüncü unsuru gerçekleşmiştir[46]. *Kramer*'e göre ise, "de lege ferenda" yerinde olan bu görüş, yürürlükteki hukuk bakımından isabetli sayılamaz[47]. Bizce, "bilmeyi" ispat etmek her zaman kolay değildir. Bu sebeple, "apaçık bilinebilir olma", bilme ile bir tutulmalıdır.

Gabinli sözleşmenin kurulması için ilk girişimin kimden geldiği önemli 23
değildir. Bizim de katıldığımız çoğunluğun görüşüne göre, sömürülen sömürene başvurup sözleşmenin kurulması için harekete geçmiş, hatta ricada bulunmuş olsa dahi, bu, onun sonradan BK. m. 21'e dayanmasını engellemez[48].

---

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 (**Karahasan**, TBH, GH, cilt 2, 1992, s. 361; **Karahasan**, S. H. Sözleşmeler, s. 639).
44) **Kramer**, Art. 21, N. 33; **Medicus**, AT, N. 710; **Bucher**, AT, s. 234, not 25.
45) **Larenz/Wolf**, 9.A., § 41, N. 64.
46) **Engel**, s. 304.
47) **Kramer**, Art. 21, N. 33.
48) **Gauch/Schluep/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 şartlarından biri çok yoğun ve güçlü olarak gerçekleştiği vakit, diğer şartlar veya bunlardan bir tanesi hiç gerçekleşmemiş olsa bile, gabin sebebiyle iptal hakkı yine doğar. Örneğin, karşılıklı edimler arasındaki nispetsizlik olağanüstü ölçüde yüksek ise, gabnin sübjektif şartlarının olayda mevcut bulunmamasına rağmen, gabin var sayılır[49]. Bu görüşü, bu şekliyle kabul etmek imkânı bulunmadığı açıktır. 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 telâfi edebileceği söylenebilir[50].

5. Tâcir Sıfatını Taşıyan Sömürülen Ticari İşlerinde BK. m. 21 Hükmüne Dayanabilir mi?

25 Bu sorunun cevabını verirken TTK. m. 20/II'de yer alan *"Her tâcirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi lâzımdır"* ilkesini göz önünde tutmak ve olayda dayanılan zayıflık durumunun bu hükümle bağdaşıp bağdaşmadığını araştırmak gerekir. Mesele, sadece BK. m. 21'de sözü edilen üç durum açısından ele alındığı vakit, varılacak sonuç şudur: *Ticarî faaliyetlerinde* basiretli bir iş adamı gibi davranmak yükümü altında bulunan bir tâcir, "hiffetinden" (hafifliğinden, düşüncesizliğinden) veya "tecrübesizliğinden" yararlanıldığını ileri süremez. Buna karşı, *ticarî işletmesiyle ilgili bulunmayan faaliyetlerinde*, tâcir de yerine göre "hiffet" veya tecrübesizlik" iddiasında bulunabilir. Diğer taraftan, herkes gibi o da zor durumda kalabilir ve bu sebeple onun ticarî işlerinde bile "müzayaka" haline dayanarak gabin iddiasında bulunabilmesi yerine göre mümkün olabilir[51].

IV. Sonuçları

26 Bir kimsenin, karşı tarafın zayıf durumundan yararlanıp onu sömürmesi, ahlâk 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, ahlâka aykırılık (BK. m. 20/I) sebebiyle sözleşmenin kesin hükümsüz sayılabileceği hakkında bkz. aşağıda N. 35.

50) **Bucher**, AT, s. 234 ve not 26; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 744; **Huguenin**, Basler Komm., Art. 21, N. 1; **Kramer**, Art. 21, N. 26.

51) Bkz. **Thilo**, not 11'de age, s. 356; **Arkan**, Ticarî İşletme 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.

BGB § 138, birinci fıkrasında ahlâka aykırılığı düzenledikten sonra, ikinci fıkrasında ele aldığı gabin için de ahlâka aykırılıkla aynı yaptırımı öngörmüştür. Bu yaptırım kesin hükümsüzlüktür, bir başka deyimle butlandır. İsviçre-Türk Borçlar Kanunlarının sistemi farklıdır. Gabin halinde, sömürülene sadece bir *iptal hakkı* tanınmıştır[52]. Kanunda yer alan "fesih" sözcüğü bu şekilde anlaşılmalıdır. O, bu hakkını, *sözleşmenin kurulduğu andan itibaren* işleyen bir yıllık hak düşürücü süre içinde kullanmak zorundadır. Aksi halde, sözleşmeye icazet vermiş sayılır ve üstün tuttuğumuz "düzelebilir hükümsüzlük" görüşü çerçevesinde başlangıçta hüküm doğurmayan sözleşme kurulduğu andan başlayarak geçerli hale gelir. Gabin için öngörülmüş iptal hakkının hukukî niteliği ve kullanılması hakkında, hiç değilse ilke olarak ve niteliğine uygun düştüğü ölçüde, irade bozukluklarına ilişkin iptal hakkı ile ilgili olarak söylediklerimiz geçerli olacaktır[53]. Yalnız, şu noktaya tekrar dikkatleri çekelim ki, bir yıllık iptal süresinin başlangıcı açısından, irade bozuklukları ile (BK. m. 31) gabin arasında çok önemli bir fark vardır. Hata ve hilede, bir yıllık süre bunların öğrenilmesinden; ikrahta ise, korkutulanın korkunun etkisi altından çıkmasından itibaren işlemeye başladığı halde, gabinde başlangıç olarak sözleşmenin kurulduğu tarihin esas alınması, BK. m. 21 hükmünün uygulama alanını hayli daraltmaktadır. Ne var ki, daha önce belirttiğimiz gibi, bir çok halde gabinle birlikte irade bozukluklarından birinin (özellikle hile veya ikrahın) şartları da aynı zamanda gerçekleşir. Bu gibi 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 imkânı saklı kalmış demektir.

---

52) Bazı yazarların bu düzenlemeyi eleştirerek, ortada bir "ahlâka" veya "kamu düzenine" aykırılık olduğu gerekçesi ile, Alman 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/Altop**, s. 464. -Yargıtay 13. HD.nin 18.3.1998 tarih ve E. 6539, K. 1578 sayılı kararına göre "Gabinle sakatlanmış sözleşme bâtıl değildir. Burada "askıda hükümsüzlük" hali vardır. Diğer bir anlatımla, *gabin, sözleşmeyi kurulduğundan itibaren hükümsüz kılar. Ancak icazetle veya zarar gören tarafın bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını (hükümsüzlük beyanı veya iptal beyanı ile) diğer tarafa bildirmemesi halinde, sözleşme hukukî 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.

27 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. 21, sözleşmenin "feshedilmesinden" söz açmaktadır. Burada fesihten bahsetmek yanlıştır. Zira, teknik anlamda fesih, geçerli bir sözleşme ilişkisini ileriye doğru (ex nunc) sona erdirmek üzere yapılan bozucu yenilik doğuran beyanları ifade eder. Acaba, BK. m. 21'de farklı bir deyimin kullanılması, bizi, gabnin yaptırımının irade bozukluklarından farklı olduğu sonucuna götürebilir mi?[54] Bu sorunun cevabı bir ayrım 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, mülkiyet 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 hukukî sebeplerden birine göre mâlik 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.

28 Eskiden hâkim olan görüşe göre, sömürülen ya gabinli sözleşmeye razı olmak, ya da sözleşmeyi *tümüyle* iptal etmek alternatifleri arasında seçim yapmak mecburiyetindedir ("Ya hep ya hiç ilkesi"). Onun, ivazlar arasındaki dengesizlik düzeltilerek sözleşmenin ayakta kalmasını sağlaması mümkün değildir[55]. Bugün durum değişmiştir. Öğretide hâkim olan görüşe göre, bu yol açıktır. Bunun hukukî dayanağı ne olacaktır? Bu konuda, özellikle iki görüş ileri sürülmüştür:

— Birinci görüşe göre, burada MK. m. 1/II uyarınca kanundaki bir boşluk doldurularak, hâkime sözleşmede değişiklik yapma yetkisinin verilmesi

54) Bu düşüncede olanlara örnek olarak bkz. **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 115.

55) Özellikle bkz. **Elbir**, Gabnin müddeti ve hükümleri, İÜHFM, cilt XVII, 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 konusudur[56]. Fazla taraftar toplayamayan bu görüşe bugün için terk edilmiş nazarı ile bakabiliriz.

— İsviçre öğretisindeki büyük çoğunluk tarafından savunulan ikinci görüş[57], bu sonucu genellikle kıyas yolu ile uygulanan BK. m. 20/II'den çıkarıyor, yani bir çeşit "içerik değiştirici kısmî hükümsüzlük" kavramına dayanıyor. Buna nazaran, sömürülen seçimlik bir hakka sahiptir: O, dilerse, sözleşmeyi *tümüyle* iptal edebilir; dilerse, *sadece taraflardan birinin ediminin çoğaltılması veya azaltılması suretiyle sözleşmede dengeyi sağlayan kısmî bir iptal beyanında* bulunabilir. Örneğin, 100 bin lira değerinde bir mal, gabin sonucu 40 bine satılmışsa, kısmî iptal üzerine, sömürenin 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 yararı şu noktada kendini gösterir: Sömürülen, tam iptal halinde, aldığını 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 sıkıntıya sokar. Yukarıda açıklanan anlamda kısmî iptalde ise, sömürülen, ihtiyaç duyduğu parayı veya malı sömürene iade etmekten kurtulmakta ve açık nispetsizlik bertaraf edilmiş olarak onu muhafaza edebilmektedir. Daha sonra "Kısmî Hükümsüzlük" bahsinde göreceğimiz gibi, bu hükümsüzlük tipine özgü mekanizma şöyle işleyecektir: Sömürülenin kısmî 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 benimsemiştir[58].

Ancak Yüksek Mahkeme, bu sonucu BK. m. 20/II'deki kısmî hükümsüzlük ilkesinden değil, doğrudan doğruya gabni yasaklayan BK. m. 21'in amacından çıkarmaktadır.

---

56) Bkz. **Oftinger/Jeanprêtre**, Jurisprudence du Tribunal Fédéral sur la Partie Générale du Code des obligations, Zürich 1970, s. 78; **Kocayusufpaşaoğlu**, not 2'de age, s. 83.

57) v. **Tuhr/Peter**, § 40, II, s. 346; **Gauch**, not 35'de age, s. 100; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 754; **Schwenzer**, 4.A., N. 32.55; **Kramer**, Art. 21, N. 49; **Hürlimann**, Teilnichtigheit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, Freiburg Schweiz, 1984, s. 101; **Piotet**, De l'invalitidé partielle des actes juridiques spécialement en cas de vice du consentement, ZSR, N. F. 76 (1957), s. 123 vd.; **Engel**, s. 305-306; **Huguenin**, Basler Komm., 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 kısmî hükümsüzlük" kavramı için bkz. aşağıda § 44, N. 12 vd., 19 vd.

58) BGE 123.III.292. Bu kararla ilgili kapsamlı bir inceleme için bkz. **Buz**, Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması, BATİDER, cilt XIX, 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 gerekir[59]. Biz, "içerik değiştirici kısmî hükümsüzlük" ilkesinden (BK. m. 20/II) hareket eden hâkim görüşe üstünlük tanıyoruz[60].

Diğer taraftan, kararda "hâkimin" sözleşme içeriğini düzeltip biçimlendirmesinden söz edilmesi *Gauch*[61] tarafından eleştirilmiştir. Bu yazara göre, tıpkı sömürülenin sözleşmeyi tümüyle iptal etmesi halinde olduğu gibi, kısmî iptal beyanı da (yenilik doğuran bir dâvaya ve hâkim tarafından verilecek yenilik doğuran bir hükme ihtiyaç göstermeksizin) mahkeme dışı kullanılabilen bir beyandan ibarettir. Sözleşmedeki değişiklik, hâkim kararı ile değil, sömürülenin kısmî iptal beyanı üzerine geçekleşmektedir. Sömürülen, mahkeme dışı bir iptal beyanında bulunmayıp, doğrudan doğruya sözleşmenin kısmî iptaline ilişkin bir dâva açmışsa, yazara göre, davacının iptal beyanını da içeren dava dilekçesinin karşı tarafa tebliği ile yeni hukukî durum meydana gelmiş olup, hâkim sadece bir tespit hükmü verecektir.

Bizce, kısmî iptal beyanı mahkeme dışı kullanıldıktan sonra (örneğin, malın çok pahalıya satıldığı bir olayda, alıcı kısmî iptal beyanını şöyle ifade ediyor: "Semenin 100 binden 40 bine indirilmesi suretiyle sözleşmenin ayakta tutulmasına ilişkin kısmî iptal hakkımı kullanıyorum"), iş mahkemeye intikal edince, hâkim ister istemez bu beyanın yerinde olup olmadığını kontrol edecek ve (Usul Hukuku 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 100'den 40'a değil, 100'den 50'ye indiren ölçüde geçerli sayacaktır.

29 Acaba, kısmî iptal halinde sömüren, BK. m. 20/II, c. 2'ye dayanarak, bu durumu bilseydi sözleşmeyi hiç yapmayacağını ileri sürmek suretiyle kısmî iptali engellemek ve tam iptale dönüştürmek (böylece sömürülen ihtiyacı olan malı veya parayı geri vermek zorunda kalacaktır) imkânına sahip olacak mıdır? BK. m. 21'in sömürüleni koruyucu amacına tamamen ters düşen ve sonuçta, kısmî iptal yolu ile sağlanabilecek pratik yararların yok edilmesine imkân hazırlayan böyle bir çözüm kabul edilemez. O halde, sömürenin BK. m. 20/II, c. 2'ye dayalı farazî iradesi hiç nazara alınmaksızın, *tam veya kısmî iptalden birini serbestçe seçmek, sadece sömürülene ait bir hak olacaktır*[62]: Hiçbir şekilde hukukî himayeye lâyık olmayan sömürenin ise böyle bir seçimlik hakkı yoktur. O, tam veya kısmî iptal şeklindeki çözümlerden herhangi birisini sömürülene empoze etmek imkânından yoksundur. Bunun gibi, sömürene, *BK. m. 25/II kıyas yolu ile uygulanarak, sömürülenin tam iptal beyanı üzerine, aradaki farkı derhal teklif etmek suretiyle*

---

59) Federal Mahkemeyle aynı görüşte: **Buz**, not 58'de age, s. 65.

60) Bkz., **Gauch**, Der Fussballclub und sein Mietvertrag: Ein markanter Entscheid zur Übervorteilung, recht 1998/2, s. 59.

61) **Gauch**, not 60'da age, s. 58; **Gauch/Schluep/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 kısmî hükümsüzlükle yetinmeyi gerektirdiği zaman, BK. m. 20/II, c. 2 hükmünün uygulanamayacağı hakkında bkz. **Tandoğan**, La nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats, Genève 1952, s. 86 vd.; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 142.

borç ilişkisini kurtarmak hakkı da tanınamaz[63]. Hile ve ikrah hallerinde de kabul ettiğimiz bu çözümün[64], burada bir kere daha ifade edeceğimiz gerekçesi şudur: Sömürene BK. m. 25/II'den kıyas yolu ile yararlanmak hakkını bahşetmek, ona, başkalarını hiçbir rizikoya girmeden dilediği gibi sömürmek için açık kart vermek anlamını taşır. Zira, bu ihtimalde, karşısındakinin zayıf durumundan yararlanarak değeri 100 olan malı 40'a ele geçiren kişi, en kötü ihtimalde dahi aradaki farkı teklif ederek sözleşmeyi kurtarabileceğinden emin olarak hareket edecek, bu yüzden de, âdeta karşı tarafı istismar etme şansını kullanması için teşvik edilmiş olacaktır.

Burada aydınlığa kavuşturulması gereken bir mesele de şudur: Kısmî iptal çerçevesinde, karşılıklı edimler dengelenirken, malın piyasadaki ortalama fiyatı mı esas alınacaktır, yoksa dengesizlikteki "açık" olma unsurunu kaldıracak, kabul edilebilir veya hoşgörülebilir bir meblağ ile mi yetinilecektir? Sözü edilen ikinci ihtimalde, esas alınan miktar, 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 görülüyor[65]. İleri sürülen gerekçeler arasında, bizce en dikkate değer olanı şudur: BK. m. 21, 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'e değil! 30

Karşı tarafın zayıf durumunu istismar ederek gabinli bir sözleşme yapmak, bir *culpa in contrahendo* oluşturur ve Türk Hukukunda hâkim olan görüş çerçevesinde, sömüreni (kıyas yolu ile uygulanan sözleşmeye aykırılık hükümleri çerçevesinde) sözleşmeyi iptal eden diğer tarafın olumsuz zararını tazmin etme yükümlülüğü altına sokar[66]. Tartışmalı olmasına rağmen, bizce burada, tıpkı hile ve ikrah hallerinde olduğu gibi, sözleşmeye icazet veren sömürülenin tazminat isteme hakkı (hileyi incelerken açıkladığımız şartların gerçekleşmesi halinde), BK. m. 31/II hükmünün kıyas yolu ile uygulanması sonucu saklı kalır[67]. 31

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. 1. 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. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 466. -Federal Mahkeme not 58'de anılan kararında bu noktaya ilişkin görüşünü saklı tutmuştur.

64) Bkz. yukarıda § 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 ayrıca 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 def'inde* bulunarak ifadan kaçınabilir; bir başka deyimle, hile ve ikrah halleri için öngörülen BK. m. 60/III, burada da uygulama alanı bulur[68].

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/III'ün, "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 dayandırmak imkânını kazanır. Bu gibi durumlarda, reddettiğimiz görüş açısından dahi, gabin dolayısıyla BK. m. 31/II ve 60/III'den yararlanamayan sömürülen, gabinle aynı zamanda gerçekleşen hile veya ikrah sebebiyle bu maddelerin uygulanmasını sağlayabilir.

V. Gabin (BK. m. 21) ve Ahlâka Aykırılık (BK. m. 20/I) Arasındaki İlişki

33 Gabinli bir sözleşme, aynı zamanda, BK. m. 20/I uyarınca ahlâka aykırı, bu sebeple kesin hükümsüz sayılabilir mi? Bu sorunun cevabını verirken bir ayrım yapmalıdır:

— Olayda, *sadece BK. m. 21'in şartları gerçekleşmiş bulunuyorsa*, gabinle ilgili özel hüküm (BK. m. 21) uygulanır, bunun yanında ahlâka aykırılığı genel olarak düzenleyen BK. m. 20/I'e başvurulamaz *(lex specialis derogat generalis)*[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 etik kurallarının ağır biçimde çiğnenmesi, sömürenin zihniyet veya hareket tarzının kötü ve aşağılık diye ifade edilebilecek bir nitelik taşıması vs. gibi) *ek bir unsur* da gerçekleşmiş bulunuyorsa, BK. m. 20'deki ahlâka aykırılık kavramının sınırları içine girilir ve bu maddede öngörülen kesin hükümsüzlük (butlan) yaptırımı devreye girer ki, bunun, son derece önemli bazı pratik sonuçları vardır:

= Bir defa, BK. m. 21'deki bir yıllık hak düşürücü sürenin geçmiş olması, hiçbir şekilde BK. m. 20 hükmüne dayalı kesin hükümsüzlük yaptı-

---

II, s. 347. Aksi görüşte: **Kramer**, Art. 21, N. 61; **Knoepfel-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) **Knoepfel-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/III 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.

rımının (BK. m. 21'de öngörülen iptal hakkından farklı olarak hâkim 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 ahlâka aykırılık olgusu gerçekleşmiş olabilir. Bu ihtimalde, sömürülenin, her iki hükme de dayanması mümkün olabilecektir[70,71].

Sözleşmedeki edimler arasındaki açık nispetsizliğin çok aşırı bir düzeyde gerçekleşmesi, bir başka ifadeyle sadece "açık" değil, "*çok* veya *olağanüstü ölçüde* açık" bir nispetsizliğin bulunması *(laesio enormissima)*, yine BK. m. 20'deki ahlâka aykırılık yaptırımının uygulanabilmesi imkânını doğurur mu? Bizim de katıldığımız görüşe göre, nispetsizliğin 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 girer[72]. Bizce, Türk Hukuku açısından, Yargıtayın aşırı ölçüde yüksek cezaî 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 olabilir[73]. Ne var ki, BK. m. 161/III, hâkime, 35

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.; **Zufferey-Werro**, not 1'de age, s. 138 vd.; **Elbir**, not 55'de age, s. 198; **Kamm**, 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 nispetsizlik tek başına ahlâka aykırılığın kabulü için yeterli değildir. Bunun için, içeriği, amacı ve bu sözleşmenin yapılmasına vesile teşkil eden şartlar bakımından, onu genel niteliği itibariyle ahlâka aykırı 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; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 676; **Buol**, Beschränkung der Vertragshaftung durch Vereinbarung, Zürich 1996, s. 99-100. Bu yazarlara göre, karşılıklı edimler arasındaki nispetsizlik sadece BK. m. 21'e tâbidir. Federal Mahkeme de, BGE 115.II. 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; **Zufferey–Werro**, s. 231. Aksi fikirde: **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 276; **Knoepfel-Kunz**, not 13'de age, s. 329-330; **Bucher**, AT, s. 232, not 18; s. 259, not 86. Federal Mahkeme ise, BGE 93.II.191'de yer alan kararında, (istikrarlı İsviçre ekonomisi açısından) olağan dışı ve çok aşırı bulduğu %26 oranında faiz anlaşmasını ahlâka aykırı saymakta tereddüt etmemiştir.

73) Her ne kadar, ceza olarak bir miktar paranın ödenmesinin kararlaştırılması şart değilse de, uygulamada genellikle böyle yapılmaktadır.

fâhiş (çok yüksek) gördüğü cezaî şart miktarını tenkis etme (indirime tâbi tutma) imkânını tanımıştır. Burada, öğretinin belirttiği gibi, *BK. m. 21'de öngörülen gabin hükmünü tamamlayan* özel bir düzenleme söz konusudur[74]. Şu var ki, TTK. m. 24, tâcir sıfatını taşıyan borçluları, fâhiş olduğu iddiasıyla cezanın indirilmesini isteme hakkından yoksun bırakmıştır[75]. 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 cezaî şartlar BK. m. 20 uyarınca ahlâka aykırı sayılır[76]. BK. m. 21 hükmünü tamamlayan özel bir kanunî düzenleme için kabul edilen bu çözümün, doğrudan doğruya gabin halinde de geçerli olacağından şüphe edilemez.

Buradaki butlan, ilke olarak, tam hükümsüzlük değil, aşırılığı törpüleyerek sözleşmeyi tümü ile geçersiz sayılmaktan kurtaracak bir kısmî hükümsüzlük biçiminde karşımıza çıkacaktır (BK. m. 20/II).

74) **Bucher**, AT, s. 229; **Oftinger**, not 40'da age, s. 537. Bu konuda, diğer bir tamamlayıcı özel düzenleme, tellâllık (simsarlık) sözleşmesi ile ilgili BK. m. 409'da yer almaktadır. Şu noktayı ayrıca ekleyelim ki, fâhiş 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 tâcirler açısından sadece ticarî 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.; **Karahasan**, TBH, GH, cilt 2, 1992, s. 336 vd.); 13. HD. 3.10.1998, E. 2765, K. 4383 (**Karahasan**, TBH, GH, cilt 2, 1992, s. 332); **v. Tuhr/Peter**, § 87, IV, s. 284; **Arkan**, not 51'de age, s. 139-140.

ALTINCI ALT BÖLÜM

SÖZLEŞME SERBESTİSİ VE SINIRLARI

§ 40. Sözleşme Serbestisi Kavramı

I. İrade Özerkliği, Sözleşme Serbestisi ve Anayasa Hükümleri

Kişilere, hukukî ilişkilerini, serbest iradeleri ile ve kendi sorumlulukları altında, diledikleri gibi düzenleme imkânını tanıyan *irade özerkliği*, Borçlar Hukukunda sözleşme serbestisi biçiminde karşımıza çıkar[1]. BK. m. 19/I, "Bir akdin mevzuu, kanunun gösterdiği hudut dairesinde, serbestçe tâyin olunabilir" diyerek, sözleşme serbestisini sadece "sözleşmenin konusu" açısından ele almıştır. Oysa, aşağıda göreceğimiz gibi, sözleşme serbestisi başka serbestileri de içine alan, daha geniş bir kavramdır. 1

Sözleşme serbestisi, bir temel hak ve özgürlük olarak, Anayasanın 48. maddesiyle de teminat altına alınmış bulunmaktadır. Bu maddenin 1. fıkrasına göre

"Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir".

Görüldüğü gibi, Anayasanın sözleşme özgürlüğünü koruyan hükmü, BK. m. 19'a nazaran daha geniş kapsamlı olarak anlaşılmaya elverişlidir.

Bu vesileyle, ilerde tekrar karşımıza çıkacak bir konuyu şimdiden aydınlatmakta yarar görüyoruz. Anayasa'nın temel hak ve özgürlükleri düzenleyen hükümleri, Devlet ile kişiler arasındaki "dikey" ilişkiyi ilgilendirir. Bunlar, hâkim olan görüşe göre, kişiler arasındaki "yatay" ilişkileri düzenleyen Özel Hukuk alanında *doğrudan doğruya* uygulama alanı bulamazlar. "Anayasa hükümlerinin Özel Hukuk ilişkileri üzerindeki etkisi"[2], ancak Özel Hukukta yer alan belirli tipteki bazı normlar aracılığıyla, bir başka deyimle *dolaylı olarak* gerçekleşir. Söz konusu Özel Hukuk normları, "beyaz hüküm", "çerçeve hüküm", "genel nitelikte hüküm" gibi adlarla anabileceğimiz, kanun tarafından sadece genel çerçevesi çizilen, fakat içeriği 2

1) Bkz. **Merz**, Privatautonomie heute-Grundsatz und Rechtswirklichkeit, Karlsruhe 1970, s. 1-2; **Larenz/Wolf**, § 2, N. 15-16; **Eren**, 9. bası, s. 267 vd.

2) Drittwirkung der Grundrechte.

ayrıca somutlaştırılmaya muhtaç bulunan hükümlerdir[3]. 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 "ahlâka (âdaba)" aykırılık (BK. m. 19/II, 20/I), "hak ve nısfet=hakkaniyet" (MK. m. 4), çeşitli maddelerde geçen "muhik (haklı) sebep" gibi kavramları düzenleyen hükümler gösterilebilir. Hâkim, 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 sağlar[4].

---

3) "Bir kanun hükmünün, bir olaya uygulanabilmesi için gerekli unsurları içinde bulundurmayıp, hâkime bir araştırma ve değerlendirme ile hükmün unsurlarını tamamlama görevi bıraktığı bütün hallerde bir hüküm içi boşluk söz konusu olur" (**Oğuzman/Barlas**, Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 13. bası, İstanbul 2006, s. 71). Ayrıca bkz. **Germann**, Grundlagen der Rechtswissenschaft, 2. A., Bern 1968, s. 96 vd.

4) Bu açıklamalar için bkz. **Müller**, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, Bern 1964, s. 160 vd., 169 vd., **Larenz/Wolf**, § 1, N. 15; § 3, N. 94-95; § 4, N. 50 vd.; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 679; **Serozan**, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, s. 216, 444, 445; BGE 111.II.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 yansıyacağını 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/I. maddelerine göre, kişilerin "kişiliklerini geliştirme" (Anayasamızdaki deyimle "maddî ve manevî varlıkların koruma ve geliştirme") hakları vardır. Kişiliği geliştirmek ise, serbestçe hukukî 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 yansıyabilecek ve örneğin, bir kimsenin vasiyetnamesinde (tasarruf nisabı dahilinde de olsa) erkek çocukları kız çocuklarına tercih etmesi, cinsiyete dayalı olarak Anayasa m. 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, ahlâka veya (Türk Hukuku açısından) kamu düzenine aykırı sayılamayacaktır. Bütün bu gibi örnekleri dikkate alarak, Alman öğretisinde, Özel Hukuktaki hukukî işlem yapma serbestisinin Anayasa'dan gelen zararlı ışınlara (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 Hukuku 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 Hukukta uygulanmasının hâkimleri Özel Hukuka egemen irade özerkliği kavramını da hesaba katmak gibi zor bir problem ile baş başa bıraktığını belirtirken, diğer yandan şu noktaya dikkatle-

"Anayasa hükümlerinin Özel Hukuk ilişkileri üzerindeki etkisi" kavramı ile "Anayasaya uygun yorum" ilkesi birbiri ile karıştırılmamalıdır. Anayasa uygun yorum ilkesinden anlaşılması gereken şudur: Bir kanun hükmü çeşitli biçimlerde yorumlanmaya elverişli bulunuyorsa, Anayasaya en uygun düşen yorum tarzına üstünlük tanınacaktır[5]. 3

II. Sözleşme Serbestisinin Çeşitli Anlamları

Sözleşme serbestisi, özellikle aşağıda yazılı serbestileri kapsamına alır[6]: 4

— Sözleşmeyi yapıp yapmama özgürlüğü;

— Sözleşmenin karşı tarafını seçme, yani dilediği kimse ile sözleşme yapma özgürlüğü;

— Sözleşmenin konusunu istenen biçimde düzenleme ve buna 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 çağımızda tekrar baş tacı edilen "ekonomik liberalizmde" bulan sözleşme serbestisi[7], ferdî (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 girebilmektedirler[8]. Bu ilişkiler kurulurken tarafların, görüşmeler yolu ile, her iki taraf için de âdil ve uygun sayılabilecek bir çözümde mutabık kalmaları asıl sayılmakta ve böylece, şeklî anlamda sözleşme özgürlüğünün, aynı zamanda maddî 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 kurallarının, 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**, I/1, s. 9 vd.; **Eren**, s. 270; **Huguenin**, Basler Komm. Art. 19-20, N. 4 vd.

7) **Schwenzer**, N. 25.04.

8) **Schönenberger/Jäggi**, Vorbem. vor Art. 1, N. 205.

nucuna varılmaktadır. Oysa, realite böyle değildir. Kurulacak sözleşmenin âdil olabilmesi, tarafların görüşme (müzakere) güçleri[9] arasında eşitliğin bulunması şartına bağlıdır. Uygulamada, sözleşenlerin, piyasa durumu hakkındaki bilgileri, zekâları, müzakere yetenekleri ve herşeyden önemlisi sosyo ekonomik güçleri arasında büyük farklar mevcuttur. Eşit olmayan taraflar arasında kurulacak sözleşmenin ise, âdil 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 hazırladığı genel işlem şartlarının diğer tarafa empoze edilmesi ile yetinilmektedir[10]. O halde, bu durum karşısında hukuka düşen bir görev vardır: Sırf şeklî 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 "maddî anlamda sözleşme serbestisi" ilkesini geliştirmek, bir başka deyimle, sözleşme adaletini sağlamak üzere sosyo ekonomik açıdan (yapısal olarak) güçsüz durumda olan sözleşenleri, güçlü olanlara karşı korumak[11]. 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/Schluep/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, şartlandırıcı, 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 krş. **Medicus**, SR I, § 10, N. 73 - Sözleşme serbestisinin her zaman bir hayalden veya ütopyadan ibaret bulunduğu görüşü ile 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 "kira sözleşmesi", "İş Hukuku", "tüketicinin korunması" ve "genel işlem şartları" ile ilgili olarak, maddî anlamda sözleşme adaletinin, şeklî 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**, Rahmenverträge, Zürich 1993, s. 17 vd.

Hukuku'nun 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. 7

§ 41. Sözleşmeyi Yapıp Yapmama Özgürlüğü Açısından Sözleşme Serbestisinin Sınırları

I. Kural

İlke olarak, bir kimse kendisine karşı yapılmış bir icap üzerine malını satıp satmamakta, kiraya verip vermemekte, 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 olur[1]. 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. 1

Görülüyor ki, sözleşmeyi yapıp yapmama serbestisi yanında, sözleşme yapma mecburiyeti ancak bir istisna olarak karşımıza çıkabilir. Öğretide, çok defa, sözleşme yapma mecburiyetinin iki kaynaktan doğabileceğine işaret ediliyor. Bunlardan birincisi "kanundan" doğan sözleşme yapma zorunluluğu, diğeri ise "sözleşmeden" (özellikle bir ön sözleşmeden) doğan sözleşme yapma zorunluluğudur[2]. Oysa, bir sözleşme yaparak, ilerde bir başka sözleşmeyi kurma hususunda borç altına giren tarafın yüklendiği sözleşme yapma mecburiyetinin temelinde yine kendi serbest iradesi yattığına göre, bu gibi durumlarda *gerçek anlamı ile* bir sözleşme yapma zorunluluğundan bahsedilemez[3].

---

12) NJW 47 (1994), s. 36 vd. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. **Atamer**, 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 kararı.

2) Örnek olarak bkz. **Eren**, 9. bası, s. 272; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 144.

3) Buradaki gibi: **Schwenzer**, N. 26.04; **Larenz**, SR I, 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.

II. İstisnalar

1. Kanunun Açık Hükmü ile Öngörülen Sözleşme Yapma Zorunluluğu

2 Özellikle, olağanüstü durumlarda, 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 Millî Korunma Kanunudur. Bu kanun gereğince, örneğin haklı bir sebep olmaksızın mevcut bir malı satışa arz etmemek veya satmaktan kaçınmak yasaklanmış bulunuyordu[4].

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 hayatî ihtiyaçlarını 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 imkânların bulunması" kaydı ile[5] sözleşme kurma zorunluluğu altındadır[6]. Şu halde, örneğin Posta İdaresi, Devlet Demiryolları, elektrik, su, havagazı, doğalgaz dağıtımını yapan kuruluşlar, karşı taraf gerekli şartlara sahip olduğu ve hizmeti yerine getirmek imkânı bulunduğu takdirde, sözleşme yapmaktan kaçınamazlar[7]. Şu noktaya dikkat etmek gerekir ki, bu çözüm, anılan kuruluşlar bahis konusu hizmetler açısından bir tekel konumundan yararlanıyorsa, ayrıca bu olguya da dayanacaktır[8]. Bizce, bütün bu düşünceler, özelleştirme sonucu bu gibi hizmetleri yerine getiren ticaret şirketleri için de, aşağıda belirtilen esaslar çerçevesinde geçerliliklerini koruyacaktır[9].

---

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 kararı (YKD. 1978/8, s. 1256-1257).

6) Yargıtay hizmet veren kuruluş ile hizmetten yararlanan arasındaki hukuki ilişkiyi, bir kamu hukuku ilişkisi değil, iltihakî (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). Krş. **v. Tuhr/Peter**, § 33, III, s. 278 vd.

7) Bu konuda bkz. **Larenz**, SR I, s. 48.

8) **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 144, 146.

9) Ayrıca krş. **Larenz**, SR I, s. 48, not 27.

3. Özel Hukuktan Doğan Sözleşme Yapma Zorunluluğu

Özel Hukukta, sözleşme yapma serbestisi asıl olmakla birlikte, bazı hallerde, istisna olarak, sözleşme yapma zorunluluğu söz konusu olabilir. Bu konuda verilen en klasik örnek şudur: Uğradığı köyde yemek yemek isteyen bir kimseye, köyün tek lokantacısı yemek servisi yapmayı reddederse, lokantacının bu tutumu, *aynı edimi kendisinden beklenebilir biçimde başka yerden tedarik etme imkânına sahip olmayan kişiye karşı*[10] bir sözleşme yapma zorunluluğu doğurabilir. Burada, yerine getirilmesinden kaçınılan edimin mutlaka hayatî (yaşamsal) önemde ihtiyaçlara ilişkin olması da yeni görüşlere göre şart olmayıp, normal ihtiyaçları karşılayan bir sözleşmenin reddedilmiş olması dahi yeterlidir[11]. Bu sonucun hukukî dayanağının ne olduğu hususunda ise görüş birliği yoktur. İleri sürülen belli başlı görüşler şunlardır: 4

a – Birinci görüş: Bu gibi durumlarda, sözleşme yapma zorunluluğunun hukukî dayanağı, hakkın kötüye kullanılması yasağını getiren MK. m. 2/II hükmüdür. Lokantacı, sözleşme yapmaktan kaçınmak suretiyle, sözleşme yapıp yapmamak hususundaki hakkını kötüye kullanmıştır[12]. 5

Bu görüşe karşı yapılabilecek birinci itiraz, sözleşme serbestisinin, bir başka deyimle, bir kimsenin sözleşme yapıp yapmamak hususundaki özgürlüğünün, MK. m. 2/II anlamında bir "hak" oluşturmadığı, bu sebeple de bir hakkın kötüye kullanılmasından söz açılamayacağı şeklinde olabilir[13]. Derhal belirtelim ki, gerçekten bir "hakkın" bulunmadığı sonucuna varılsa bile, bu itiraz yerinde değildir. Zira, bugün, MK. m. 2/II'nin uygulanabilmesi 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; **Kramer**, 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. Maddesinin Bu Açıdan Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 394 ve not 15, 403, 404; **Kramer**, Art. 19-20, N. 114 (bu son yazar, ayrıca, üçüncü görüş çerçevesinde ele aldığımız MK. 24'e dayanma imkânını da saklı tutuyor); **Gürzumar**, Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, Ankara 2006, s. 53, 57 (MK. m. 24/I ve BK. m. 41/II'ye dayanabilme imkânlarına 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 imkânı da saklı tutuluyor.

13) Federal Mahkeme, 2.2.1954 tarihli kararında bu konuda çok tereddüt etmiş ve kesin bir sonuca varmaktan kaçınmıştır (BGE 80.II.40, 43).

kurumların (müesseselerin) dahi MK. m. 2/II anlamında kötüye kullanılabileceği (burada "sözleşme özgürlüğü kurumunun" kötüye kullanılması söz konusu olacaktır) genellikle kabul ediliyor[14].

Daha esaslı olan ikinci itiraz, MK. m. 2/II'nin *ikincil* (tâli) 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 gerekir[15]. Oysa, aşağıda görüleceği gibi, incelediğimiz konu başka hükümlere ve ilkelere dayanılarak çözüme bağlanmaya elverişlidir.

Anayasa m. 13 hükmüne göre temel hak ve hürriyetler (sözleşme serbestisine ilişkin Anayasa m. 48/I de hiç kuşkusuz buna dahildir) "ancak kanunla" sınırlanabilir. Şimdiden belirtelim ki, sözleşme yapma özgürlüğüne sınır getiren MK. m. 2/II gibi, aşağıda incelenen MK. m. 24-25 ve BK. m. 41/II, genel nitelikte hükümler olmalarına rağmen, Anayasa m. 13'ün aradığı "ancak kanunla sınırlama" şartını yerine getirirler[15a].

6 *b – İkinci görüş:* İncelenen örnekteki gibi durumlarda, sözleşme yapmaktan (makul ve haklı görülebilecek bir sebep bulunmaksızın) kaçınmak, BK. m. 41/II anlamında ahlâka aykırı bir eylem ile karşı tarafa zarara verilmesi anlamını taşır ve (hâkimin gereğinde BK. m. 43'e dayanarak sözleşmeyi kurulmuş saymak biçiminde aynen tazmine de hükmedebileceği) bir tazminat borcunun doğumuna yol açar[16].

Bu görüşün zayıf tarafı, zarar göreni BK. m. 41/II'nin ispatı hiç de kolay olmayacak şartlarının içine hapsetmesidir. 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 doğar[17]. Bu taleplerden burada bizi ilgilendirenler, hukuka (veya ahlâka) 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, II/2, 13.A., 1994, s. 461-462; **Jauernig/Vollkommer**, § 242, N. 34.

15) **Baumann**, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. I/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, III, 2, s. 284; **Eren**, s. 273, 275-276 (yazar, BK. 41/I'e dayanma imkânını 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.; **Deschenaux/Tercier**, La Responsabilité civile, 2. éd. Berne 1982, s. 193 vd.; **Tandoğan**, Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara 1961, s. 245 vd.

rumun ortadan kaldırılmasına yönelik "tecavüze (saldırıya) son verilmesi talebi"[18] ve ilerde gerçekleşmesi kuvvetle muhtemel bir tecavüz tehlikesi dolayısıyla ileri sürülebilen "önleme" (kaçınma, içtinap) talebidir[19]. Şu halde BK. m. 41/II hükmünden, bu maddede öngörülen ağır şartları (özellikle kusur şartını) içermeyen başka talepler de çıkarılabilir ve sözleşme yapma zorunluluğu, 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 köyde, tek lokanta işleticisinin hiçbir sebep göstermeden servis yapmayı reddetmesi üzerine, (gitmesinin kendisinden beklenebileceği) yakın mesafede başka bir lokanta da bulamayan A, BK. m. 41/II anlamında ahlâka aykırı bir eylem ile tecavüze uğramıştır. O, bu durumda, BK. m. 41/II'deki tazminat davası yanında, lokantaya kabul edilmesini sağlamak üzere bir "tecavüze son verilmesi" davası açabileceği gibi, ilerde meydana gelebilecek tecavüzlere engel olmak üzere, "önleme davası" da açabilir. Tekrar edelim ki, her iki davada da, davacı (bir tazminat davası söz konusu olmadığı için) BK. m. 41/II'de öngörülen "zarar verme kastı" ve "zarar" unsurlarını ispat etmek mecburiyeti altında değildir.

Lokanta işleticisinin, sözleşme yapmaktan kaçınması, A'nın kişilik haklarını ihlâl eden biçimde de gerçekleşmiş olabilir (MK. m. 24). Örneğin, o, zenci olan A'yı derisinin rengi dolayısı ile reddetmiş bulunmaktadır. Bu durumda, lokanta işleticisinin ayrımcı davranışı sonucu haysiyeti kırılan ve kişilik hakkı ihlâl 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 (saldırının) önlenmesi" davalarını açabilir. Derhal belirtelim ki, şeref ve haysiyetinin yahut itibarının çiğnenmesi suretiyle kişilik hakkı ihlâl 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 İstiklâl caddesinde veya Tarabya'da zenci olduğu gerekçesiyle içeri alınmayan A da anılan davaları açabilir[20]. 8

18) Beseitigungsanspruch, action en cessation du trouble.

19) Unterlassungsanspruch, action en prévention 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 açılabileceği 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 açılabileceği kabul edilmek gerekir ki, böyle anlamsız bir sonuç hiçbir şekilde söz konusu olamaz[21].

Öyle sanıyoruz ki, sözleşme yapmaktan kaçınmanın *karşı tarafın kişilik haklarını ihlâl ettiği durumlarda*, "tecavüze (saldırıya) son verilmesi" ve "önleme" davalarının açılması MK. m. 25 tarafından açıkça hükme bağlandığına göre, MK. m. 24 hükmünün ihlâl edildiği durumlarla sınırlı kalmak ve kişilik haklarına yapılan saldırıyı ortadan kaldırmanın 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 durumu izleyen 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 imkânını bulmadan, etrafın dikkatini çekmeksizin ve son derece kibar bir ifadeyle, köyde ikamet etmeyenlere servis yapmadıklarını söylerse durum böyledir. Bu durumda, turist, kişilik haklarının ihlâline değil, sadece karşı tarafın davranışındaki ahlâka aykırılığa dayanabilecektir.

şeklinde bir mânevî 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 kararı 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: **Bydlinski**, 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 gö- 10
rüşte olduğu gibi, BK. m. 41/II (Alman Hukukunda BGB § 826) hükmüdür. Alman Hukuku öğretisinde hayli yaygın olan bu görüşe göre[22], *bir kanun hükmü, belirli bir davranışa tazminat yaptırımını (müeyyidesini) bağlamışsa, bundan örtülü biçimde, o davranışı yasakladığı sonucu çıkar.* Şu halde, ahlâka aykırı davranışlar için bir tazminat ödenmesini öngören BK. m. 41/II hükmü, aynı zamanda, bu gibi davranışları yasaklayan ve onlardan kaçınmayı emreden bir hükümdür. Oysa, ahlâka aykırı olduğu için bir davranış (burada, sözleşme yapmaktan kaçınmak) yasaklandığı vakit, mantıken zorunlu olarak, bunun tersine hareketin, yani sözleşmeyi kurmanın emredildiği kabul edilmek gerekir. Bir başka deyimle, *karşı tarafça sözleşmenin kurulmasının reddedilmesi ahlâka aykırı olduğu için yasaklanmışsa, sözleşmenin yapılması emredilmiş demektir.*

Bizce, bütün bu görüşlerin ışığında varılması gereken *sonuç* şöyle özet- 11
lenebilir:

— 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 yoldan tekrar aynı lokale gidip oturma imkânını kazanabilir (MK. m. 25/I). Bu davaların açılması, ayrıca "zarar" ve davalı açısından "kusur" şartlarının ispatına bağlı değildir. Görüldüğü gibi, bu ihtimalde, 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 ahlâka aykırılığı öne sürmesine de bir engel yoktur.

— Kişilik haklarının ihlâlinin söz konusu olmadığı durumlarda, meselenin çözümü ilk plânda dördüncü görüş çerçevesinde aranmalıdır. Gerçekten, BK. m. 41/II'den, hiç değilse örtülü biçimde (zımnen), ahlâka aykırı davranışların yasaklanmış bulunduğu sonucunun çıkarılması yerindedir. Köyün veya kasabanın tek fırını veya lokantacısı, turistin sözleşme yapma icabı karşısında öyle veya böyle mutlaka bir karar vermek mecburiyetindedir. 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 ahlâka

22) Bkz. **Larenz**, SR I, s. 48; **Gernhuber**, not 3'de age, s. 134-135; **Palandt/Heinrichs**, 64.A., Einf. vor § 145, N. 9. Avusturya Hukukunda aynı eğilimde: **Bydlinski**, not 10'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 dolaylı 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 ilân edilmiş bilet bedelini ödeyerek, gösterileceği ilân edilmiş filmi seyreder; 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 noktaları 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, (şartları varsa) yine BK. m. 41/II'ye dayalı sözleşme yapma mecburiyeti dördüncü görüş çerçevesinde doğar, fakat aynen ifa (sözleşmenin hâkim 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 tecavüz bulunmadığı ve ahlâka aykırılıktan bahsetmenin de mümkün gözükmediği ihtimallerde, "ikincillik" (tâlilik) ilkesi ile kıskıvrak bağlanan ve uygulanamayan hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin MK. m. 2/II hükmü özgürlüğünü kazanır ve olayın özelliklerine göre yukarıda açıklanan birinci görüş çerçevesinde bir sözleşme yapma zorunluluğuna temel teşkil edebilir.

14 Yargıtay'ın konuyu ayrıntılı biçimde ele alan ilginç bir kararında[23], fiilî tekel durumunda bulunan eczacı, hekim, fırıncı veya lokantacı gibi kişilerin haklı bir sebebe dayanmadan sözleşme yapmaktan kaçınmalarının "hukuka ve bilhassa ahlâka, dürüstlük

22a) Özellikle bkz. not 3 ve 22'de anılan **Gernhuber**, s. 135. Ayrıca bkz. yine not 22'de anılan **Larenz** ve **Palandt/Heinrichs**. –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 kuralına aykırılık teşkil etmesi halinde sözleşme yapma yükümlülüğü"nün söz konusu olacağı belirtilmiştir. Karara 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 yapmaları 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 protokolun 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 ahlâka aykırı saymak da kolay değildir. Bu sebeple çözümün, son çare olarak MK. m. 2'de (ancak Yüksek Mahkemenin yaptığı gibi MK. m. 2/I'de değil, 2/II'de) aranması yerindedir.

Sözleşmenin kurulmasına yönelik talebin, bazı hallerde, pratik değerden yoksun kalacağını gözden kaçırmamak gerekir. Bir gece veya resmî tatil günü sizi restoranına kabul etmeyen kimseye karşı, derhal dava açmak imkânı bulunmadığı gibi, bir ihtiyatî tedbir kararı elde etmek dahi mümkün değildir. Buna karşı, olaydan sonraki ilk iş gününde dava açarak ve ihtiyatî tedbir kararı alarak, ileriye dönük biçimde sözleşme yapma mecburiyetine işlerlik kazandırmak söz konusu olabilir. Şartları varsa, maddî ve manevî tazminat davası açma hakları saklıdır. Bu durumda, sadece bir gece için uğradığı köyde kendisine servis yapılmayan kişinin, sözleşmenin kurulmasına ilişkin bir dava değil, tazminat davası açması çok daha yerinde olur[24]. 15

Dikkate değer ki, Yargıtay da bir kararında "Sözleşme yapma mecburiyetinin mevcut olduğu hallerde, sözleşmeyi yapmaktan kaçınma, hukuka aykırı bir davranış olur. Böyle bir kaçınmaya karşı iki türlü yaptırım uygulanabilir. İstenilen sözleşmeyi yapmaktan kaçınan kişi, kuruluş ve kuruma karşı ya aynen ifa davası açılarak sözleşmenin yapılması sağlanır. Ya da onun aleyhine tazminat davası açılarak uğranılan zararın tazmini istenebilir"[25] demektedir. Olayda davacı, sözleşme yapma zorunluluğunun tespiti ve bu şekilde yaratılan muarazanın giderilmesini talep etmiş bulunuyordu. Yargıtay davalının sözleşme yapmaktan kaçınmasını dürüstlük kuralına aykırı bularak yerel mahkemenin sözleşmenin kurulması yönünde kurduğu kararın onanması gerektiği sonucuna varmıştır. Her ne kadar öğretide muarazanın (karşı gelmenin, çekişmenin) men'i (önlenmesi, giderilmesi) davalarının olumsuz (menfi) tespit davaları içinde yer aldığı ileri sürülüyorsa da[26], Yargıtay "Türk Usul Hukuku uygulamasında muarazanın men'i davaları sadece tespit değil, bünyesinde tespit işlemini de içeren bir tür eda davası olarak kabul edilmektedir" demektedir[27]. Ne var ki, sözleşme yapma zorunluluğu bulunan hal- 16

24) Ayrıca bkz. **Eren**, s. 276.
25) Bkz. yukarda not (23)'de anılan Hukuk Genel Kurul kararı.
26) **Kuru**, cilt II, 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.

17 Sözleşme yapma zorunluluğunun kabul edildiği hallerde, bizim de katıldığımız görüşe göre, önce sözleşmenin kurulmuş sayılması için bir dava açıp kesinleşmiş bir hüküm elde ettikten sonra, bu defa, mahkeme kararıyla kurulmuş sayılan sözleşmeden doğan edimin ifasını istemek üzere ikinci bir dava açılması, pratik olmayan ve işleri gereksiz yere zorlaştırıp uzatmaktan başka bir işe yaramayan bir düşüncedir. Bu konuda, yukarıda ön sözleşme için benimsediğimiz çözümü[28] uygulamak ve her iki davanın bir arada açılabileceğini kabul etmek gerekir[29]. Bunun yanında ikinci bir imkân, sözleşmenin kurulmasına yönelik aynen ifa talebi yerine, uğranılan zararın tazmini için bir tazminat davası açılmasıdır[30].

18 Fransız Hukukunda 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 hâkim 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, ahlâka veya kişilik haklarına 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 kararı doğrultusunda hareket etmeye zorlayan önemli bir tazyik unsuru oluştururdu. Şurasını ekleyelim ki, Fransız Hukukunda, "astreinte", alacaklının tazminat taleplerinden bağımsızdır, yani alacaklı hem zararını tam olarak tazmin ettirmek hem de buna ek olarak özel ceza niteliğindeki "astreinte"i talep etmek imkânına sahiptir[31].

19 Acaba, bir sinemada oynayan filmleri veya bir futbol kulübünü acımasızca eleştiren sinema eleştirmeninin veya spor yazarının, bundan böyle o sinemaya veya sözü geçen futbol kulübüne ait stadyuma kabul edilmemesi halinde, eleştirmen veya spor yazarı, sözleşme yapma zorunluluğuna dayanarak mahkemeye başvurabilirler mi? Almanya'da, İmparatorluk Mahkemesi 7.11.1931 tarihli bir kararı ile, eleştirileri dolayısıyla bir Devlet Tiyatrosuna kabul edilmeyen eleştirmenin, sözleşme yapma mecburiyetine dayanarak açtığı davayı reddetmiştir[32]. 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 noktaları 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. **Terré/Simler/Lequette**, Droit civil les obligations, 5. éd, 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 tartışılan 2.2.1954 tarihli "Seelig" kararına konu olan olayda, bu defa bir sinema eleştirmeninin Zürih'teki "Studio 4" adlı sinemada oynayan bir film için olumsuz bir eleştiri kaleme alması üzerine, bu sinemayı işleten "Studio 4" Anonim Şirketi, eleştirmene bir mektup yollayarak bundan böyle onu sinemasına sokmayacağını bildirmiştir. Eleştirmenin sözleşme yapma mecburiyetinden hareket ederek açtığı dava, Federal Mahkeme'nin çeşitli gerekçelere dayanan uzun bir kararı ile reddedilmiştir[33].

Federal Mahkemenin bu kararı, İsviçre öğretisinde, **Jäggi**[34] tarafından eleştirilmiştir. Yazara göre, meselenin sözleşme yapma zorunluluğu açısından değil, kişilik haklarını başkalarından 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 haklarına yapılan her tecavüz, bu tecavüzü haklı gösterecek (bir başka deyimle "hukuka aykırılığı önleyecek") özel bir sebep bulunmadıkça hukuka aykırı sayılır[35]. Olayda, tıpkı eserlerini sergilemek suretiyle kanunun beğenisine sunan bir ressam veya heykeltraş 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 rıza gösterilmesi, yapılan tecavüzün hukuka aykırılığını engeller. Bu rızaya rağmen, hukuka aykırılığın gerçekleşmiş sayılabilmesi için, olumsuz eleştirinin objektiflikten uzak veya aşırı ölçüde kırıcı 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/III 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 kullanarak sinema salonuna girmeyi yasaklama" hakkından 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. 20

---

tiflikten uzak eleştirilerin yapılmasını sağlamak amacıyla hareket etmesi halinde ahlâka aykırı sayılabileceğini (BGB § 826) kabul etmiştir. Olayda ise, yine Yüksek Mahkeme'ye göre, tiyatro işletmesinin yapılan eleştirileri objektiflikten uzak, yanlış ve zarar verici bulduğu 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 filmleri gösteren tek sinemanın "Stüdyo 4" olduğu anlaşılmaktadır.

34) **Jäggi**, Bemerkungen zum Fall Seelig, SJZ, 50 (1954), s. 353 vd.

35) **Jäggi**'nin yazısının yayınlandığı tarihten sonra gerek İsviçre gerekse Türk Medeni Kanunlarının ilgili maddeleri değişikliğe uğramış, hatta Türk Medenî Kanunu değişmiştir. Yürürlükte olan MK. m. 24/II, hangi hallerin bir hukuka uygunluk sebebi teşkil ettiğini açık seçik 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 fiilî 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 imkânı 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 bilinemeyeceğine 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 maddî ve manevî zararların tazminine yönelik bir dava ile yetinmesi olayın özelliklerine daha uygun düşer.

21 Yukarıda sözü edilen Federal Mahkeme kararının üzerinde durduğu ilginç bir konu da şu olmuştur: Davacı eleştirmen, sözleşme yapma zorunluluğuna dayanak olmak üzere, *"Semenini göstererek emtia teşhiri, kaideten icap addolunur"* diyen BK. m. 7/III 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 imkânı bulunmadığını kabul etmiştir. Yüksek Mahkemenin işaret ettiği gibi, BK. m. 7/III "semenini 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 oluşturmamaktadır[37]. Kaldı ki, "kaideten" (ilke olarak)

36) Konusu bir "mal" değil, "hizmet edimi" olan sözleşmelerde, BK. m. 7/III'ün uygulanamayacağı 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 maddî (cismani) varlığı olan sonuçların taahhüt edilmesi halinde söz konusu olabileceğini kabul edenlerden bazıları, burada bir atipik, kendine özgü ("sui generis", eski deyimi ile "isimsiz") sözleşmenin bulunduğunu, ancak hâkimin mevcut

sözcüğünün gösterdiği gibi, bu hüküm emredici de değildir. Şu halde, konusu mal olan sözleşmelerde bile, icapçı, önceden bazı kimseleri umuma yaptığı bir icabın kapsamı dışında tuttuğunu bildirebilir. Nitekim olayda, eleştirmene gönderilen ve bundan böyle kendisinin sinema salonuna kabul edilmeyeceğini bildiren mektup bu anlamı taşır[38]. Nihayet, sinema, tiyatro, seyahat acentaları vs.nin bedelini bildirerek umuma hizmet sunmalarının gerçekte bir icap mı, yoksa bir icaba davet mi oluşturduğu tartışmalıdır. Üstün tuttuğumuz düşünceye göre, burada bir icaba davet vardır[39].

Almanyada, Münster Asliye Mahkemesi, vaktiyle Alman İmparatorluk 22
Mahkemesince benimsenmiş bulunan olumsuz görüşten ayrılan ilginç bir karar vermiştir[40]. Karara konu olan olayda, bir spor kulübü, bir gazetenin spor yazarına (gazetesinde ileri sürdüğü bazı iddialara kızarak) kendisine ait stadyuma girme 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 etmiştir[41]. Anayasa hükümlerinde yer alan ilke ve değerlendirmelerin dolaylı biçimde Özel Hukuk ilişkilerinde uygulama alanı bulabilmesine imkân tanıyan bu görüşe dayanarak, olayda, yalnız Anayasamızın 28. maddesinde düzenlenen basın özgürlüğünün değil, aynı zamanda düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin de (Anayasa m. 26) çiğnenmiş olduğu ileri sürülebilir[42]. 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 "ahlâka 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/II uyarınca vekâlet hükümlerine başvurulmasının uygun olacağını ileri sürerler (Bkz. **Tandoğan**, II, s. 9, 19, 22). **Tandoğan** (I/1, s. 73) daha önce, tiyatroda bir yer tutulmasını, "temsil bir istisna akdine, oturulacak yerin ayrılması ise kira akdine özgüdür" diyerek, kendisine yabancı bir yan edim içeren karma sözleşme sayıyordu.

38) Aynı yönde düşüncelere Alman İmparatorluk Mahkemesinin yukarıda not 32'de anılan kararında da rastlanmaktadır.

39) Bkz. yukarıda § 18, N. 15. Aynı doğrultuda: **Tandoğan**, I/1, s. 11; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 147; Alman İmparatorluk Mahkemesinin not 32'de anılan kararı. 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; **Kramer**, Art. 19-20, N. 112. -Krş. **Eren**, s. 276; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 366.

23 Sürekli olarak tekrarladığımız 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 imkânına 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 imkândan yoksun bırakıldığına göre, maçı televizyondan seyretme imkânının bulunması, onun açısından, reddedilen edimin bir başka yoldan tedarik edilmesi olarak değerlendirilemez ve sözleşme yapma zorunluluğunun kabul edilmesini engelleyemez.

24 Daha önce, 2 Şubat 1954 tarihli "Seelig" kararı ile, Medenî Kanunun "kişilik hakları" kavramının (İsv. MK. m. 28, Türk MK. m. 24) Anayasada düzenlenmiş basın özgürlüğü kavramının ışığında belirlenmesini reddeden ve Anayasa hükümlerinin sadece yurttaşlar ile devlet arasındaki ilişkiyi düzenlediğini ileri süren İsviçre Federal Mahkemesi, önce Anayasa hükümlerinin Özel Hukuk ilişkileri üzerinde dolaylı biçimde etkili olmasını kabul etmiş[43], daha sonra da 7 Mayıs 2002 tarihli kararı ile sözleşme yapma zorunluluğu kavramına açıklık getirmiştir[44]. Anılan son karara göre, öğretide ileri sürülen bir görüşün aksine, sözleşme yapma zorunluluğunun kabul edilmesi için, mutlaka bunu açık biçimde öngören (ilke olarak kamu hukukuna ilişkin) bir kanun hükmünün bulunması şart değildir[45]. Böyle açık bir kanun hükmü bulunmasa bile, Özel Hukuka ilişkin (örneğin ahlâka aykırı davranışların yasaklanması gibi) genel ilkelerin yardımı ile de sözleşme yapma zorunluluğu bulunduğu sonucuna varılabilir. Ne var ki, bu şekilde hareket edilirken, Özel Hukukun en üst değerlerinden birini oluşturan sözleşme özgürlüğünün asıl, sözleşme yapma zorunluluğunun ise, ancak çok büyük bir dikkat ve ihtiyatla bazı hallerde kabul edilebilecek bir istisna

43) BGE 111. II. 245.

44) BGE 129.III.35; JdT 2003.I.127. Bu kararın eleştirilmesi için bkz. **Bucher**, Nicht "Kontrahierungspflicht" -schon eher 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 kaçırmamak gerekir. Nihayet, sırf Özel Hukuk ilkelerine göre bir sonuca varmanın mümkün bulunduğu hallerde, Anayasa hükümlerinin Özel Hukuk ilkeleri üzerindeki etkisi açısından meselenin incelenmesine de gerek yoktur. Bu açıklamalardan sonra, Federal Mahkeme, aşağıdaki şartların bir arada gerçekleşmesi kaydı ile, ahlâka aykırı davranma yasağından hareket edilerek sözleşme yapma zorunluluğunun kabul edilebileceğini belirtmektedir:

— *Birinci şart:* Bir girişimci (müteşebbis) bazı mal veya hizmetleri genel olarak kamuya arz etmiş (sunmuş) olmalıdır.

— *İkinci şart:* Sözü geçen mal veya hizmetlerin normal ihtiyaçları karşılayan bir nitelik taşımaları gerekir. Bununla günlük hayatta pratik olarak herkesin ulaşıp tasarruf edebileceği mal ve hizmetler kastedilmektedir. Sözleşme yapma zorunluluğunu sadece hayatî ihtiyaçlara yönelik mal ve hizmetler için kabul eden görüş çok dardır.

— *Üçüncü şart:* Mal ve hizmetleri kamuya arz eden girişimcinin piyasadaki güçlü konumu dolayısı ile, ilgili kişinin normal ihtiyaçlarını başka yollara başvurarak karşılaması beklenemez olmalıdır. Piyasada yeterli sayılabilecek biçimde ulaşılabilecek tek bir girişimci bulunduğu veya ulaşılabilecek 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 mümkün olabiliyorsa, karşı tarafın piyasadaki güçlü (hâkim) konumunun sâbit olacağını ayrıca belirtmektedir.

— *Dördüncü şart:* Girişimci, sözleşmeyi kurmaktan kaçınmasını objektif açıdan haklı gösterebilecek sebepler ileri sürememiş olmalıdır[46].

---

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 ayrı kategoride yer aldığını, olaydaki talebin Posta İdaresinin Kamu Hukuku hükümlerine göre yerine getirmekle yükümlü olduğu hizmetlerle bir ilgisi bulunmadığını tespit eden Federal Mahkeme, ister istemez, meseleyi Özel Hukuk hükümleri çerçevesinde ele almak zorunda kalmıştır. Yüksek Mahkeme, metinde belirttiğimiz dört şart açısından durumu incelemiş ve gönderilerin kabul edilmemesinin, bu şartların hepsinin gerçekleşmiş bulunması ve özellikle Posta İdaresinin piyasadaki hâkim (güçlü) konumu dolayısı ile, ahlâka 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 Mahke-

25 Sinema filmleri eleştirmeni ile spor yazarının, haksız eleştiri yazıları yazdıkları gerekçesi ile sinemaya veya stadyuma alınmamaları 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 hayatî 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 olmadığından[47] spor yazarı açısından üçüncü şarta da gerçekleşmiş gözü ile bakılmalıdır. Sinema eleştirmeni için ise bir ayrım yapmak gerekecektir: 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 belirttiğimiz gibi, "haksız biçimde hep aleyhimize yazdığı için içeri almıyoruz" iddiası, Anayasanın "basın" ve "düşünceyi açıklama ve yayma" özgürlüklerinin ışığında içeriği somutlaştırılan "ahlâka 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 ayrıca 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 imkânı bulunduğu halde, Federal Mahkemenin, sırf gönderilerin Posta İdaresince kabul edilmemesinin hukuka aykırı düştüğünün tespiti için açılan bir davayı, bu noktayı hiç dikkate 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 öngörmüştür. Anılan hükmün ilk iki fıkrası şöyledir: 26

"Satıştan Kaçınma

Madde 5: Üzerinde "numunedir" veya "satılık değildir" ibaresi bulunmayan bir malın; ticarî bir kuruluşun vitrininde, rafında veya açıkça görülebilir herhangi bir yerinde teşhir edilmesi halinde satıcı bu malların satışından kaçınamaz.

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 ayrım gözetmiştir:

a. Mal Arzı

Ticarî bir kuruluşun vitrininde, rafında veya açıkça görülebilir herhangi bir yerinde teşhir edilen *malların*, üzerlerinde "satılık değildir" veya "numunedir" ibaresi bulunmadıkça satışından kaçınılması yasaklanmıştır. Kanunun sadece iki deyimden söz açmasına rağmen, bu malların satılık olmadığını 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 taşısın[49]. 27

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 anlamanın 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 hukukî 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, Yargıtayın (istisnası bulunmakla birlikte) çeşitli kararları ile benimsediği görüşe göre, "tâcir olan tüzel kişilerin" özel işlemleri olamayacağından, bunların tüm işlemlerinin istisnasız olarak ticarî 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 göstererek 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 hüküm değildir. Yorumlayıcı bir kural niteliğini taşıyan bu hükümle sadece, semenini (fiyatını) göstermek suretiyle mal sergilemenin, aksi anlaşılmadıkça bir icap sayılacağı, bunun sonucu olarak da, karşı tarafın kabul beyanı üzerine sözleşmenin kurulacağı vurgulanmıştır. Oysa, TKHK m. 5 bir sözleşme yapma zorunluluğunu öngörmektedir[50].

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 ayrı ayrı ele almak yerinde olur:

= *Birinci ihtimal: Mal fiyatı gösterilerek* fakat satılık olmadığı belirtilmeksizin sergilenmişse, ilk plânda uygulanacak hüküm (aşağıda not 53'de belirtilen sınırlama saklı olmak üzere) BK. m. 7/III hükmüdür. Çünkü burada satıcı tarafından yapılan icabın dükkâna giren alıcı (tüketici) tarafından derhal kabul edilmesiyle sözleşme kurulmuş olacağından, bir sözleşme yapma zorunluluğu olgusunun gerçekleşmesine gerek ve imkân kalmaz. TKHK. m. 5 hükmü ile satıcı için öngörülen sözleşme yapma zorunluluğu, onun tüketici tarafından yapılacak icapları kabul etme mecburiyeti altında olmasını ifade eder[51]. 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 sonucu olarak satıcının sözleşmeyi kurma mecburiyetinden söz açmaya imkân kalmamaktadır. Şu halde, *fiyatı gösterilerek sergilenen ve BK. m. 7/III hükmünün kapsamına giren mallar açısından TKHK. m. 5 hükmünün uygulanması söz konusu olamaz. Buna karşı, fiyatı ile birlikte sergilenen mal ile tamamen aynı cins ve nitelikte olup mağazanın deposunda (stokta) bekleyen diğer malların* durumu, aşağıdaki açıklamalarımızdan anlaşılacağı gibi farklıdır.

= *İkinci ihtimal:* Mal *fiyatı gösterilmeden* sergilendiği vakit, BK. m. 7/III uygulanamaz. Bu durumda ortada tüketiciye karşı yapılmış bir icap yoktur. Bunun sonucu olarak, mal sergilemek suretiyle bir icaba davet beyanında bulunmuş satıcıya TKHK. m. 5/I hükmü ile, "satıcı bu malların satışından kaçınamaz" ibaresinin gösterdiği gibi, tüketicinin icabını kabul ederek sözleşmeyi kurma zorunluluğu getirilmektedir.

---

50) Bkz. **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 145.
51) Bkz. yukarıda N. 1.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, TKHK. m. 5/I hükmü ile fiyatı gösterilmeden 30
mal teşhiri icap sayılmıştır[52]. Bu görüş yerinde değildir. Bir defa, bu görüş doğru olsaydı, satıcının kendi serbest iradesi ile mal teşhir ederek yaptığı icabın tüketici tarafından yine kendi serbest iradesine dayalı olarak kabul edilmesi üzerine tüm sözleşme kurma hallerinde geçerli olan mekanizma tekrar edilmiş olacağından, sözleşme kurma zorunluluğundan söz açmak imkânı olmaz ve bu yoldan sözleşme kurulduğuna göre kanundaki "satışından kaçınamaz" ibaresi anlamsız kalırdı. Kaldı ki, fiyatı gösterilmeden mal teşhiri, karşı tarafın "Evet, kabul ediyorum" demesi ile sözleşmenin derhal kurulmasına imkân verecek olgunlukta bir beyan oluşturmadığı ve kurulacak sözleşmenin esaslı noktalarından 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 "tüketici" sıfatını ta- 31
şıyan kişilerin yapmak istedikleri "tüketici işlemi" niteliğindeki sözleşmeler için uygulanabileceğini gözden uzak tutmamak gerekir (TKHK 2). Oysa, BK. m. 7/III açısından böyle bir sınırlama yoktur.

— Dördüncü olarak belirtilmesi gereken husus şudur: Hâkim olan ve 32
bizce de üstün tutulması gereken görüşe göre, BK. m. 7/III 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 değildir[53]. 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 açıklamalarımız 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 kurma 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 (mislî 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, öğretide bazı yazarlarca ve her zaman tam olarak birbirine uymayan formüllerle, örneğin

sadece sergilenen mal için (şartları varsa) BK. m. 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 Mayıs 2002 tarihli Federal Mahkeme kararında[55] sözü edilen dört şarttan burada sadece dördüncüsüne yer verilmiştir. Ne var ki kararda anılan ilk iki şart da ("genel olarak ve kamuya açık biçimde hizmet sunulması" ve "bu hizmetin günlük normal ihtiyaçları karşılıyor olması") TKHK. m. 5/II uygulamasında ilke olarak gerçekleşmiş olacaktır. Buna karşı, TKHK. m. 5/II açısından, Federal Mahkemenin öngördüğü "hizmet sunanın piyasadaki güçlü (hâkim) 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 (Krş. **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 (**Zevkliler/Aydoğdu**, s. 152).

55) Bkz. yukarıda N. 24.

Ona karşı, kolaylıkla yandaki restoranda yemek yiyebileceği savunması yapılamaz[56].

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 yoruma tâbi tutmamak yerinde olur. Örneğin, belirli bir müşteri kitlesine hitap eden lüks bir restoran işleticisinin, çirkin tutum ve davranışlarıyla ona asıl müşterilerini kaybettirecek kimseleri içeri almaması, rahatlıkla 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 öngörmüştür. Bu hükme dayanılarak, TKHK. m. 5 hükmü çiğnenmek suretiyle satıştan veya hizmet sunmaktan kaçınmanın yaptırımının sadece bu para cezasından ibaret bulunduğu, ayrıca Özel Hukuk yaptırımlarına 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 yaptırımı öngören bir kanun olarak anlamak ve tüketicileri Özel Hukukun öngördüğü yaptırımlardan (kanundan doğan sözleşme kurma zorunluluğunun aynen ifası için dâva açılması, yerine göre maddî veya manevî 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

Medenî Hukukun bazı alanlarında, taraflar kanunda öngörülen tiplerle 1

56) Gerek Federal Mahkeme kararının esas aldığı Borçlar Hukuku sisteminde gerekse Tüketici Hukukunda, sözleşme yapmaktan kaçınma karşı tarafın şeref, haysiyet veya itibarını ihlâl edecek biçimde gerçekleşmişse (örneğin, lokantaya giren kişi herkesin gözü önünde "senin gibi ahlâksızları buraya almıyoruz" diye bağırılarak kovuluyor), kişilik haklarını koruyan MK. m. 25'e dayalı olarak ileri sürülebilecek talepler, bu arada tecavüzün (saldırının) önlenmesi davası ile lokantacının sözleşme yapmaya mahkûm edilmesi talebi saklıdır. Böyle bir talep açısından, Borçlar Hukuku alanında dahi, davacının aynı edimi başka yerden sağlamasının ondan beklenebilir olup olmadığı araştırılmaz Bkz. yukarıda N. 8.

bağlı oldukları gibi, bu tiplerin içeriklerini düzenleme konusundaki serbestileri, çeşitli ölçü ve derecelerde sınırlandırılmıştır. Örneğin, Eşya Hukukunda, kanunda belirtilen aynî haklar dışında, yeni bir aynî hak tipi yaratılması mümkün olmadığı gibi, öngörülen aynî hakların içeriği de, kanunun çizdiği sınırları aşarak değiştirilemez, bir başka anlatımla kanunda öngörülmüş bir tipe istenildiği gibi yeni bir içerik verilemez[1]. Bu konuda verilebilecek ikinci bir örnek tüzel kişilerle ilgilidir. "Numerus Clausus" ve "tipe bağlılık" ilkeleri burada da geçerlidir[2].

2 "Numerus Clausus" ve "tipe bağlılık" ilkeleri ticaret şirketleri ve kooperatifler hakkında da uygulanır[3].

3 Sözleşmelerde durum farklıdır. Borçlar Kanunu (m. 19/I), kanunun gösterdiği sınırları aşmamak kaydı ile, sözleşmenin konusunun (içeriğinin) serbestçe belirlenebileceğini hükme bağlamıştır[4]. Sözleşmenin konusunu

---

1) **Steinauer**, Les droits réels, tome I, 2. éd., Berne 1990, N. 120 vd., 124; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, 11. bası, İstanbul 2006, s. 22.

2) **Riemer**, Personenrecht des ZGB, Bern 1995, N. 458 vd.; **Serozan**, Tüzel Kişiler, İstanbul 1994, s. 29-30. **Serozan**'ın ifadesiyle, "Numerus 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 kazandırılamayacağı anlamına gelir".

3) **Poroy/Tekinalp/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 "akdin mevzuu" denmiştir. Almanca "Inhalt" sözcüğü "içerik" anlamına geldiği gibi "konu" anlamına da gelir (Bkz. **Önen/Şanbey**, Almanca-Türkçe Sözlük I, Ankara 1993, s. 512; **Steuerwald**, Almanca-Türkçe Sözlük, 1992, s. 309; **Denker/Davran**, Almanca-Türkçe Büyük Lûgat, İstanbul 1947, II, s. 346). Nitekim **Kıygı** da (Wörterbuch der Rechts-und Wirtschaftssprache, Teil II: Deutsch-Türkisch, s. 418), "Inhalt" maddesinde "Inhalt des Vertrages" ibaresini "sözleşmenin konusu" olarak çevirmektedir. Aynı şekilde, **Piccard/Thilo/Steiner**'in Fransızca-Almanca Hukuk Sözlüğünde (Dictionnaire Juridique, I, français-allemand, Zürich 1950, s. 376), "objet" maddesinde, "objet du contrat" deyimi "Inhalt des Vertrages, Vertragsgegenstand" olarak çevrilmiştir. Bütün bunlar gösteriyor ki, **Başpınar**'ın (Borç Sözleşmelerinin Kısmî 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 geniş 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 hukukî 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 serbestisini içerdiğine göre, Borçlar Kanununun özel bölümünde düzenlenen sözleşme tipleri, hayatta en çok rastlanan klasikleşmiş örnekler olmaktan öteye geçmez. Sözleşenler, diledikleri vakit, mevcut tiplerin bir kaç tanesinden yararlanıp karma nitelikte sözleşmeler (yerine göre, karma veya bileşik sözleşmeler) yapabilecekleri gibi, kanunlarda hiç öngörülmemiş kendine özgü *(sui generis)* yepyeni tipler de yaratabilirler (kendisine özgü yapısı olan sözleşmeler)[5]. Birinci grupta yer alan karma sözleşmelere örnek olarak pansiyon sözleşmesi gösterilebilir. Bu sözleşmede oda tahsisi "kira", kahvaltı ve yemek verilmesi "ard arda teslimli satış", odanın temizlenmesi "hizmet" sözleşmesine ilişkin unsurları içerir[6]. İkinci gruba ise, "tek satıcılık", "franchise = pazarlama imtiyazı", "satış için bırakma" vs. gibi sözleşmeler girer.

II. 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 illkesini belirttikten sonra, ikinci fıkrasında, sözleşme konusu (içeriği) açısından öngörülen sınırlamaları saymaktadır. Aşağıda, ahlâka aykırılığı incelerken ayrıca ele alacağımız (kişiliğin korunması ile ilgili) MK. m. 23 de, BK. m. 19/II'nin ifadesine göre bu sınırlamalara eklenmelidir[7]. Şimdilik, biz, MK. m. 23 hükmünü bir köşeye bırakıyor ve meseleyi sadece BK. m. 19 ile BK. m. 20 arasındaki ilişkiler açısından ele alıyoruz. 4

Yine klasik anlayışa göre, BK. m. 19/II'de öngörülen sınırlamalara uyulmadığı zaman, sözleşmeye uygulanacak hükümsüzlük yaptırımı BK.

---

konusu kavramları İsviçre-Türk Hukukları açısından eşanlamlı 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 gözetilemeyeceği 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 içeriği" deyimi, 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 nisbî bir avantaj sağlamaktadır. Biz, açıklamalarımızda her iki deyime de yer vereceğiz.

5) Borçlar Hukukunun Özel Hükümleriyle ilgili kitaplarda, burada üzerinde durmadığımız ayrıntılarıyla incelenen bu konu için örnek olarak bkz. **Tandoğan**, I/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**, I/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. Görülüyor ki, bu anlayış çerçevesinde, BK. m. 19/II, sözleşmenin konusunun hangi sınırlar içinde belirlenebileceğini gösteren bir hükümdür; BK. m. 20/I'de ise, bu sınırlar aşılarak kurulan bir sözleşmenin hangi yaptırımla karşılaşacağı belirtilmiştir[8].

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 bırakmıştır[9]. 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 kurallarına veya kanuna aykırılık (bunu geniş anlamı ile "hukuka aykırılık" olarak ifade edebiliriz), b) ahlâka (âdâba) aykırılık; c) umumî intizama (kamu düzenine) aykırılık; d) şahsî hükümlere müteallik haklara aykırılık (çok yanlış biçimde kaleme alınan bu kavram ile "kişilik haklarına aykırılık" kastedilmektedir). Buna karşı, BK. m. 20/I uyarınca sözleşmenin konusu a) gayri mümkün (imkânsız); b) gayri muhik (hukuka aykırı); c) ahlâka (âdâba) aykırı ise, o sözleşme bâtıldır (kesin hükümsüzdür).

2. BK. m. 19/II'ye Verilecek Anlam ve Bu Açıdan Sözleşme Serbestisinin Sınırlarının Belirlenmesi

5 Bu maddenin birinci fıkrası, sözleşmenin konusunun, kanunun çizdiği sınır çerçevesinde serbestçe belirlenebileceğini belirtmek suretiyle sözleşme serbestisi ilkesini dile getirdikten sonra, ikinci fıkrasında şu hükme yer vermektedir:

> "Kanunun kat'î surette emreylediği hukukî kaidelere veya kanuna muhalefet; ahlâka (âdâba) veya umumî intizama yahut şahsî 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) ahlâka 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 "ahlâk", "kamu düzeni" ve "kişilik hakları", sözleşme serbestisine sınır koyan ayrı ve bağımsız kavramlar olmayıp, bunlar, sadece *bir kanun hükmünün ne vakit emredici sayılacağını göstermek üzere* öngörülmüş kavramlardan ibarettir. Şu halde, bir kanun hükmünün emredici olduğu ilgili hükmün sözünden doğrudan doğruya anlaşılamıyorsa, şu nokta araştırılacaktır: Bu hükme aykırı davranılması "ahlâka" veya "kamu düzenine" yahut "kişilik haklarına" ters düşüyor mu? Bu sorunun cevabı anılan kavramlardan herhangi birisi açısından olumlu ise, hükmün emredici olduğu sonucuna varılacaktır[10]. Görülüyor ki, bu görüş çerçevesinde, BK. m. 19/II, sadece bir kanun hükmünün hangi hallerde emredici sayılacağını bize gösteren bir hüküm olmaktan öteye geçmemektedir[11]. Derhal belirtelim ki, İsviçre Borçlar Kanununun hazırlık çalışmaları da hükmün bu maksatla kanuna konulduğunu göstermektedir[12].

Aşağıdaki açıklamalarımızdan anlaşılacağı gibi, BK. m. 19/II'nin gerçek niteliğini en iyi açıklayan görüş budur. Esasen, sözleşme serbestisinin sınırlarını BK. m. 19/II'de ayrıca gösterip, daha sonra BK. m. 20'de bunları, kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlamak suretiyle bir kere daha saymanın bir anlamı da yoktur. Zira, BK. m. 20'de sözleşmenin hangi hallerde kesin hükümsüz olacağı gösterilirken, aynı zamanda sözleşme serbestisinin sınırları 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/II hükmü sözü edilen sınırları belli etmek bakımından yetersizdir ve BK. m. 20'yi de esas almadan bu sınırları çizmek mümkün olamamaktadır.

Bütün bu düşüncelere rağmen, bu görüşün Türk Hukukunda kabul

---

10) Bkz. **Kramer**, Art. 19-20, N. 129; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 629.

11) Bu görüşte olanlara örnek olarak bkz. **v. Tuhr/Peter**, § 31, II, s. 250; **Keller/Schöbi**, s. 143; **Lörtscher**, Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht, Zürich 1977, s. 197-198; **Kamm**, Freizeichnungsklauseln im deutschen und im schweizerischen Recht-ein Vergleich, Bergisch Gladbach Köln 1985, s. 170 vd.; **Hatemi**, Medenî 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 bağdaşmayan sözleşmelerin kamu düzenine, ahlâka veya kişilik haklarına ters düşüp düşmediğine bakılması gerektiğini yerinde olarak belirtiyorlar (Örnek olarak bkz. **Oğuzman/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, öğretide, "kamu düzeni", "ahlâk" ve "kişilik hakları" kriterlerinin sınırlayıcı olmadığı, bunlara özellikle "sosyo-ekonomik açıdan zayıf olanları korumak amacı ile çıkarılmış hükümleri" eklemek gerektiği yolunda bir eğilim vardır (Bkz. **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 74). Ancak, bu son kriterin çok defa "kamu düzenine", hatta yerine göre, "ahlâka" aykırılığın özel bir görünümünden ibaret kaldığı da söylenebilir (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 diğer 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 ayrılmanın kamu düzenine, ahlâka veya kişilik haklarına ters düşmediği hallerde geçerli olur." Öğretide, hükmün yorumlayıcı niteliğini ispatlamak üzere, maddede sözü edilen "ayrılmanın", "kanun hükümlerinden ayrılma" olduğu; böylece, açıkça emredici nitelikleri belirtilmemiş diğer kanun hükümlerinin ne vakit emredici sayılacağını göstermek üzere "ahlâka", "kamu düzenine" ve "kişilik haklarına" ters düşme kriterlerinin getirildiği ileri sürülmüştür[13]. 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 sözü edilen kavramlardan her biri, ayrı ayrı, sözleşme serbestisine sınır çizmek üzere kanuna konulmuştur. Şu halde, bir sözleşme, "kanunun emredici hükümlerine veya kanuna", "ahlâka", yahut "kamu düzenine" (kanundaki ifadeyle "umumî intizama") veyahut "kişilik haklarına" (kanun bunu "şahsî hükümlere müteallik haklara" diye ifade ediyor) aykırı olamayacak, bu kavramlardan bir tanesine dahi aykırılık halinde, sözleşme serbestisinin sınırları aşılmış sayılacaktır[14].

Bu görüş de ciddi biçimde eleştirilebilir:

a. Bir defa, yukarıda belirttiğimiz gibi, BK. m. 20/I, sözleşmenin hangi hallerde kesin hükümsüz (bâtıl) olduğunu gösterdiğine göre, sözleşme serbestisinin sınırlarını, aynı zamanda uygulanacak yaptırımı 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" (imkânsız), "gayrı muhik" ("hukuka aykırı" anlamında)[15] yahut "ahlâka (âdâba) aykırı" sözleşmelerden söz açmaktadır. Şu halde,

---

13) **Lörtscher**, not 11'de age, s. 197-198; **Kamm**, not 11'de age, s. 170-171.

14) Bu konuda bkz. **Zufferey-Werro**, not 7'de age, N. 309 vd.; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 647.

15) BK. m. 20/I'deki "gayri muhik" deyiminin "hukuka aykırı" olarak anlaşılması gerektiği hususunda bkz. **Karahasan** SH, Sözleşmeler, s. 228, not 234; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 395.

aa. "Hukuka aykırılık", değişik biçimlerde ifade edilmiş olsa da (BK. m. 19/II'da "kanunun kat'i surette emreylediği hukukî kaidelere veya kanuna muhalefet", BK. m. 20/I'de "gayri muhik"), her iki maddede de mevcuttur.

bb. Aynı şey "ahlâka aykırılık" için tekrar edilebilir. Gerek BK. m. 19/II gerekse BK. m. 20/I, ahlâka aykırılık kavramını açıkça anmaktadır.

cc. BK. m. 19/II'de "kamu düzenine" ve "kişilik haklarına" aykırılıktan söz açıldığı halde, BK. m. 20/I'de bu kavramlar yer almamaktadır.

dd. Sözleşmenin konusunda "imkânsızlık" sadece BK. m. 20/I 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 kuşkusuzdur[16]. Daha ileri giderek, kişilik haklarına aykırı sözleşmelerin genellikle hem hukuka hem de ahlâka aykırılık oluşturdukları da söylenebilir.

Bu durum karşısında bugün için üstün tutulacak çözüm, öğretide çok defa yapıldığı gibi, BK. m. 19/II ile BK. m. 20/I'i *birlikte* ele alarak sözleşme serbestisinin sınırlarını tespit etmek ve bu açıdan aşağıdaki üçlü ayrıma üstünlük tanımaktır[17]: 8

— *Hukuka aykırılık:* Bunun içine "emredici hukuk kurallarına ve kanunun yasaklayıcı hükümlerine aykırılık" girdiği gibi, "kamu düzenine" ve "kişilik haklarına" aykırılık halleri de bu kategoride yer alır[18].

— *Ahlâka 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/Schluep/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/II 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 "ahlâka 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 ahlâka aykırılıktan söz etme imkânı saklıdır (Bkz. aşağıda N. 58)

— *Sözleşmenin konusunun imkânsız olması*

Aşağıda "hukuka aykırılık" ve "ahlâka aykırılık" kavramlarını ayrı ayrı ele alıyor, "imkânsızlık" açısından ise *Serozan*'ın bu eserin üçüncü cildindeki açıklamalarına yollama yapıyoruz.

III. Hukuka Aykırılık

1. Genel Olarak

9 Hukuka aykırılık, hukuk düzeninde yer alan objektif nitelikteki yazılı veya yazılı olmayan kurallara aykırılığı ifade eder. Bu kuralların Kamu Hukukuna veya Özel Hukuka ilişkin olması bir fark yaratmaz[19]. Tarafların yaptıkları işlemin hukuka aykırılığını bilip bilmemeleri de önem taşımaz[20].

10 BK. m. 41/I'de "haksız bir surette" biçiminde ifade edilen "hukuka aykırılık" unsuru ile BK. m. 19-20 anlamında hukukî işlemlerin geçersizliğine yol açan hukuka aykırılık kavramı farklı kavramlardır. Bunları birbiriyle karıştırmamak gerekir[21].

11 Dikkat edilecek bir başka nokta şudur: İhlâl edilen hukuk kuralı "objektif" bir hukuk kuralı (örneğin bir kanun hükmü) olmalıdır. Bir kimsenin yaptığı borçlanma işlemine aykırı düşen taahhütleri, objektif bir hukuk kuralına ters düşmüş sayılamayacağından, ilke olarak, BK. m. 19-20 anlamında bir hukuka aykırılıktan söz açılamaz. 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 ihlâli 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 hukukî sonuç, A'nın B'ye bir tazminat ödemesinden ibaret kalır[22].

12 İsviçre Federal Mahkemesi, ilginç bir kararında, bu kurala bir istisna getirmiştir. Olayda, mirasbırakanın üç mirasçısı (eşi ve iki kızı) aralarında yaptıkları bir mirasın paylaştırılması (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, III, 2, s. 254; **Engel**, s. 271.
21) **Schwenzer**, N. 32.05; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 655.
22) Özellikle bkz. **v. Tuhr/Peter**, § 31, III, 1, s. 252. Hiç kuşkusuz, her iki örnekte de C'nin B'ye zarar verme kastı ile hareket etmiş olması halinde, BK. m. 41/II 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 imzalayan mirasçılara yapılacak devirleri de kapsamına aldığı sonucuna varıldığı takdirde, durum şöyledir: Ortada BK. m. 20 anlamında kesin hükümsüz bir işlem yoktur. Ne var ki, üç kişinin dahil bulunduğu bir borç ilişkisi, bunlardan ikisi tarafından üçüncü taraf aleyhine ihlâl edildiği vakit, "sırf taraflar arasında hüküm ifade etmek üzere" bir hükümsüzlük kabul edilmelidir. Öyle anlaşılıyor ki, eş, olayda taşınmazı kızına değil de, paylaştırma (taksim) sözleşmesine yabancı bir üçüncü kişiye devretmiş olsaydı, ana kural uygulanarak bu tasarruf işlemi (annenin kızlarına karşı tazminat ödeme borcu saklı kalmak üzere) geçerli sayılacaktı[23].

Hukuka aykırılık aşağıda yazılı dört yoldan biriyle gerçekleşir:

a. Hukuk düzeninin doğrudan doğruya böyle bir sözleşmenin yapılmasını yasaklaması 13

Belirli tipte bazı sözleşmelerin kurulması hukuk düzenince yasaklanmış olabilir. Örneğin, BK. m. 99/I hükmüne göre, borçlunun kast veya ağır ihmali olsa bile alacaklıya karşı sorumlu tutulamayacağı kararlaştırılamaz. 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/II tarafından açıkça yasaklanmıştır. Bu yasağa rağmen, temsil olunan ve temsilcinin bu hükmün aksini kararlaştırmaları incelediğimiz hukuka aykırılık kategorisine girer.

b. Hukuk düzenince kurulması yasaklanmamış olan sözleşmenin, içeriğinde yer alan bazı hükümler (tarafların edimlerine ilişkin düzenlemeler) açısından hukuka aykırı olması 14

Örneğin, birisine ücret karşılığı suç işlemesi için vekâlet verilmişse, hukuk düzeninin tanıdığı ve kurulmasına izin verdiği vekâlet sözleşmesi, bu olaydaki içeriği (vekilin yerine getirmekle yükümlü olduğu edimin niteliği) 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 sözleşmenin yapılması yasaklandığı zaman da, o sözleşme içeriği açısından hukuka aykırı duruma düşer) söz konusu ayrım pratik değerden yoksundur[24].

c. Taraflarca güdülen dolaylı ortak amacın hukuka aykırı olması 15

Genellikle kabul edilen anlayışa göre, sözleşmenin içeriği (konusu) kavramı sadece dar ve teknik anlamı ile sınırlı tutulmadığı için, geniş kapsamlı bir değerlendirme çerçevesinde, taraflarca (açıkça veya örtülü biçimde) güdülen dolaylı ortak amaçlar da bu içeriğe dahil sayılmakta ve söz

23) Bkz. BGE 114.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 ihtimallerde BK. m. 19-20 hükümlerinin uygulama alanı bulabileceği kabul edilmektedir[25]. Örneğin, bir banka ile kredi sözleşmesi imzalayan A, gerçekte kredi olarak alacağı parayı uyuşturucu ticaretinde kullanmak amacını güdüyor, banka da bunu bilerek ve açıkça veya örtülü biçimde bu amacı paylaşmak suretiyle sözleşmeyi yapmış bulunuyorsa, sözleşme hukuka aykırı sayılarak kesin hükümsüz 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 yasaklamış olması halinde, ilgili hüküm dolanılmak suretiyle bu sonucun bir başka yoldan elde edilmesini sağlayan işlemler, sözü geçen kanun hükmünün doğrudan doğruya ihlâli ile bir tutulur ve bir hukuka aykırılık oluşturur[26].

2. Hukuka Aykırılık Halleri

a. Emredici Kanun Hükümlerine Aykırılık

17 Bazan kanun tarafından bu husus açıkça ifade edildiği, bazan ise yorum yoluyla (özellikle kanun hükmüne aykırılığın ahlâka, kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırı düşmesi halinde) bir hükmün emredici olduğu anlaşıldığı takdirde, bundan çıkacak sonuç şudur: Emredici hükümler, taraf iradeleriyle 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 göre, *"İşbu üçüncü bapta tâyin olunan müruru zaman müddetleri, mukavele ile tâdil olunamaz"*. Zaman aşımı sürelerinin tarafların anlaşmasıyla değiştirilmesine imkân tanımayan bu hüküm emredicidir. Taraflar sözleşmelerinde BK. m. 125 gereği on yıllık zamanaşımına tâbi bir alacakta zamanaşımını on beş yıl olarak kararlaştırırlarsa, bu anlaşma hükmü değil, kanunda yazılı on yıllık zamanaşımı hükmü esas alınır. Bunun gibi, kast veya ağır kusur (ihmal) halinde borçlunun sorumlu tutulamayacağını öngören sorumsuzluk kayıtları geçersizdir (BK. m. 99/I). Buna rağmen, taraflar, borçlunun ağır ihmali olsa bile sorumlu olmayacağı hususunda anlaşırlarsa, bu anlaş-

25) Bkz. **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 644; **Hürlimann**, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20, Abs. 2 OR, Freiburg Schweiz 1984, N. 110; **Schwenzer**, 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/I hükmü uygulanır. Derhal belirtelim ki, Borçlar Hukukunda emredici hükümlerin sayısı azdır. İrade özerkliğinin hâkim olduğu bu alanda, "tamamlayıcı" veya "yorumlayıcı" hukuk kuralı biçiminde karşımıza çıkan yedek hukuk kuralları büyük çoğunluktadır. Şu var ki, zorunlu olarak uygulanacak emredici kuralın mutlaka Borçlar Kanununda yer alması da gerekmez[27].

18 Emredici hukuk kurallarına aykırılığın, sözleşme serbestisine sınır çizdiği ve BK. m. 20 gereğince bu nitelikteki sözleşme hükümlerinin kesin hükümsüzlüğüne yol açtığı genellikle kabul edildiği halde, İsviçre Hukukunda karşımıza çıkan ve Alman öğretisinden esinlenen bir azınlık görüşü durumu farklı biçimde açıklamaktadır[28]. 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 yaptırımına başvurmak gerekmez. Emredici hukuk kuralına 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 aykırı sözleşme hükmünün uygulanamaması ve bunun yerini emredici hükmün alabilmesi için, önce bahis konusu hükmün BK. m. 20/I uyarınca kesin hükümsüz (bâtıl) sayılması gerekir.* Emredici hükme ters düşen sözleşme hükmü geçersiz sayılmadan, emredici kanun hükmünün bunun yerine geçmesi söz konusu olamaz[29].

19 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 Alman öğretisine göre, kanunun emredici hükümleri, tarafların irade özerkliğini tamamen bertaraf ederek bir hukukî ilişkiyi doğrudan doğruya düzenlerler. Bunun sonucu olarak, irade özerkliği emredici hükümle sınırlanan kişinin, emredici hükme aykırı bir sözleşme yapma imkân ve iktidarı daha baştan kesin olarak ortadan kaldırılmış bulunduğundan, ayrıca kesin hükümsüzlük yaptırımına ihtiyaç kalmamıştır[30].

---

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 düşünceyi İsviçre Hukukunda hâkim 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* olabilir[31]:

— *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 zamanaşımı sürelerinin değiştirilmesine imkân tanımayan BK. m. 127 hükmü buraya girer. Kanunun öngördüğü süre, alacaklı lehine uzatılamayacağı gibi, borçlu yararına 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 (Kanunî Yasaklara) Aykırılık

21 Yukarıda sözünü ettiğimiz "emredici kurallar", kişilerin irade özerkliklerini sınırlamak suretiyle, bir hukukî ilişkiyi (taraflara başka türlü bir düzenleme yapma imkânı tanımaksızın) bizzat kendileri düzenlerler. Örneğin, zamanaşımı definden önceden feragat edilemeyeceğini bildiren BK. m. 139/I hükmü bu anlamda bir emredici hükümdür. Zira, sözleşme yapılırken, zamanaşımı definden vazgeçilmiş olmasına rağmen, kanunda yer alan zamanaşımı hükümleri, sözleşmedeki geçersiz feragat hükmünün yerini almak suretiyle, yine uygulanacaktır.

Yasaklayıcı hükümlerde durum farklıdır. Böyle bir hükümden söz açabilmek için, herşeyden önce, kişinin o konudaki irade özerkliği daha baştan emredici bir kanun hükmü ile sınırlandırılmamış olmalıdır[32]. Şu halde, emredici bir hükümle düzenlenen bir konuda, ayrıca bir kanunî yasaklama söz konusu olamaz. Ne var ki, irade özerkliğinin emredici kanun hükümleriyle sınırlandırılmadığı alanlarda da, kanun, bazı düşüncelerle belirli davranışları 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 girebilir[33]. Bir başka anlatımla, kanun, aslında sözleşme serbestisinin sınırları 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) **Larenz/Wolf**, § 40, N. 6, 15.

yapıldığı andaki bazı özel hal ve şartlar" dolayısıyla ayrıca yasaklamak gereğini duyabilir. Bu açıklamalar gösteriyor ki, yasaklamanın mutlaka "sözleşmenin içeriği" ile ilgili olması şart değildir. Şimdiden bir örnek verelim: Noterlik Kanunu m. 50 uyarınca, noterlerin kefil olmaları yasaklanmıştır. Hangi 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 karışmasını 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 kanunda öngörülen emredici süre hükmünün geçmesi gibi, geçersiz işlemin veya sözleşme hükmünün yerini alıp bu ilişkiye zorunlu biçimde uygulanacak bir kanun hükmü de yoktur.

22 Alman Hukukundan farklı olarak, İsviçre-Türk Hukuklarında, çok defa, "emredici hükümler" ile "yasaklayıcı hükümler" arasında kesin ve açık bir ayrım yapılmaz ve "emredici hükümler" kavramı bunların her ikisini de içine alacak biçimde kullanılır. *Bizce*, "geniş anlamda" emredici hükümler deyiminin, her iki kavramı da kapsamına alan bir kavram olarak kullanılması mümkündür[34]. Buna karşı "dar ve teknik anlamda" emredici hükümler deyiminin kapsamına sadece yukarıda incelenen anlamda emredici hükümler *(jus cogens)* girecek, yasaklayıcı hükümler bu kavramın dışında kalacaktır.

23 Kanunlarda yer alan yasaklayıcı hükümler, Roma Hukukundan beri üçlü bir ayrıma tâbi tutulur[35]:

— *Leges perfectae (Tam Kanunlar)*[36] Bu tip kanun hükümlerine ters düşen işlemler geçersiz olur.

— *Leges minus quam perfectae (Sınırlı Ölçüde Tam Olmayan Kanunlar)*[37]

34) Nitekim, İsviçrede **Kramer**'in (Art. 19-20, N. 135) "emredici yasak hükmünden" (die zwingende Verbotsnorm), Türkiyede **Tandoğan**'ın (Noterlerin Kefil Olma Yasağının Müeyyidesi, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, 4/1974, s. 6) "emredici yasaklar"dan söz açtıkları görülüyor.

35) Bkz. **Honsell**, Römisches 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, kanunun yasak hükmüne aykırı olan işlem geçerli kalır ve sadece bir ceza yaptırımı söz konusu olur.

Pandekt Hukukunda yapılan bir ayrıma göre, yasaklayıcı kanun hükmüne ters düşen işleme hem geçersizlik hem de ceza yaptırımları birlikte uygulanıyorsa, "leges plus quam perfectae"den bahsedilir[38].

— *Leges imperfectae (Tam Olmayan Kanunlar)*[39]

Çiğnendikleri vakit, hiçbir yaptırıma yol açmayan kanunlar bu kategoride yer alır.

Modern Hukukta, "leges imperfectae" örneği bulmak hemen hemen imkânsızdır. Buna karşı "sınırlı ölçüde tam olmayan kanun" *(lex minus quam perfecta)* niteliğindeki kanun hükümleri "düzen hükmü" (eski deyimi ile "inzibatî hüküm") *(Ordnungsvorschrift)* olarak adlandırılmak suretiyle geniş ölçüde uygulama alanı bulur. Düzen hükmü niteliğindeki kanuni yasaklara aykırılık halinde, yapılan sözleşme veya diğer bir hukukî işlem geçerliliğini korur, ancak 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 olabilir[40].

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, çiğnenen 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 hükmün 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 gelecektir[42]. Bu açıdan aşağıdaki ayrım 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 yaptırımlarını açıkça öngörmesi 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 Komm., Art. 19-20, N. 54; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 684. Federal Mahkeme de, yerleşmiş içtihadı ile (genellik-

— *Çiğnenen yasaklayıcı kanun hükmü sözleşmenin içeriğine ilişkin bulunuyorsa*, anılan hükmün anlam ve amacının hükümsüzlük dışında bir yaptırımı gerektirdiği ortaya konulamadığı sürece, yine karine olarak BK. m. 20/I 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 tuttuğumuz görüşe göre, sözleşmenin konusunda hukuka aykırılık bulunmadığı için BK. m. 20/I hükmü uygulanamayacağından, aşağıda göreceğimiz gibi doğrudan doğruya yasaklayıcı hükmün anlam ve amacına dayanarak sonuca gidilecektir[43].

Aşağıda, bu konu ile ilgili (bazısı tartışmalı) dört örnek üzerinde duruyoruz:

— *Birinci Örnek:* Kanunun yasaklayıcı hükmü, sadece işlemin nerede 25
veya ne zaman yapılacağına yahut bazı bilgiler verilmeden yapılmamasına ilişkin bulunan ve *sözleşmenin kurulmasına eşlik eden hal ve şartlara* yönelik ise, buna aykırı davranış, ilke olarak, işlemin geçersizliğine yol açmaz. Bunun en güzel örneğini, belirli resmi tatil veya hafta tatili günlerinde, kanunda öngörülmüş 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, kanunî yasak doğrudan doğruya yapılacak işlemlere (onların içeriğine) yönelik olmadığı için, bunlar (mevzuatta öngörülmüş ceza hükümleri

---

le BK. m. 20/I'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. aşağıda § 43, N. 30'da anılan Federal Mahkeme kararı). -Bu görüşün 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. aşağıda § 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 anlaşılır[44].

26 — *İkinci Örnek:* Yasaklayıcı hüküm, *taraflardan birinin veya her ikisinin belirli bir sözleşmenin tarafı olmasını* engelliyorsa, sözleşmenin içeriğine (konusuna) ilişkin bir sınırlamadan söz açmak ve BK. m. 20/I hükmünü doğrudan doğruya uygulamak mümkün değildir[45]. Bu durumda, söz konusu yasağın sözleşmenin geçersizliğine yol açtığı ihtimalleri ya ilk planda BK. m. 20/I hükmünün *kıyas* yolu ile uygulanması ile açıklamak, ya da (bizce daha yerinde olarak) bu geçersizliği *doğrudan doğruya yasaklayıcı hükmün kendisine* dayandırmak gerekir[46]. Buna göre, yasaklayıcı hüküm, yasak çiğnendiği zaman yapılan işlemin geçersiz olmasını açıkça öngörmüşse mesele yoktur. Böyle bir açıklık bulunmadığı takdirde, yapılacak şey, yukarıda belirttiğimiz gibi, yasaklayıcı hükmün anlam ve amacının bir hükümsüzlük yaptırımını gerektirip gerektirmediğini araştırmaktan ibarettir. 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 ki, 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 halinde 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 öngörülmüş yasağın amacına uygun düşmeyeceğini öne sürerek (hiç kuşkusuz, başta idarî 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 hükmü 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 Komm., Art. 19-20, N. 17; **Gauch/Schluep/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.

kesin hükümsüz sayılmak gerekir[47]. Bu durum, özellikle, başta hekimlik ve avukatlık olmak üzere çeşitli mesleklerde, bu mesleğin icra edilmesinin yetkili mercilerden ruhsat alınmasına bağlandığı ihtimallerde karşımıza çıkar. Gerçekten, o mesleği icra edebilmek için gerekli şartlara sahip olduğu yetkili merciin verdiği izin ile sâbit olmamış kişilerin, iş sahipleri veya hastalarla yaptıkları sözleşmeleri geçerli saymak, bir başka anlatımla onların 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 düşerdi[48].

Bir kanun ile, bir kimsenin *taraf sıfatı ile bir sözleşmeye katılmasının* yasaklanması ile, *bir sözleşme içeriğinin (konusunun) sadece taraflardan birisi için yasaklanması* aynı şey değildir. İkinci halde, yasak, taraf sıfatına değil, doğrudan doğruya sözleşmenin *konusuna (içeriğine)* yöneliktir. O içerikte bir sözleşme yapmak, taraflardan sadece birisi için yasaklandığı vakit, hayli taraftar toplayan bir görüş, 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 Türkiyedeki ihracatçıya yöneldiği, buna karşı dış ülkedeki ithalâtçıyı (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 gerekecektir[49]. 27

— *Üçüncü örnek:* 1512 sayılı Noterlik Kanununun 50. maddesi, noterlerin yapmaktan yasaklı oldukları işler arasında "kefil olmayı" da saymak- 28

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 almaksızın 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; Ayrıca 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 öngörmüştür[50]. 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 göre[51], 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 aykırıdır. 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. Kendilerine 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 güvenini temelinden sarsabilir. İşte bu tür son derece sakıncalı sonuçları önlemek içindir ki, kefil olma yasağı öngörülmüştür[52]. Bir başka deyimle, noterler için 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/Atalı**, 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 Kanunu, 3. Baskı, Ankara 1987, s. 41. Ayrıca bkz. **Ulukapı/Atalı**, not 50'de age, s. 129 vd.

var ki, bu yoldan ödenecek tazminat (istisna olarak BK. m. 26/II ve BK. m. 39/II hükümlerinden kıyas yolu ile yararlanma imkânı bulunmadıkça sırf olumsuz zararların giderilmesine yönelik olacağından) çok defa kefalet sözleşmesinde öngörülmüş miktarın hayli altında kalacaktır. Bunun gibi, sözleşmenin diğer tarafının (alacaklının) da kusurunun bulunması halinde hâkim tazminat miktarında yerine göre ufak veya büyük indirimler yapabilecek (BK. m. 44), özellikle kefalet sözleşmesi düzenlenirken söz konusu yasağı bildiği ortaya çıkan alacaklı açısından, tazminat talebini tamamen dahi reddedebilecektir. Kaldı ki, alacaklının asıl borçludan veya (varsa) başka teminatlardan tahsil etmiş bulunduğu miktarlar için ilke olarak bir tazminat talebinden söz edilemeyecektir.

— *Dördüncü örnek:* Taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkı, kural olarak, ancak tapu siciline yapılacak tescil ile kazanılır. Ne var ki, bunun bazı istisnaları vardır. Örneğin, miras yolu ile mirasçıya intikal eden taşınmazların mülkiyeti, ölüm anında, tapu kütüğüne tescil aranmaksızın, mirasçıya geçer. Bu şekilde, tescilsiz mülkiyeti kazanılan taşınmazlarda, tescil merasimi tamamlanmadan tapu kütüğünde tasarruf işlemi yapılması MK. m. 705/II (eski MK. m. 633/II) tarafından yasaklanmıştır. Her nasılsa, mirasçı, mirasbırakanın ölümü ile mâliki 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 çiğneyen bu işlem geçerli sayılabilecek midir? Bu sorunun cevabını verebilmek için, yasak hükmünün amacını araştırmak gerekir. Burada, aşağıda görüleceği gibi, üçlü bir amaç söz konusudur[53]: 30

= Birinci amaç, tescilsiz mülkiyet hakkını kazanan kişiyi, dolaylı biçimde, taşınmazı önce kendi adına tescil ettirmeye ("kurucu" değil, sadece "bildirici" bir tescil) zorlamaktır.

= İkinci amaç, taşınmaz üzerinde arka arkaya mülkiyet kazanan kişilerin sırasının, tapu kütüğünde eksiksiz ve gerçek duruma uygun biçimde gözükmesinin 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, kanuna göre (MK. m. 1015/II, eski MK. m. 924/I, c. 2), tapuda tasarruf edebilmek için, söz konusu kişinin kütükte mâlik olarak kendi adının yazılı olduğunu veya mâlik 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.

çiğnenmektedir. Ne var ki, bu kişi, taşınmazın maddî hukuk yönünden tasarruf yetkisine sahip gerçek mâlikidir. Sırf tapu sicilinin düzeni bozuldu diye, tapu kütüğü yönünden olmasa bile maddî hukuka göre tasarruf yetkisine tam olarak sahip gerçek mâlikin yaptığı işlemi geçersiz saymak, anılan yasak hükmünün amacını aşan bir yaptırım olurdu. Bu sebeple, böyle bir işlem, yasağı çiğneyen tapu sicil müdürüne uygulanabilecek idarî yaptırımlar (disiplin cezaları) saklı kalmak üzere geçerli tutulur[54].

c. Kamu Düzenine Aykırılık

31 Hukuka aykırılığın bu üçüncü tipinde karşımıza hiçbir zaman sınırları kesin olarak çizilemeyen tartışmalı bir kavram çıkıyor. 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 olur[55]. 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 ihlâl edilmiş olabilir.

32 — Türk Hukukunda hâkim 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 "toplum menfaati için konulan, bu sebeple de uyulmasında ve korunmasında toplumun ve devletin büyük çıkarları bulunan" kuralların tümüne kamu düzeni kuralları denir[56]. 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/Schluep/Schmid**, N. 648; **Guhl/Koller**, § 7, N. 22; **Koller**, I, N. 939 vd. -**Koller**'e göre (I, N. 943) Kamu Hukukunun öngördüğü yasağın açıkça ifade edilmiş olması şart olmayıp, bu sonuç, hukukî 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 saymaktadır.

lumun temel yapısını ve temel çıkarlarını koruyan kanun kurallarıdır"[57]. İsviçre öğretisinde, benzer düşüncede olan bazı yazarlara göre, kamu düzeni kavramı "hukuk düzenine içkin *(immanent)* olan (eski deyimi ile hukuk düzeninde "mündemiç" bulunan, onun özünde yer alan veya değişik bir anlatımla bu düzenin temelinde yatan) değer ve düzen ilkelerinin tümünü" ifade eder[58]. İsviçre Federal Mahkemesi, nispeten eskimiş sayılabilecek bir kararında, kamu düzenine ilişkin anlayışını şöyle ifade etmiş bulunuyordu: "... bir kuralın kamu düzenine ilişkin sayılması için, bu kurala aykırılığın memleketin hukuk düzeninin temel ilkelerinden biriyle çatışması, ya da memleketin genel hukuk duygusunu ağır şekilde zedelemesi zorunludur"[59]. Bizde, Anayasa Mahkemesinin bir kararına göre, kamu düzeninin "toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, Devletin ve Devlet teşkilâtının 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 çok, duyulabilen, sezinlenebilen şeylerdir" şeklindeki ifadesini hatırlatmakta ve şunları kaydetmektedir: "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 Ahlâka 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.II.1, JdT 1962.I.491. Yukarıda kararın **Kaneti** (İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku 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 kararı (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 "Ahlâk ve dürüstlük kurallarını, toplumun, hukukun temel ilke ve değer yargılarını, adaleti, ahlâk anlayışını, Anayasada yer alan temel hakları ciddî şekilde sarsan ve aykırılık oluşturan olaylar kamu düzenini ihlâl eden olgulardır" denmesi ve bu şekilde "ahlâka aykırılığın"da kamu düzeni kavramı içersinde gösterilmesi, sadece Milletlerarası Özel Hukuk açısından yerindedir. Şu noktayı ekleyelim ki, Alman Hukukunda BGB'nin Birinci Tasarısında, BGB § 138'i karşılayan § 106, hem "ahlâk" hem de "kamu düzenini" andığı ve bunlara aykırılığın hukukî işlemin kesin hükümsüz olmasına yol açacağını belirttiği halde; İkinci Tasarıda, kamu düzeni kavramının sınırlarını kesin biçimde çizme imkânının bulunmaması ve kamu düzenine ters düşen işlemlerin çok defa hukuk ve ahlâk düzenine de aykırı düştüğü gerekçeleriyle, "kamu düzeni" deyimi 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 katılamıyoruz.

33 Bu anlamda kamu düzeninin zaman içersinde 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 imkân dahilindedir.

34 Borçlar Hukuku dışında iki alanda daha kamu düzeni kavramından söz edildiği görülür:

— Bunlardan birincisi "Geçiş (İntikal) Hukuku" veya "Çağlararası Hukuk"[62] diye adlandırılabileceğimiz alandır. Dikkate değer ki, bu alanda "kamu düzeni" ve "genel ahlâk" kavramları, tıpkı Borçlar Hukukunda olduğu gibi ayrı ayrı kavramlar olarak yan yana anılmaktadır[63].

— 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 önlenmektedir[64]. 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 ahlâktan" 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 ahlâkın korunmasını da kapsamına alarak) ülkenin ahlâk anlayışına esaslı (tahammül edilmez) biçimde aykırı düşen yabancı hukuk kurallarının uygulanmasına engel olur[65].

35 Kamu düzenini korumak üzere sevk edilmiş emredici kanun 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 Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, m. 2.

64) Bkz. **Nomer/Şanlı**, Devletler Hususî 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) Krş. **D. Gökyayla**, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni, Ankara 2001, s. 38.

edilmektedir[66]. Özel Hukuka ilişkin olarak verilebilecek çarpıcı bir örnek ise, kiracıları korumak, onların konut ve işyeri ihtiyaçlarını karşılamak üzere çıkarılan özel kanunlarda yer alan hükümlerdir[67]. Halen, bu konuda 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları 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 eşanlamlı değildir. Zira, kamu düzenini koruyucu hükümler, emredici hükümlerin sadece bir bölümünü oluşturur. Bunun dışında, kamu düzeniyle ilgili olmaksızın, örneğin genel ahlâkı veya kişilik haklarını korumak üzere sevk edilmiş emredici hükümler de vardır[68].

Buraya kadar, hep kamu düzenine ilişkin olarak çıkarılmış emredici ka- 36
nun hükümlerinden söz açtık. Şimdi, çok tartışmalı bir başka konuyu ele almamız gerekiyor: Acaba, *herhangi bir kanun hükmünde ifadesini bulmayan, tamamen yazılı hukuk kuralları dışında kalan bir kamu düzeni kavramına* dayanarak da, bir sözleşmenin (veya daha geniş olarak hukukî işlemin) BK. m. 20 çerçevesinde geçersiz olduğunu ileri sürmek imkânı var mıdır? Bu konuda iki görüşle karşılaşıyoruz:

— Birinci görüşe göre, sadece *kamu düzenini korumak amacı ile sevk edilmiş bir kanun hükmüne aykırılık* halindedir ki, BK. m. 20 uygulanabilir ve yapılan işlem geçersiz sayılabilir. *Yazılı hukuk kuralları dışında*, deyim yerinde ise, *"soyut" bir kamu düzenine* aykırılıktan söz açmak suretiyle bir hukukî işlemi geçersiz saymak mümkün değildir[69].

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 çalış(ıl)acak 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 Medenî Hukuku, cilt I, cüz 1, Umumî 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**, Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 13. bası, İstanbul 2006, s. 64, not 80; s. 69.

69) **Buol**, Beschränkung der Vertragshaftung durch Vereinbarung, Zürich 1996, N. 349; **Kamm**, not 11'de age, s. 170 vd.; **Lörtscher**, not 11'de age, s. 196 vd.; **Hatemi**, not 57'de age, s. 39 vd.; **Hatemi**, 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 yetinmiştir[70]. 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 "kamu düzenine" yer vermemiştir.

= 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 hukukî 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", "ahlâk", "kamu düzeni" ve "kişilik hakları" ayrı ayrı ve bağımsız olarak sözleşme serbestisini sınırlayan unsurlardır[71]. 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 taşır[72].

---

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 Sınırlandırılması 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 alınan BK. m. 19/II ile BK. m. 20/I arasındaki ilişkileri, bu iki hükmü bir arada (âdeta tek bir maddeymiş gibi) ele alarak açıklamak zorunluluğu vardır[73]. O zaman, BK. m. 19/II'ye sadece "yorumlayıcı" veya sadece "sınırlayıcı" olarak bakan görüşlerden bir tanesini esas almanın pratik hiçbir değeri kalmamaktadır. Kaldı ki, BK. m. 19/II için sırf yorumlayıcı görüş benimsense bile, BK. m. 20/I'de "kamu düzeninden" hiç söz açılmadığı gerekçesi ile bir yere varılamaz. Zira, "kamu düzenine aykırılığın" bir "hukuka aykırılık" oluşturduğu kuşkusuzdur[74]. BK. m. 20/I'de yer alan ve kötü bir çeviri sonucu "gayri muhik" deyimi ile ifade edilen kavram gerçekte "hukuka aykırı" diye anlaşılması gereken bir kavramdır. Bu durumda, BK. m. 20/I'de sözü edilen, konusu hukuka aykırı ("gayri muhik") sözleşmeler içersine "kamu düzenine aykırı" sözleşmelerin de gireceği çok açıktır[75].

= Yazılı kurallardan bağımsız bir kamu düzeni kavramının, hukuk güvenliğini sarsacağı düşüncesi de yerinde değildir. Daha önce gördüğümüz gibi, "ahlâk" başta olmak üzere, "dürüstlük kuralı", "haklı sebep" vs. gibi pek çok kavram, kanunda sadece çerçevesi çizilen, içeriği ise hâkim tarafından somutlaştırılmaya muhtaç "çerçeve hüküm" veya "beyaz hükümlerle" düzenlenmiştir. Bunlarda hükmün içeriğinin yargı organınca belirlenmesi hukuk güvenliğine aykırı görülmezken, "toplumun temel yapısını ve temel çıkarlarını koruyan" kamu düzeni kuralları için tam tersi sonuca varılması isabetli sayılamaz.

= Nihayet, Anayasa hükümlerinin Özel Hukukta uygulama alanı bulmasını sağlayan en önemli giriş kapılarından birisi, kamu düzenidir[76]. Yazılı hukuk kuralları dışında bir kamu düzenine yer olmadığını söylemek, bu konuda gereksiz bir sınırlamaya gitmek anlamını taşır[77].

---

mamış) 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 7'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; **Guillod/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 Hukukunda, günümüzde hâkim olan görüş, yazılı hukuk kurallarında ifadesini bulan kamu düzeni (ordre public textuel) yanında, bir de herhangi bir yazılı hukuk kuralına dayanmayan kamu düzeninin (ordre public virtuel) varlığını kabul etmektedir[78]. Aynı şey İtalyan Hukuku için de geçerlidir[79]. Portekiz Hukukunun özelliği ise şuradadır: Bu hukuk çevresinde kamu düzenine aykırılık sadece hukuk sisteminin yazılı kurallar içinde ifadesini bulmamış temel değerleri açısından söz konusu olmaktadır[80]. 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 hukukî güvensizlik yaratacağı yolundaki endişe, meseleye sırf bu açıdan bakıldığı vakit dahi, isabetli olmaktan uzaktır.

Kamu düzenine aykırılık ile ahlâka aykırılık arasındaki ilişkileri, aşağıda ahlâka aykırılık bahsinde inceliyoruz[81].

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 ahlâka aykırılık butlanını düzenleyen BK. m. 20 arasındaki ilişkileri ele almakla yetiniyoruz.

IV. Ahlâka Aykırılık

1. Ahlâka Aykırılık Kavramı

39 BK. m. 19-20'de sözü edilen "ahlâk" veya "genel ahlâk"[82] kavramından ne anlaşılacaktır? Bu konuda üç görüşe rastlanıyor:

— *Birinci görüş:* Hâkim görüş olarak niteleyebileceğimiz bu görüşe göre, toplum içinde, vasat (orta) bir düzey esas alınmak üzere, makul ve dürüst düşünen kişilerin düşünce ve anlayışlarına ters düşen işlemler ahlâka aykırı sayılır[83]. Şu halde, hâkimin veya tarafların daha katı veya daha esnek

78) **Terré/Simler/Lequette**, Droit civil, les obligations, 5. éd., Paris 1993, N. 350; **Mestre**, Rapport français, s. 126, in: L'ordre public, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées Libanaises, tome XLIX, 1998.

79) **Guarneri**, Rapport italien, s. 158 (not 78'de anılan kollektif eserde).

80) **A. Carneiro Da Frada**, Rapport portugais (II), s. 282 vd. (not 78'de anılan kollektif eserde).

81) Bkz. aşağıda N. 42.

82) Biz "ahlâk" ve "genel ahlâk" deyimlerini eşanlamlı olarak kullanıyoruz.

83) Örnek olarak bkz. **v. Tuhr/Peter**, § 31, V, s. 256; **Eren**, s. 291; **Karahasan**, SH., s. 235; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 74, not 112. Bu anlayış, Alman 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 zekâlı" dürüst kişilerin davranışlarından söz açma-

ahlâk anlayışlarının dikkate alınması söz konusu olamaz. Ne var ki, hekimlik, avukatlık gibi bazı meslekler açısından, o mesleğe ilişkin daha sert ahlâk kurallarının esas alınması mümkündür[84]. Görüldüğü gibi, bu yoldan, BK. m. 19/20'de yer alan ve bir çerçeve hüküm niteliğini taşıyan "ahlâka aykırılık" kavramının yol açtığı hüküm içi boşluk, hukuk dışında bir kaynağa, topluma mal olmuş ve vasat düzeydeki dürüst insanlarca benimsenmiş davranış kurallarına (sosyal ahlâk) yollama yapılarak doldurulmaktadır[85]. Şu noktaya dikkat etmek gerekir ki, kanun, bu şekilde, bütün sözleşmelerin yüksek bir ahlâki değer taşımalarını emretmiş ve yalnız onları geçerli saymış değildir. İstenen, toplum içinde herkesin mutlaka uyması gereken asgarî (minimum) ahlâki değerlere ters düşen sözleşmelerin yapılmasını ve hüküm doğurmasını engellemekten ibarettir[86]. Bu anlamdaki ahlâk kuralları bir ülkeden başkasına farklı olabileceği gibi, aynı ülke içinde dahi zaman içinde değişken bir nitelik taşırlar[87].

— *İkinci görüş:* Buna göre, kanunda ahlâka yapılan yollamayı, (birinci görüşte olduğu gibi) topluma mal olmuş "sosyal ahlâk" olarak anlamak, bir bilinmeyenin yerine başka bir bilinmeyeni geçirmekten öteye geçmez. Bu sebeple, ahlâkı, sosyal ahlâktan tamamen soyutlanmış bir "hukukî ahlâk" olarak anlamak gerekir. Buna göre, ahlâktan ne anlamak gerektiği, hukuk dışı bir kavram olan sosyal ahlâka başvurulmadan, tamamen Anayasada ve 40

---

larına katılamıyoruz. Gerçekten, etik değerlere saygı ile zekâ arasında doğrudan bir ilişki mevcut değildir.

84) Bkz. not 83'de anılan **v. Tuhr/Peter** ve **Karahasan**. –Belirli mesleklere 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, "ahlâk kurallarının değişken ve belirsiz olması asla düşünülemez. Ne hâkimin, ne de gelişigüzel seçilmiş bir bilirkişinin keyfî değerlendirmelerine bırakılabilir. Yazılı olmayan ahlâk kuralları (ahlâki töreler) Tabiî ve Evrensel Ahlâk'tan kaynaklanan ve Tabiî Hukuk ile arasında zorunlu bağlantı olan kurallardır" (**Hatemi**, not 11'de age, § 5, N. 4). –Ahlâka aykırılık kavramının zaman içersinde nasıl değiştiğine ilişkin örnekler için bkz. **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 ticarî başarısını sağlamak üzere, para ile tutulmuş alkışçılarla yapılan sözleşmeleri (alkışçı veya şakşakçı sözleşmesi, le contrat de claque) ahlâka aykırı sayıyordu. Günümüzde, yeni bir sinema filmi veya gösteri için organize edilen medya ve reklam bombardımanı karşısında çok hafif kalan bu gibi usullerin ahlâka 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 edilmelidir[88]. Kaldı ki, günümüzün plüralist (çoğulcu) toplumlarında, çok farklı etik değerlere sahip gruplar bir arada yaşadığından, topluma hâkim etik değerlerin hangileri olduğunu tespit etmek, kısaca "ahlâk" kavramına sosyal ahlâkın yardımı ile bir içerik kazandırmak da mümkün gözükmemektedir[89].

Derhal belirtelim ki, bu düşüncelerden hareket edenlerin çok ufak bir bölümü yukarıda açıklanan radikal çözümü benimseyerek, sosyal ahlâkı tamamen devre dışı bırakmakta; büyük çoğunluk ise, daha ılımlı bir tutum çerçevesinde aşağıda incelediğimiz üçüncü görüşe üstünlük tanımaktadır.

Hukukî ahlâktan 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 saymış, bazı istisna durumlarında, hafif ihmalden sorumsuzluk kaydının bile hâkim tarafından geçersiz sayılmasına imkân 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 yatmaktadır[90].

---

88) **Egger**, Zürcher Kommentar, Einleitung, Das Personenrecht, 2. A., Zürich 1930, Art. 27, N. 15, 17; **Bucher**, AT, s. 256; **Bucher**, Berner Kommentar, Bd. I/2, 2, Bern 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 hâlâ topluma mal olmuş ve çoğunluk tarafından benimsenmiş ahlâk 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/II) aracılığıyla hukuk sahnesine çıkan ve hukukî yaptırıma bağlanan (çoğunlukça kabul edilmiş fakat Anayasanın ve kanunların temelinde yatan etik değerlendirmelere ters düşmeyen) ahlâk anlayışı ile de bağlı olmaları gerektiğine inanıyoruz.

90) Bkz. **Lörtscher**, not 11'de age, s. 15-16. BK. 99 hükmünün (toplum içersinde sosyo-ekonomik açıdan, yani yapısal olarak zayıf durumda bulunanların yapısal olarak güçlü olanların insafına terk edilmesini önleyerek) aynı zamanda kamu düzenini koruyucu bir fonksiyonunun bulunması, vardığımız sonucu değiştirmez. Diğer taraftan, zayıfı güçlüye karşı koruyan tek hükmün BK. m. 99 hükmü olduğunu sanmak da büyük bir yanılgı 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) zayıfın güçlü tarafından ezilmesini önlemeye yönelik etik duyarlılık yatmaktadır. Ayrıca bkz. TKHK m. 1.

— *Üçüncü görüş:* İsviçre Federal Mahkemesi[91] tarafından da benimsenen ve son zamanlarda Almanya ve İsviçre'de çok taraftar toplayan bu görüş[92], birinci ve ikinci görüşleri birlikte uygulayan karma bir görüştür. Bizim de katıldığımız bu anlayışa göre, ahlâk kurallarını tespit etmek üzere başvurulabilecek iki kaynak vardır. Bunlardan birincisi (birinci görüşe uygun biçimde) topluma mal olmuş sosyal ahlâk ilkeleri, ikincisi ise (ikinci görüş çerçevesinde) Anayasa başta olmak üzere kanun hükümlerinin temelinde yatan (onlara içkin olan) etik değerlendirmelerdir. Şu var ki, sosyal ahlâk ilkeleriyle, Anayasa ve kanun hükümlerine temel oluşturan etik değerler arasında bir çatışma olduğu takdirde, "Anayasa ve kanun hükümlerinin üstünlüğü" ilkesi uyarınca bu ikincilere üstünlük tanınacaktır[93]. 41

Öğretide (birinci görüş yararına) ileri sürülen bir düşünceye göre[94], ahlâk sadece "sosyal ahlâk" açısından söz konusu olur. Buna karşı, Anayasa ve kanun hükümlerinin temelinde yatan etik değerlendirmeler, "ahlâk" değil, "kamu düzeni" kavramı içinde yer alır. Bizce, BGB § 138'den farklı olarak, "ahlâk" ve "kamu düzeni" kavramlarını ayrı ayrı ele alan İsviçre-Türk Hukukları açısından bu görüş kabul edilemez. Neyin "ahlâk" kavramına dahil olduğu, bu görüşün yaptığı gibi sırf şeklî (biçimsel) bir kritere bağlanamaz (etik değerlendirmeler topluma mal olmuşsa "ahlâk", Anayasa ve kanun hükümlerinin temelinde yatıyorsa "kamu düzeni" ile ilgili sayılıyor). Tam tersine, sözü geçen ilkelerin "niteliğini" esas alan maddî bir kritere başvurmak gerekir. Etik bir kural, sırf Anayasa ve kanun hükümlerinin temelinde yattığı için, ahlâk ile olan bağını koparıp kamu düzeni kuralına dönüşemez. Şu noktayı hiç gözden kaçırmamak gerekir ki, sadece toplumun temel yapısını ve çıkarlarını korumayı amaç edinen kamu düzeni, ahlâk karşısında nötr (tarafsız, yansız) bir kavramdır[95]. 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 ahlâkı 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 42

---

91) BGE 115.II.235.

92) **Koller**, I, N. 994; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 668; **Schwenzer**, 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 hükümlerinin temelinde yatan etik ilkelerin dikkate alınabilmesi de, bunların Anayasaya uygun olmalarına 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 hâkim firmaların, yine yapısal açıdan onlarla aynı müzakere gücüne sahip olmayan zayıf sözleşenleri ezmesini genel olarak önleme düşüncesi kamu düzenini ilgilendirir[96]. Sadece "kişisel" özellikleri sebebiyle zayıf olanları sömürüden korumayı amaçlayan gabin (BK. m. 21) hükmünün temelinde ise yalnız ahlâkî değerlendirmeler yatar[97]. Bütün bunlar gösteriyor ki, *Anayasa ve kanun hükümlerinin temelinde yatan değerlendirmeler, yerine göre sadece kamu düzenine veya sadece ahlâka yahut bunlardan her ikisine ilişkin olabilir. Bunları, bir ayrım yapmadan, toptan kamu düzenini koruma etiketi altında değerlendirmeye kalkmak isabetsizdir.*

2. Ahlâka Aykırılığın Gerçekleşme Biçimleri

43 Hâkim olan görüşe göre, tıpkı hukuka aykırılıkta olduğu gibi, ahlâka aykırılık üç biçimde gerçekleşebilir[98]:

— *Birinci hal:* Doğrudan doğruya böyle bir sözleşmenin yapılması ahlâka aykırı olabilir.

— *İkinci hal:* Sözleşmede vaat edilen edim ahlâka aykırıdır.

— *Üçüncü hal:* Sözleşme ile takip edilen amaç ahlâka aykırıdır.

Derhal belirtelim ki, hukuka aykırılığı incelerken belirttiğimiz gibi, birinci ve ikinci haller arasında hiç bir pratik fark yoktur. Öğretide, çok defa, hangi ahlâka aykırı sözleşme örneğinin birinci hale, hangisinin ikinci hale gireceği hususunda görüş birliği olmadığı görülmektedir. Bu sebeple, biz, bir ayrım yapmadan 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" zaaflara karşı koruma düşüncesinin yattığı, bu yüzden anılan hükmün kamu düzeni yanında ahlâkî değerlere de dayandığı kabul edilmek gerekirdi.

98) Örnek olarak bkz. **Huguenin**, Basler Komm. Art. 19-20, N. 36; **Koller**, I, N. 995 vd.

a. Doğrudan Doğruya Böyle Bir Sözleşmenin Yapılmasının Veya Sözleşmede Vaat Edilen Edimin Ahlâka Aykırı Olması

Çok zengin bir literatürün bulunduğu bu konuda biz bir kaç örnek ver- 44
mekle yetiniyoruz:

— Bir kimsenin, işinin görülmesi için bir görevliye rüşvet vaadinde bulunmasına ilişkin sözleşme gibi, para karşılığı adam öldürtmek için kiralık katil tutulmasına ilişkin sözleşme de ahlâka aykırılık sebebiyle geçersizdir.

Dikkat edileceği gibi her iki örnekte de, hem hukuka hem de ahlâka aykırılık vardır. Bu, her zaman karşılaşılabilecek bir durum olup, her iki geçersizlik sebebinin bir arada bulunmasına bir engel yoktur[99].

— Para karşılığı cinsel ilişkide bulunmak üzere yapılan sözleşme de ahlâka aykırıdır.

— Yargıtayın bir içtihadı birleştirme kararına göre, hükümetin izni olmaksızın genelev açmak ve işletmek kanuna ve ahlâka 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 ahlâka aykırılığı ileri sürülemez[100]. Aynı doğrultudaki daha yeni bir bir Yargıtay kararının ifadesiyle *"Ancak bazı sosyal zorunluluklar nedeniyle ülkemizde hükümetin izni ile genelev işletmek duruma ahlâkîlik kazandırmaz ise de, ahlakîlik 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 bağdaşamaz"*[101]. Buna karşı, hükümetin izni olmaksızın, kaçak bir randevu evi işletmek üzere kira veya ortaklar arasında bir âdi şirket sözleşmesi yapıldığı takdirde, bu sözleşmeler, aşağıda (b) başlığı altındaki açıklamalarımız çerçevesinde, amaçları yönünden ahlâka aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz olur[102].

---

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 notu, İÜHFM 1949/4; **Saymen/Elbir/Oğuzman**, Medenî 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" ahlâka 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 hukuka hem de ahlâka aykırıdır[103].

— Bir gazeteci para karşılığı belirli bir eser, kurum veya kişi aleyhinde yazmamayı taahhüt ettiği vakit, bu sözleşme de ahlâka aykırı sayılır[104].

b. Sözleşme ile Takip Edilen (Dolaylı) Amacın Ahlâka Aykırı Olması

45 BK. m. 20/I, sadece sözleşmenin "konusunun" ahlâka aykırı olmasından söz açtığı halde, sözleşme ile takip edilen *ortak* amacın ahlâka aykırı olması halinde de, sözleşmenin ahlâka aykırılık sebebiyle geçersiz olacağı konusunda görüş birliği vardır. Ne var ki, sadece *bir tarafın* (diğer tarafça bilinmeyen) ahlâka aykırı bir amaç taşıması yeterli değildir. Karşı tarafın diğer sözleşenin ahlâka aykırı amacını sadece *bilmesi* de, zaman zaman rastlanan tersine düşüncelere rağmen, sözleşmeyi otomatik olarak BK. m. 20/I anlamında ahlâka aykırı hale getirmez. Onun, ayrıca diğer tarafın ahlâka aykırı amacını (açıkça veya örtülü biçimde) *benimsemiş* olması aranır[105]. Örneğin B'nin, arkadaşlarıyla yapacağı bir soygunda kullanmak veya bir kız kaçırmak amacı ile, kullanılmış araba satan A'dan bir araba kiralamak veya satın almak istediğini farz edelim. O, ahlâka (aynı zamanda hukuka) aykırı bu amacını satıcı veya kiralayan durumundaki A'ya bildirmediği takdirde, yapılan satış veya kira sözleşmesi ahlâka aykırı sayılmaz. 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 ahlâka aykırı amacının sözleşmeye bulaşmış sayılabilmesi

---

103) Yarg. 11. HD., 15.11.1976, E. 4887, K. 4912 (**Karahasan**, SH, s. 238-241); 11. HD., 11.2.1980, E. 620, K. 620 (**Karahasan**, SH, Sözleşmeler, s. 241). Başlık verilmesine ilişkin sözleşmelerin ahlâka aykırı sayılabilip sayılamayacağı öğretide tartışmalıdır (Bu konuda bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 398). Ortalama bir çözüme göre, sadece örneğin medenî nikâhla evli olan bir erkeğin imam nikâhıyla 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 ahlâka aykırı sayılmalıdır (**İ. Doğan**, "Başlık Parası" ve Ahlâk, 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. Tuhr/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 Kısmî Butlanı, Ankara 1998, s. 147. Ayrıca krş. **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 75; **Hatemi**, not 57'de age, s. 170 vd.

için, diğer tarafın da şu veya bu şekilde bu amacı paylaşmış olması gerekir. Bu açıkça olabileceği gibi, örtülü biçimde (zımnen) de gerçekleşebilir. Verdiğimiz örnekte, fırsattan yararlanan A, araba için piyasa fiyatının çok üstünde bir bedel talep ederse veya karşı tarafın ahlâka aykırı amacını himaye eden, onun gerçekleştirilmesini kolaylaştıran ve bir çeşit yardım veya teşvik niteliğini taşıyan tutum ve davranışlar içine girerse, yapılan sözleşme ahlâka aykırı hale gelir[106]. 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 ahlâka 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 ahlâka aykırı maksadını öğrenen ve ona yardım eden A'nın bu davranışı, bir defa geçerli olarak kurulmuş sözleşmenin ahlâka aykırılık sebebiyle butlanına yol açmaz[107].

Öğretide ileri sürülen bir fikre göre[108], taraflardan biri tarafından güdülen ahlâka aykırı amacın sözleşmeyi geçersiz kılması için, yalnız karşı tarafın işin içyüzünü bilmesi yeterli olmayıp, sözleşmenin herhangi bir şüpheye yer açmayan içeriği ile diğer tarafın ahlâka aykırı saiki arasında o derece sıkı bir bağlılık bulunmalıdır ki, işin içyüzünü öğrenen dürüst bir sözleşenin 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 Ahlâka Aykırı Olması (Özellikle Banka Kredi Sözleşmeleri Açısından)

Burada meseleyi, uygulama açısından çok büyük önem taşıyan tek bir örnek üzerinden incelemek istiyoruz. 47

Alman Hukukunda hâkim olan görüşe göre, *taraflardan biri, diğerine nazaran üstün olan durumuna dayanarak, daha zayıf konumdaki karşı tarafa açıkça onun menfaatlerine ters düşen bazı kayıt ve hükümleri kabul ettirmişse;* bir başka anlatımla, *üstün durumundan yararlanarak diğer tarafa insafsız ve nispetsiz fedakârlıklar yüklerken kendisi bundan uygun olmayan aşırı yararlar sağlamış ise*, yapılan sözleşme ahlâka aykırı sayılır. Güçlü olmanın en belirgin örneklerinden biri, taraflardan birinin bir tekel (monopol) durumundan yararlanmasıdır. Ne var ki, güçlülük için bir tekel duru-

106) Bkz. not 105'de anılan **v. Tuhr/Peter, Oğuzman/Öz** ile **Becker**, Art. 19, N. 36; **Larenz/Wolf**, § 41, N. 27.
107) **Başpınar**, not 105'de age, s. 146.
108) **Bucher**, AT, s. 257.

munun bulunması şart olmayıp, herhangi bir tarzda gerçekleşebilecek fiilî üstünlüğün iş hayatının gerekleri ile bağdaşmayacak ve tarafların karşılıklı edimleri arasında ağır bir dengesizlik yaratacak biçimde istismar edilmiş olması yeterlidir[109]. Bu görüş, bizce çok yerinde olarak, İsviçre-Türk Hukuklarında bir çok yazar tarafından benimsenmiştir[110]. Yargıtayda da son zamanlarda bu yolda bir eğilime rastlanmaktadır[111]. Buna karşı, diğer bazı yazarlar[112], sadece "sözleşmenin konusu (içeriği)" ile "ortak amacın" sözleşmenin ahlâka aykırı sayılması için esas alınabileceğini, buna karşı sözleşmenin kurulma biçimine ilişkin hal ve şartların sözleşmeye ahlâka aykırılık damgasının vurulması için yeterli olamayacağını, 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 edilmiş içeriği, sözleşmenin kurulması aşamasındaki hal ve şartların bir yansımasıdır ve nasıl sözleşme yorumlanırken, sözleşme öncesi görüşmelere bakmaktan vazgeçilemiyorsa, ahlâka aykırılık değerlendirmesi yapılırken de, *içeriğin bu şekilde düzenlenmiş olmasının sebebini oluşturan ve bu içerik ile doğrudan doğruya ve sıkı biçimde bağlantılı olan olguları* 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, Festchrift 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 Baştan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arası Dengesizliğin Uyarlama Yoluyla Düzeltilmesi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'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 ahlâka aykırı olması halinde geçerliliğinden söz edilemez. Bu hal, genellikle tahkim sözleşmesinde bir tarafın diğeri üzerinde, davalı şirketin davacı firma 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 bâtıl 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.13) bu görüşü benimsemiş ve bir sözleşmenin ahlâka 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, ahlâka aykırılık açısından geniş bir yoruma tâbi tutulmalıdır[113]. Aksi halde, kanunda yazılı olmadığı halde "ortak amacın" da ahlâka aykırılığa esas teşkil edebileceğini kabul eden, bu yüzden BK. m. 20'deki "konu" sınırlamasını çoktan aşmış bulunan bir hukuk sisteminde, olup bitenin sadece yarısına bakılmış ve diğer yarısına gözler kapatılmış olur ki, bunun anlamı, çağımızın güçlülerin zayıfları ezmesine fırsat hazırlayan ültra 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, ahlâka aykırılık damgası, sözleşme öncesi davranışlara değil, bu davranışlar sonucu meydana gelen hukukî düzenlemeye vurulmuş olacaktır[114].

48 Alman Hukukunda, konu sınırlamasını öngörmeyen BGB § 138/I hükmü çerçevesinde, sözleşmenin konusu "tek başına" ahlâka aykırılık sonucuna varmak için yeterli olmuyorsa, sözleşme (veya daha genel olarak hukukî işlem), "konu", "saik" ve "amaç" unsurlarının tümü ile değerlendirilmesine dayalı genel karakteri esas alınarak ahlâka aykırı sayılabilmektedir[115]. Yine Alman Hukukunda, bu konuda rol oynayan ve "kınanabilir (aşağılık) bir zihniyet" diye ifade edebileceğimiz "verwerfliche Gesinnung" unsuru varılacak sonuca etkili olabilmektedir. Ne var ki, İsviçre-Türk Hukuklarında böyle bir sübjektif unsura yer yoktur[116]. Daha önceki açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere, bizde, değerlendirme ilke olarak objektif esaslara dayanmakta, sadece bir tarafın dolaylı ahlâka aykırı amacının diğer tarafça bilinip benimsenmesi ihtimalinde bu sınır aşılmaktadır.

49 İncelediğimiz ahlâka aykırılık hali, Türk Hukukunda *banka kredi sözleşmelerinde* yer alan ve bankalara (örneğin sözleşmede yer alan faiz oranlarını sonradan herhangi bir sınırla bağlı olmaksızın bir taraflı olarak istedikleri kadar artırma, hatta bu yükseltilmiş faizler ödenmediği takdirde asıl

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 "ahlâka aykırılık" kriterlerinin farklı biçimde değerlendirilmesi söz konusu olamaz. Oysa, kendine has özellikleri dolayısıyla hukuka aykırılıktan çok farklı bir kavram olan ahlâka aykırılık kavramının sınırları 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 "imkânsızlık" açısından konu sınırlaması getirilmiş, buna karşı "ahlâka aykırı sözleşmelerden" söz açmak suretiyle bu halde bir konu sınırlamasına yer verilmemiştir. İsviçre Borçlar Kanununun hazırlık çalışmaları da, ahlâka aykırılığa daha geniş bir uygulama alanı kazandırılmak istendiğini göstermektedir (**Kramer**, Art. 19-20, N. 175). Alman Hukukunda, BGB'nin İlk Tasarısında "konusu" ahlâka aykırı hukukî işlemlerden söz açıldığı halde, İkinci Tasarıda konu sınırlaması kaldırılmıştır. Halen BGB § 138/I, "konu"dan hiç bahsetmeksizin "Ahlâka aykırı bir hukukî işlem kesin hükümsüz olur" demekle yetinmektedir. (**Flume**, § 18, 2, a, s. 367).

114) Özellikle bkz. **Mayer-Maly**, MünchKomm. § 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; **Huguenin**, Basler Komm., Art. 19-20, N. 36.

borcu da vâdesinden önce muaccel kılmak suretiyle borçlu aleyhine takibe geçme yetkilerinin verilmesi gibi) hak ve yetkiler tanıyan hükümler dolayısı ile tartışılmıştır. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre[117], müşterileri karşısında üstün bir konumda bulunan bankaların, bu güçlerini istismar ederek genel kredi sözleşmelerine kendilerine aşırı çıkarlar sağlayan bu çeşit hükümler koydurmuş olmaları halinde, sözü geçen hükümler ahlâka aykırılık sebebiyle bâtıl (kesin hükümsüz) olur. Yargıtay bu görüşe katılmamıştır. Yüksek Mahkeme'ye göre, bu tip hükümler ahlâka 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 tâbi tutulur[118].

50 Bizce, Yargıtayın görüşü, ilk bakışta, uygulamadaki aşırılıkları törpülemeye imkân veren uygun bir görüş olarak değerlendirilmeye elverişli gözükmektedir. 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 gerekir[119]. 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 ahlâka aykırılık butlanına yer olmadığını şöyle açıklamaktadır: "Kredi sözleşmesinin vâdesiz 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, ahlâka aykırı ve kelepçeleyici bir niteliği bulunduğunun kabulü olanaksızdır. Kredi faizinin süreç içinde ekonomik koşullara göre artmasının tabiî bulunduğunu müdebbir bir tâcir gibi düşünmesi gereken müşteriye, bankanın yapacağı ihtar tarihinden itibaren yükselen faiz oranlarını uygulaması ekonomik özgürlüğünün kısıtlaması olarak kabul edilemez; aksi halde, vâdesiz 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.nun 2. maddesindeki "objektif iyiniyet" ve 3. maddesindeki "hakkın kullanılmasının suistimal edilmemesi" kurallarına aykırı davranılmamış olsun" cümlesi, redaksiyon aşamasındaki bir dikkatsizlik sonucu, hakkın kötüye kullanılmasını yasaklayan MK. m. 2/II 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 Hukukî Sorumluluğu, Ankara 2001, s. 248. Böyle bir bildirim alan müşteriye, dayanamayacağı faiz yükünden kurtulmak üzere, derhal kredi sözleşmesini feshetme imkânı da tanınmalıdır (**Atamer**, s. 242; **Kostakoğlu**, s. 171). Bu fesih hakkı, bir çeşit haklı (muhik) sebeple fesih hakkı olarak nitelenebilir. Ayrıca bkz. aşağıda N. 50a.

sinde *"bildirimde bulunma"* veya *"geriye yürüme" konularında herhangi bir düzenleme olmadığı ve sadece bankaya bir taraflı olarak faizleri yükseltme yetkisinin tanınması ile yetinildiği zaman*, bankanın bildirimde bulunmadan veya bildirim tarihinden öncesine de etkili olmak üzere faiz artırımına 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, cârî 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 olur[119a]. Görülüyor ki, bir çok ihtimalde, Yargıtay'ın görüşüne dayalı olarak tatmin edici sonuçlara ulaşma imkânı vardır. Buna karşı, *genel kredi sözleşmesinde yer alan açık hükümlerle, (hukuken hiçbir zaman kabul edilemeyecek biçimde) bankanın bildirimsiz faiz artırımına gidebileceği veya yapılan bildirimin geriye yürür biçimde sonuç doğuracağı kararlaştırılmışsa*, Yargıtay kararlarında görüldüğü ve bazı hukukçularca desteklendiği üzere, yine MK. m. 2 hükmüne dayanıp, bu gibi sözleşme kayıtlarının hüküm doğuramayacağı sonucuna varılabilecek midir?[120]. Bu sorunun cevabı olumsuzdur ve bu gibi ihtimallerde, ahlâka aykırılığı reddedip meselenin çözümünü MK. m. 2'ye terk eden Yargıtayın görüşü yetersiz kalmaktadır. 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 imkân verecek biçimde) geçerli olarak kazanılmış bir yetkinin *kullanılma tarzından* 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 çıkmıştır[120a]. Sözleşmede açıkça yer alan bu yetkilerin geçersizliğini

---

119a) **Kostakoğlu**, not 118'de age, s. 168 ve yine not 118'de anılan Yargıtay 19. HD.nin 25.11.1994 tarihli kararı.

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**, bildirime 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 (yerinde olarak) ahlâka aykırılık kavramına yollama yapmaktadır (s. 249).

120a) Aynı doğrultuda: **Atamer**, not 72'de age, s. 176. Yazarın yerinde olarak belirttiği gibi "İçerik denetimi sözleşmesel bir hakkın belirli bir içerikle geçerli olarak doğup doğmadığı sorununa ilişkindir... Buna karşılık MK. m. 2/II'ye dayanan hakkın kötüye

sağlayacak hüküm ise MK. m. 2 hükmü değildir. Zira, öğretide belirtildiği ve İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da kabul edildiği üzere, *hakların kullanılması ile ilgili bulunan MK. m. 2 hükmü sözleşme serbestisine sınır getiren bir hüküm niteliğini taşımaz ve sözleşmeye yönelik içerik denetimi MK. 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 ahlâka aykırılık sebebiyle hükümsüz sayılması ile önlenebilir[122]. 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 imkânı da vardır. Söz konusu olan hükümsüzlük, hiç kuşkusuz BK. m. 20/II anlamında bir kısmî hükümsüzlüktür.

---

kullanımı denetiminde, geçerli olarak doğmuş olan bir hakkın belirli bir şekilde ileri sürülmesi, doğurduğu hakkaniyete aykırı sonuçlar nedeniyle engellenmektedir".

121) **Baumann**, Zürcher Kommentar, Einleitung, 1. 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, "ahlâka 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.'nun 19. ve 20. maddelerine aykırılık teşkil etmeyeceği kuşkusuzdur" yolundaki ifade isabetli olmaktan uzaktır. Zira, "hukuka aykırılık", "kamu düzenine aykırılık", "ahlâka aykırılık", "kişilik haklarına aykırılık", "imkânsızlık" gibi sebeplerle geçersiz sayılan sözleşmeler, hep tarafların serbest iradeleri ile oluşturulmuş sözleşmelerdir.

122) Sözleşme içeriğinin denetlenmesiyle, bu içeriğe dayalı olarak geçerli olarak elde edilmiş hakkın kullanılmasının denetlenmesi ayrımına 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/II hükmüne bırakmakla açık bir yanılgıya düşmektedir. Aynı yazarın, ahlâka aykırılık görüşüne yönelttiği eleştirilerde kredi sözleşmelerine uymayan "kelepçeleme sözleşmesi" gibi yanlış bir ahlâka aykırılık modeline dayanması, bu eleştirileri de dayanaksız hale getirmektedir (Esas alınması gereken ahlâka aykırılık modeli için bkz. yukarıda N. 47).

Mesele "tüketici kredileri" açısından ele alındığı vakit, TKHK. m. 10/I, c. 3 *"Taraflar arasında akdedilen sözleşmede öngörülen kredi şartları, sözleşme süresi içerisinde tüketici aleyhine değiştirilemez"* demektedir. Bu kanunun, 2003 yılında 4822 sayılı kanunla değişikliğe uğramasından önce de aynı nitelikte bir hüküm m. 10'da yer alıyor ve buna dayanarak öğretide bu hüküm karşısında bankaların tüketici kredilerinde bir taraflı olarak faiz artırımına gitmesine imkân kalmadığı kabul ediliyordu[122a]. 4822 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonuca kanuna eklenen m. 10/A, 3. fıkrasında kredi kartı sözleşmeleriyle ilgili bir istisna öngören şu hükmü içeriyor: 50a

"Kredi veren faiz artırımını otuz gün önceden tüketiciye bildirmek zorundadır. Kredi veren tarafından artırılan faiz oranı geriye dönük olarak uygulanamaz. Tüketici bildirim tarihinden itibaren en geç altmış gün içinde tüm borcu ödeyip kredi kullanmaya son verdiği takdirde faiz artışından etkilenmez".

Şurasını ekleyelim ki, benzer bir hükme 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu m. 25'de de rastlanıyor[122b].

Daha önce gördüğümüz gibi, 4822 sayılı kanunla yapılan değişikliğin en önemli sonuçlarından biri, TKHK. m. 6 ile getirilen ve tüketicileri tüketici sözleşmelerinde yer alan "haksız şartlara" karşı koruyan düzenlemedir[122c]. Bu düzenleme karşısında tüketici kredisi sözleşmelerine karşı harekete geçecek tüketici, "ahlâka aykırılık" butlanını öne sürmek zorunluluğu bulunmaksızın, ihtilâfı (adı geçen kanunda konuya ilişkin ayrı ve özel bir düzenleme bulunmadıkça) "haksız şart" denetimi çerçevesinde çözüme bağlatmak imkânını elde etmiştir.

Yine daha önce gördük ki, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin" sonuna eklenen bir liste, belli başlı haksız şart örneklerini saymaktadır[122d]. Hiç kuşkusuz bir Yönetmelik ekinde yer alan bu gibi örneklerin kanunun emredici-yasaklayıcı hükümlerini değiştirmesi söz konusu olamaz. Oysa bu listede yer alan aşağıdaki örnek ile (Ek. b/2), sözleşme süresi içinde kredi şartlarının tüketici aleyhine değiştirilmesini yasaklayan TKHK. m. 10/I, c. 3 hükmünün nasıl bağdaştırılabileceği 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 değiştirilmesine 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. Ahlâka Aykırılığın Tarafların Davranışları İle Değil Hukukî Düzenleme İle İlgili Bulunması

Bir hukukî işlemin (özellikle sözleşmenin) ahlâka aykırı olduğundan söz açıldığı zaman, "ahlâka aykırılık" damgası, (BK. m. 41/II'den farklı olarak) tarafların *davranışlarına* değil, onların meydana getirdiği *hukukî işleme* (sözleşmeye), bir başka deyimle gerçekleştirilen *hukukî düzenlemeye* vurulur[123]. Ne var ki, yukarıda gördüğümüz gibi, yerine göre, bu hukukî 51

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. yukarıda § 23, N. 25 vd.

122d) Bkz. yukarıda § 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 yoldan ve nasıl ulaşıldığını araştırmak ve sözleşme içeriği ile doğrudan doğruya ve sıkı biçimde bağlantılı bütün hal ve şartları göz önünde tutmak imkânı saklıdır, zira bu hal ve şartlar sözleşme içeriğinin (geriye dönük) bir çeşit uzantısı sayılabilir[124]. Buraya kadar söylenenlerin doğal bir sonucu olarak, *sözleşmenin ahlâka aykırı sayılması için, tarafların ahlâka aykırılığın farkında olmalarına, bir başka deyimle, ahlâka aykırılık bilincine sahip bulunmalarına gerek yoktur*[125]. Buna karşı, onların, ahlâka aykırılığa yol açan olguları (vakıaları) bilmeleri gerekir[126]. Örneğin, bir gazete yazarına belirli bir konuda kendi talimatına uygun yazılar yazması için para verecek olan A'nın, bu parayı B'den ödünç olarak alması halinde, 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 yazdırma amacının ödünç sözleşmesinin hukuken ahlâka aykırı sayılması sonucunu doğuracağını bilmemesi, bu sözleşmeyi ahlâka aykırılık sebebiyle geçersiz olmaktan kurtarmaz. Bu örnekte aynı şey A için de geçerlidir. Bu açıklamaların ışığında, ahlâka aykırılık, tarafların davranışlarına değil, yaptıkları sözleşmeye vurulan bir damga olduğuna göre, bir sözleşmenin ahlâka aykırı olduğunu ileri sürmek, hiçbir şekilde sözleşmeyi yapan tarafları ahlâka aykırı davranmakla suçlamak anlamını da taşımaz.

---

§ 138 çerçevesinde, bir kimsenin davranışlarının değerlendirilmesi ve ahlâka aykırı hareket tarzı sebebiyle yaptırım (müeyyide) uygulanması söz konusu olmayıp, bahis konusu olan sadece bir hukukî işlemin ahlâka aykırılığıdır".

124) Bkz. yukarıda N. 47.

125) v. **Tuhr/Peter**, § 31, V, 1, s. 256; **Medicus**, AT, N. 689; **Palandt/Heinrichs**, 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 ahlâka veya hukuka aykırı olup olmadığının taraflarca bilinip bilinmemesinin sonuca etkisi yoktur". (**Karahasan**, 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 ahlâka aykırılığını tarafların bilmemeleri... halkın dürüst ve makul düşünen çoğunluğu tarafından ahlâka aykırılığı kabul edilen işlemin nitelik ve etkinliğini değiştirmez" (**Karahasan**, TBH, GH 1992, cilt 2, s. 335). Öğretide yerinde olarak belirtildiği gibi, bu görüş esas alınmasaydı, bazı ahlâka aykırı işlemleri, sırf taraflar ahlâka aykırılık bilincinden yoksun diye geçerli saymak gibi kabul edilemez bir sonuca ulaşılacaktı.

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 Haklarına Aykırı Sözleşmeleri Yasaklayan MK. m. 23 ile Ahlâka Aykırılık Butlanını Düzenleyen BK. m. 20 Arasındaki İlişki

Kişilik haklarını *üçüncü kişilerden* gelecek hukuka aykırı saldırılara karşı koruyan MK. m. 24-25 yanında, MK. m. 23, kenar başlığının ifade ettiği üzere kişileri "vazgeçme ve aşırı sınırlamaya karşı" koruyan hükümler sevk etmektedir. Burada, öğretide ileri sürülen bir görüşe göre[127] kişinin bizzat kendisine karşı korunması söz konusudur. Bu görüş eleştirilmiş ve MK. m. 23'de öngörülen hallerde dahi, kişinin kendisine değil, yine başkalarından 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 olmaksızın gerçekleşen) eylemlerine değil, kendi *rızası ile* yaptığı sözleşmeler vasıtasıyla kaynağını sözleşmenin karşı tarafında bulan bir saldırıya karşı himaye edilmektedir[128]. 52

MK. m. 23'ün 1. fıkrasında yer alan hükme göre *"Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez"*. Öğretide bu hükmün pek nadir hallerde uygulama alanı bulduğu hususunda görüş birliği vardır[129]. Onun için, biz, MK. m. 23'ün 1. fıkrasını bir yana bırakıp, uygulamada büyük önem taşıyan 2. fıkrasını esas almak suretiyle açıklamalarımızı sürdüreceğiz. Bu fıkraya göre *"Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz"*. Derhal belirtelim ki, bu hükümde "hukuka aykırı" sınırlamaların ayrıca anılması maddeye bir şey katmayan basit bir açıklayıcı beyandır veya bir başka anlatımla, bu sınırlamayı 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 açıktır[130]. Buna karşı, "öz- 53

---

127) Örnek olarak bkz. **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, s. 96.

128) **Grossen**, La protection de la personnalité en droit privé, ZSR, N.F. 79, 1960/3, s. 19a-20a; **Tandoğan**, Şahsiyetin akit dışı ihlâllere karşı korunmasının işleyiş tarzı ve basın yoluyla olan ihlâllere karşı özel hayatın korunması, AÜHFD, cilt XX, 1963/1-4, s. 5; **Tercier**, Le nouveau droit de la personnalité, 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/Schluep/Schmid**, N. 658; **Huguenin Jacobs**, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Basel 1996, Art. 27, N. 7; **Tekinay**, Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6. bası, İstanbul 1992, s. 253.

130) **Bucher**, Berner Kommentar, Bd. I/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 hükümdür. Buna göre, bir hizmet sözleşmesi bir

gürlükten vazgeçme" ve özellikle özgürlüklerin "ahlâka aykırı olarak sınırlandırılması" ihtimalleri uygulamada büyük önem taşımaktadır. Bu sebeple, aşağıda MK. m. 23 ile BK. m. 20 arasındaki ilişkiyi, sadece MK. m. 23/II'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 ahlâka 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 ahlâka aykırı sayılabilecek ölçüde *aşırı* olmasına izin verilmemiştir. Maddenin üst kenar başlığı, (eski ve yeni Medenî Kanunlarda) "Kişiliğin Korunması" (eski metinde "Şahsiyetin Himayesi") biçiminde geniş kapsamlı bir ifade kullandığı halde, MK. m. 23/II 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 mânevi alanı, beden bütünlüğü, özel hayatı gibi kişilik değerleri söz konusu olduğu zaman artık MK. m. 23/II'nin değil, (çok yanlış bir çeviri sonucu "şahsî hükümlere müteallik haklar"dan söz açan) BK. m. 19/II'nin kişilik haklarına aykırı sözleşmeleri yasaklayan hükmünün uygulanacağını, bu bakımdan BK. m. 19/II'nin MK. m. 23/II'yi tamamladığını kabul ediyor[131]. Biz bu görüşe katılmak imkânını 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 aşırı 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 ödemeksizin, her zaman feshedebilir. Bunun gibi, nişanlıların mutlaka birbirleriyle evlenecekleri yolunda yaptığı taahhütler, "Nişanlılık, evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermez" diyen MK. m. 119/I uyarınca hukukî bir değer taşımaz (Bu konudaki örnekler için bkz. **Akipek/Akıntürk**, Türk Medenî Hukuku, Birinci cilt, Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku, 5. bası, İstanbul 2004, s. 396; **Riemer**, Personenrecht des ZGB, Bern 1995, § 13, N. 313 vd.).

131) **Dural/Öğüz**, 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.

verme serbestisinden (özgürlüğünden) vazgeçilmesini yahut bu konuda ahlâka aykırı sayılabilecek ölçüde aşırı bağlılık altına girilmesini yasaklayan bir hüküm 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 kanun koyucudan beklenebilir makul bir davranış olarak karşımıza çıkmıyor. Diğer taraftan, meseleye BK. m. 19/II açısından baktığımız vakit, bu hükmün sadece yorumlayıcı bir fonksiyona sahip bulunduğu, yani münhasıran bir kanun hükmünün ne vakit emredici sayılacağının bulunmasına hizmet ettiği görüşü[133] çerçevesinde, bundan, MK. m. 23/II'de bulunduğu (yerinde olmaksızın) iddia edilen eksikliği tamamlamak üzere yararlanılmasına esasen imkân bulunmuyor. Hâkim 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 öngörülmüş sınırlamalara yapılmış bir yollama* olarak değerlendirilmek gerekiyor[134]. Bu açıklamaların ışığında, öğretide verilen bir karı kocanın cinsel ilişkilerinin filme alınıp kamuya sunulmasına para karşılığı izin vermeleri örneğini[135] incelediğimiz vakit varılacak sonuç şu oluyor: Böyle bir sözleşme ile eşler, *filme alınıp gösterime sokulmasına izin verdikleri konuda, özel hayatlarının gizliliğine 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 başvurmaya

---

132) **Thévenaz**, La protection contre soi-même, Etude de l'article 27 alinéa 2 CC, Berne 1997, N. 69-70; **Zufferey-Werro**, not 7'de age, N. 619, 634; **Egger**, Zürcher Kommentar, I. Band: Einleitung und Personnenrecht, 2. A., Zürich 1930, Art. 27, N. 27; **Huguenin**, Basler Komm., Art. 19-20, N. 44; **Jäggi**, Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, ZSR 79 (1960), s. 198a vd., 261a. -Türk öğretisinde aynı doğrultuda: **Zevkliler/Acarbey/Gökyayla**, Medenî 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; Thévenaz, 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, özgürlükten vazgeçmiş sayılmak için mutlaka bir kölelik sözleşmesinin yapılmış olması zorunlu değildir.

55 MK. m. 23 hükmünün en büyük özelliği bir yandan bazı yasaklar getirirken, bu yasaklara aykırı davranış halinde *hukukî yaptırımın* ne olacağını belirtmemiş olmasıdır. Bu belirsizlik, öğretide ve İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında çok değişik görüşlerin ortaya atılmasına yol açmıştır. Bunları üç kategoride toplamak imkânı vardır:

— *Birinci görüş*, klasik diye ifade edebileceğimiz görüştür. Bu düşüncede olanlar, MK. m. 23/II'nin öngördüğü yasaklama için herhangi bir yaptırım içermemesinden hareket ederek, bunu sadece BK. m. 20'ye (çoğunluğun fikrince oradaki "ahlâka 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 kısmî hükümsüzlüğe de (BK. m. 20/II) izin veriyor[136].

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. 23/II'de öngörülen ve "özgürlüklerden vazgeçmeye" yahut "özgürlüklerin ahlâka aykırı biçimde aşırı biçimde sınırlandırılmasına" yönelik düzenleme ile, BK. m. 20/I'deki ahlâka aykırılık butlanı arasında yapısal bir fark vardır. İkinci halde (BK. m. 20'de) sözleşmenin *konusu* ahlâka aykırıdır, bu yüzden BK. m. 20'nin bahşettiği koruma, *içeriği* dolayısıyla hukuk ve ahlâk düzenine ters düşen sözleşmelere karşıdır. Oysa, birinci ihtimalde (MK. m. 23/II'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. Tuhr/Peter**, § 31, V, 2-3, s. 258-259, 261-262; **Zufferey**, Les contrats du sport professionel face aux bonnes moeurs, SJZ 86 (1990), s. 117, not 33. Yakın zamanlara kadar bu görüşü benimseyen Federal Mahkeme kararlarına örnek olarak bkz. BGE 84.II.355; 106.II.369.

137) **Bucher**, Art. 27 ZGB, N. 2, 126 vd., 162 vd., 295 vd., 523 vd.; **Bucher**, AT, s. 259 vd., özellikle s. 265 vd.; **Bucher**, Für mehr 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 éd., Berne 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. **Thévenaz**, not 132'de age, N. 152 vd.

m. 20/I'den farklı olarak, konuları (içerikleri) dolayısıyla hukuk düzenine ters düşen sözleşmeler değildir. Burada sadece borçlunun yüklendiği taahhütlerin onun kişisel özgürlüğü üzerindeki bağlayıcı etkisi inceleme konusu yapılmaktadır[138]. Bu yüzden, uygulanacak yaptırım BK. m. 20/I hükmüne başvurmaksızın, bu tip sözleşmelerin anılan niteliklerine uygun düşecek tarzda ve *MK. m. 23 çerçevesinde kalarak* ayrıca belirlenmelidir.

= MK. m. 23/II daha önce gördüğümüz gibi, iki ayrı durumu düzenlemektedir: Bunlardan birincisinde *mutlak (kesin) bir bağlanma yasağı* vardır; ikinci halde ise, ilke olarak bağlılık altına girmek yasak olmamakla birlikte bu bağlılığın ahlâka aykırı sayılabilecek ölçüde aşırı olmasına izin verilmemiştir. Bu iki halin yaptırımları farklıdır. Mutlak bağlılık altına girme yasağı olan hallerdeki hukukî durumu, *Bucher* tarafından verilen ve birçok yazar tarafından tekrarlanan şu örnek üzerinden açıklayabiliriz: Bir film yapımcısı ile bir dublör *(Stuntman, cascadeur)* arasında, bedel karşılığı tehlikeli sahnelerde başrol oyuncusunun yerine oynamak üzere bir sözleşme yapıldığı takdirde, burada taraflardan birinin hayatını, beden bütünlüğünü, sağlığını risk altına sokan (bu konularda serbestçe karar verme özgürlüğünü ortadan kaldıran) böyle bir taahhüt dolayısıyla MK. m. 23/II'deki "özgürlükten vazgeçme" şartı gerçekleşmiş sayılacağından, dublör (hiçbir şekilde uygulanması söz konusu olmayan BK. m. 20/I hükmüne değil, fakat bu ihtimalde geniş ölçüde benzer sonuçlar doğuran BK. m. 23/II hükmüne dayanarak) kesin hükümsüzlük yaptırımından yararlanır ve baştan itibaren geçerli bir borç altına girmez. Şu halde, o son dakikada korkup tehlikeli sahnelerde oynamayı reddederse, karşı taraf ondan herhangi bir tazminat veya (kararlaştırılmışsa) cezaî şart ödemesini talep edemez. Buna karşı, diğer taraf (film yapımcısı) bu sözleşme ile bağlıdır, yani geçersizlik (butlan) sadece taraflardan biri (bu örnekte dublör) ve onun borcu açısından söz konusudur. Karşı tarafın, dublör tehlikeli sahnelerde oynadıktan sonra, geçersizlik iddiasında bulunması ve taahhüt ettiği bedeli ödemekten kaçınması mümkün değildir. Böylece, MK. m. 23/II'nin, özgürlüğünü tam olarak muhafaza etmesi gereken bir konuda bağlılık altına giren tarafı korumaya yönelik amacına uygun düşen bir sonuca ulaşılmakta ve diğer tarafın, maddenin öngördüğü farz edilen geçersizlikten, korunan taraf aleyhine yararlanması önlenmektedir[139].

---

138) Ayrıca bkz. **Jäggi**, not 132'de age, s. 202a.

139) **Bucher**, Şerhinde (Art. 27 ZGB, N. 128), bu ihtimalde geçersizliğin mahkeme tarafından re'sen göz önünde tutulabileceğini kaydederken, bunun sadece kişilik hakları çiğnenen taraf lehine mümkün olabileceğini ayrıca belirtmeyi ihmal etmektedir. Gerçekten, MK. m. 23/II hükmü ile korunan tarafın ileri sürmediği hükümsüzlüğün hâkim tarafından karşı taraf lehine olarak dikkate alınabilmesi, bu görüşün öngördüğü sistemi açık biçimde zedeler. –Şu noktayı ayrıca ekleyelim ki, metinde sözünü ettiğimiz hü-

= Borçlunun ahlâka 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)* kurtulabilecektir[140]. 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 ihtilâfın 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, hâkimin re'sen (kendiliğinden) duruma müdahale etmesi mümkün değildir.

57 — *Üçüncü görüş*, halen İsviçre'deki 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. 23/II 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-*

---

kümsüzlük tipi, bizzat Türk kanun koyucusu tarafından da benimsenmiş gözükmektedir. Gerçekten, MK. m. 23/III hükmüne göre *"Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılanması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî 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 kısmî hükümsüzlük kavramına başvurmak gerekeceği ileri sürülmüştür (**Deschenaux/Steinauer**, not 137'de age, N. 310). Bir başka eleştiri şöyledir: Aşırı bağlılık altına girdiği için kişilik hakları ihlâl 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 **Thévenaz**). 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. 23/II'ye ters düşen aşırı süre geçtikten sonra, kişilik hakkı ihlâl edilen tarafa bir fesih (bozma) hakkı tanıyan önceki kararı için bkz. BGE 114.II.159.

madıkça, diğer tarafın sözleşmenin hükümsüz olduğunu ileri sürmesine izin verilmemelidir. Bunun gibi, hâkim de, kesin hükümsüzlüğü sadece kişilik hakları korunan taraf lehine re'sen (görevinden ötürü) göz önünde tutabilmelidir[140a]. Derhal belirtelim ki, bu sonuçlar, hem "mutlak bağlılık" (özgürlükten vazgeçme) yasağının söz konusu olduğu haller, hem de "ahlâka aykırı biçimde aşırı bağlılık altına girme" halleri için geçerlidir. Diğer taraftan, sadece aşırılığı törpülemekle yetinen kısmî hükümsüzlük yaptırımı da (BK. m. 20/II) hiç kuşkusuz saklıdır[141].

BK. m. 20/I'deki "kesin hükümsüzlük" kavramının, bu şekilde, özel hüküm niteliğindeki MK. m. 23'ün amacı göz önünde bulundurularak ve bu amaca uygun bazı değişikliklerle uygulanması, "esnek hükümsüzlük" anlayışı[142] 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 aykırılığın yaptırımı mutlaka BK. m. 20/I gereği kesin hükümsüzlük olmayıp, bu hükümlerin anlam ve amacına göre hükümsüzlük dışında bir yaptırım da (örneğin bir ceza yaptırımı veya idarî yaptırımlar) olabilir[143]. İncelediğimiz meselede, bir adım daha atılmakta ve yasaklayıcı hükmün yaptırımının BK. m. 20/I uyarınca kesin hükümsüzlük olduğu hallerde bile, özel hükmün anlam ve amacı gereği, klasik kesin hükümsüzlük yaptırımının sınırlandırılıp değişikliğe tâbi tutularak uygulanması kabul edilmektedir[144]. Biz de bu görüşe katılıyoruz.

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. 23/II ve BK. m. 20/I'e dayanarak bir geçersizlik iddiasında bulunamayacak; mahkeme de, davalı lehine olarak kesin hükümsüzlüğü re'sen dikkate alamayacaktır. Buna karşı, çok tehlikeli bulduğu bir sahnede 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 hükmedebilecektir.

141) Bu görüşte olanlara örnek olarak bkz. **Kramer**, Art. 19-20, N. 209, 371 vd.; **Kramer**, Persönlichkeitsverletzung bei einem über Jahrzehnte immer wieder erneuerten Kaufsrecht mit einem heute wirtschaftlich obsoleten Preisansatz, recht 2004/1, s. 31 (yazar, 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; **Koller**, 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.

58 Şimdi, sıra benimsediğimiz görüşle ilgili iki noktayı açıklığa kavuşturmaya gelmiş bulunuyor:

— MK. m. 23/II'nin uygulanacak yaptırım açısından yollama yaptığı BK. m. 20/I çerçevesinde söz konusu olan (atipik) kesin hükümsüzlük, bir "hukuka aykırılık" hali mi, yoksa "ahlâka aykırılık" durumu mu oluşturur? Çoğunluğun fikrince burada bir ahlâka aykırılık vardır[145]. Azınlıkta olan görüşe göre ise hukuka aykırılık söz konusudur[146]. 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 düşünce[147] 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 bağlılık altına girilmesi, hem toplumda hâkim olan ahlâk anlayışına hem de Anayasanın temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümlerinin temelinde yatan etik değerlendirmelere aykırı düştüğü için, ahlâka aykırılığın da ek olarak gerçekleştiği görüşündeyiz[148].

— Üzerinde duracağımız ikinci nokta, ikinci görüş taraftarlarının yaptığı bir ayrım ile ilgilidir. Onlara göre, sözleşmenin "içeriği (konusu)" dolayısı ile geçersiz sayılması ile, taraflardan birini hukuken kabul edilemeyecek biçimde "bağlaması" sonucu bir yaptırıma tâbi tutulması farklı şeylerdir. İkinci halde, sözleşmenin, BK. m. 20/I'de öngörüldüğü gibi, "içeriği" hukuka veya ahlâka aykırı olduğu için geçersiz sayılması söz konusu olamaz. Biz, bu görüşe (hiç değilse bu şekilde ifade edildiği zaman) katılamıyoruz. Kişilik değerleri açısından mutlak bağlılık veya aşırı bağlılık yaratan bir hüküm hiç kuşkusuz sözleşme içeriğinin dışında kalmaz ve taraflarca yüklenilen karşılıklı borçlara ilişkin bir düzenleme olarak sözleşmenin konusuna dahil olur. Söylenebilecek tek şey, kişilik haklarını zedeleyen hukuka ve ahlâka aykırı bu anlaşmanın BK. m. 20/I hükmü çerçevesinde tâbi olacağı hükümsüzlük 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/II çiğnendiği vakit hem hukuka hem de ahlâka 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 ahlâka 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 "ahlâka 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 ahlâk kuralları belirler."

göz önünde tutularak) sözleşmenin bunun dışındaki içeriğine nazaran farklı bir statüye sahip olması gerektiğidir"[149].

Son olarak İsviçre Federal Mahkemesinin bu konu ile ilgili yeni görüşünü açıkladığı, 30.10.2002 tarihli kararı[150] üzerinde kısaca durmak istiyoruz. Yüksek Mahkeme bu kararında çok geniş ölçüde *Bucher* tarafından ortaya atılmış bulunan ikinci görüşe uygun sonuçlara varmakta ve "ahlâka aykırılık" ile "kişilik haklarına aykırılığı" ayrı ayrı anan BK. m. 19/II hükmünden hareketle şöyle bir ayrım yapmaktadır: 59

— Sözleşme, kişilik haklarının hiçbir bağlılık kabul etmeyen kişiye sıkı surette bağlı özü ile ilgiliyse (bununla MK. m. 23/II'de sözü edilen "özgürlüklerden vazgeçme" ihtimali kastediliyor), BK. m. 20/I anlamında ahlâka aykırılık vardır ve kesin hükümsüzlük yaptırımı (yerine göre sadece kısmî geçersizlik biçiminde) uygulanır. Kararda, buradaki kesin hükümsüzlüğe sadece kişilik hakları çiğnenen tarafın dayanabileceğine ve mahkemenin de geçersizliği yalnız onun lehine olarak göz önünde tutabileceğine hiç değinilmemiştir.

— Buna karşı, sözleşme ile kişilik değerlerine ilişkin özgürlüklerden vazgeçilmemiş ve sadece "aşırı bir bağlılık" altına girilmişse, durum farklıdır. Bu ihtimalde, sözleşme ile bağlanmak hukuken mümkündür, sadece bu bağlılığın aşırı olması MK. m. 23/II tarafından yasaklanmıştır. O halde bu durumda ahlâka aykırılık yoktur, BK. m. 20/I uygulanmaz, sadece kişilik haklarının çiğnenmesi söz konusudur, ilgili kişi bu aşırılığa rağmen dilerse MK. m. 23/II'nin bahşettiği himayeden vazgeçip sözleşmeyi geçerli olarak ifa edebilir, karşı tarafın aşırı bağlılığı ileri sürmesine de izin verilmez. Şu var ki, MK. m. 23/II'nin koruyucu amacı çerçevesinde, aşırı biçimde bağlanan kişi dilerse sözleşmeyi ifa etmekten kaçınma hakkına sahip olur[151]. Mesele BK. m. 20/I hükmüne başvurulmaksızın sadece kişilik haklarını koruyan MK. m. 23/II hükmüne göre çözüme bağlandığı için, hâkim duruma re'sen (görevinden ötürü) müdahale etmek imkânından yoksundur ve aşırı bağlılık altına giren taraf sağlığında MK. m. 23/II'ye dayanarak bir talepte bulunmamışsa, onun mirasçıları MK. m. 23/II hükmüne dayanarak aşırı bağlılık yaratan sözleşmeye karşı harekete geçemezler.

Biz, bu karara katılmıyor ve ayrıntılara girmeksizin sadece şu noktaları belirtmekle yetiniyoruz: Kararda, "özgürlüklerden vazgeçme" halinde ahlâka aykırılık sebebiyle BK. m. 20/I'deki kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulanabileceğinin kabul edilmesi, buna karşı "aşırı bağlılık" halinde ahlâka aykırılıktan (dolayısı ile BK. m. 20/I hükmünün uygulanmasından) söz edilemeyeceği sonucuna varılması isabetsizdir. Unutmamak gerekir ki, doğrudan doğruya MK. m. 23/II (İsviçre MK. m. 27/II) hükmü, aşırı bağlılık halinin kabul edilebilmesi için sınırlamanın ahlâka aykırılık derecesine ulaşmasını aramaktadır. BK. m. 20/I'de yer alan ahlâka aykırılık ile, MK. m. 23/II'de yer alan ahlâka aykırılık kavramları arasında bir fark yoktur. Her iki maddede de aynı kavrama yollama yapılmaktadır. O halde, kişilik değerlerinin ahlâka aykırı sayılacak aşırılıkta sınırlanmasında BK. m. 20/I hükmüne başvurulamayacağını, bu ihtimalde ahlâka aykırılık de-

149) Krş. **Hatemi**, Kişiler Hukuku Dersleri, 2. bası, İstanbul 2001, § 8, N. 9. Tamamen metindeki açıklamalarımız gibi olmamakla beraber, yazar, dikkate değer biçimde, sözleşmenin "dar anlamda" konusu ile, bağlı olduğu sürenin uzunluğu dolayısı ile hürriyetin izin verilemez ölçüde sınırlanması arasında bir ayrım 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.I.623.

151) Ayrıca bkz. **Kramer**, recht 2004/1, s. 30.

ğil, sadece kişilik haklarının ihlâlinin söz konusu olduğunu ileri sürmek, buna karşı aynı maddenin aynı fıkrasında yer alan "özgürlüklerden vazgeçme" ihtimali için ahlâka aykırılığı kabul edip çözümü BK. m. 20/I'de aramak, kabul edilebilir bir düşünce tarzı olamaz. Bunun gibi, aşırı sınırlama halinde mahkemenin, kişilik hakları zedelenen taraf lehine bu hususu re'sen (görevinden ötürü) nazara alamayacağını kabul etmek de, MK. m. 23/II 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 ahlâka aykırılık bulunmayıp, sadece kişilik haklarının çiğnenmesi söz konusudur; o halde, kendisi itiraz etmeyen kişinin mirasçıları aşırı bağlılık yaratan sözleşmeye karşı çıkamazlar" gerekçesi ile MK. m. 23/II hükmünün öngördüğü himayenin tamamen dışında tutmak da başarılı bir çözüm sayılamaz. Oysa, bizim de katıldığımız görüş çerçevesinde, MK. m. 23/II kapsamına giren "aşırı (ahlâka aykırı) sınırlama", BK. m. 20/I uyarınca "hukuka aykırılık" veya "ahlâka aykırılık" yahut (bizim yaptığımız gibi) bunlardan her ikisi dolayısı ile sözleşmenin (benimsediğimiz görüş açısından "atipik" diye nitelenebilecek) kesin hükümsüzlüğüne yol açmıştır ve mirasçıların da bu geçersizliğe dayanmalarına bir engel yoktur.

60 Genellikle MK. m. 23/II'de öngörülen iki halden, "kişilik değerlerinden mutlak vazgeçme" değil, fakat bu değerlerin "ahlâka aykırı biçimde sınırlanması" daha çok karşımıza çıkar ve uygulama açısından büyük önem taşır. Bunun en çarpıcı örneklerinden birisini ise "kelepçeleme" veya "kıskıvrak bağlama" sözleşmeleri *(Knebelungsverträge, contrats d'asservissement)* oluşturur[152]. Federal Mahkemeye göre, borçlu bir başkasının canı nasıl isterse o şekilde kullanabileceği iradesine teslim olmuş, ekonomik özgürlüğünü ortadan kaldırmış veya giriştiği yükümlülükler onun ekonomik varlığının temellerini tehlikeye sokacak bir ölçüye ulaşmışsa, bu tip bir sözleşme söz konusu olur[153]. Öğretide, bu konuda, (gerçek veya tüzel kişi) borçlunun, ekonomik varlığının yok olması tehlikesini yaratacak biçimde alacaklının keyfine bağlı tutulması, onun iradesiz bir âleti haline gelmesi gibi şartlar aranmakta ve bu şekilde borçlunun ekonomik faaliyet özgürlüğünün felce uğratılması halinde bir kelepçeleme veya kıskıvrak bağlama sözleşmesinden söz edilmektedir[154]. Federal Mahkemenin incelediği bir

152) Bu konuda, Türk Hukukunda, örneğin "cendere sözleşmeleri", "boğazlama sözleşmeleri", "köleleştirme sözleşmeleri" gibi çok değişik başka deyimler de kullanılmaktadır. (Bkz. **Başpınar**, Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri, ABD 1999/1, s. 22).

153) BGE 114.II.162; 111.II.337 –Bir Yargıtay kararına göre "Sözleşme serbestliğinin sınırlandırılması, kural olarak borçluyu alacaklının iradesine bağlı kıldığı veya kapsamı bakımından borçlunun iktisadî varlığını tehlikeye soktuğu takdirde aşırı olur" (4. HD., 12.3.1971, E. 12928, K. 3376, **Karahasan**, TBH, cilt 2, 1992, s. 342). Bir başka kararda ise "bireylerin kişiliklerini ve ekonomik varlıklarının temellerini, ahlâk anlayışı ile bağdaşmayacak şekilde tehlikeye atan sınırlamalar "aşırı sayılmış ve bu tip sınırlamaları öngören sözleşmelerin hükümsüz olduğu sonucuna varılmıştır (HGK, 11.2.1976, E. 4-1088, K. 209, YKD 1976/9, s. 1269-1270).

154) **Sungurbey/Kaneti**, Medenî Hukuk Sorunları, cilt 3, İstanbul 1976, s. 188-189; **Sungurbey**, Medenî 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 sanatları eğitimi veren bir hanımla, "Managements-Vertrag" (menajerlik sözleşmesi) olarak adlandırılmış bir sözleşme yapmıştı[155]. Federal Mahkeme tarafından vekâlet hükümlerine tâbi 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 hâkim olan düşünceye göre (**Gauch/Schluep/Schmid**, N. 663; **Hürlimann**, not 29'da age, N. 143; **Bucher**, AT, s. 262), bir sözleşmenin MK. m. 23/II anlamında aşırı 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 sınırlamaların dengelenmesi, dolayısı ile sözleşmenin geçerli sayılması imkânı 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.108. –Türk Hukukunda, "Managementsvertrag", İngilizce "management" sözcüğünün anlamına uygun olarak "yönetim sözleşmesi" olarak adlandırılmakta ve öğretide, sözleşmedeki aslî edim borcu bir "işletmenin çalıştırılması" olmayıp bir başkasının işinin görülmesi ise, bu faaliyet bağımlı olmaksızın yürütülse bile, ortada bir yönetim sözleşmesi değil, alelâde bir vekâlet sözleşmesinin bulunduğuna 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 vekâlet hükümlerini uygulamıştır. Biz de, bu hususu dikkate alarak, metinde "yönetim sözleşmesi" değil "menajerlik sözleşmesi" deyimini kullanmış bulunuyoruz. Federal Mahkemenin bu konudaki kararı ile ilgili olarak ayrıca bkz. **Bühler**, 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 alamayacaktır.

61 Sonsuza dek sürecek (ebedî) sözleşmeler, hatta yerine göre, bütün hal ve şartlar takdir edilerek aşırı ölçüde uzun süreli sayılan sözleşmeler de bir kelepçeleme (kıskıvrak bağlama) sözleşmesi oluşturabilir ve MK. m. 23/II'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 yaratmasıdır[156]. Bu gibi durumlarda, genellikle kısmî hükümsüzlük yaptırımı (BK. m. 20/II) uygulanacak ve sözleşme sadece aşırı bağlılığın başladığı andan ileriye doğru hükümsüz sayılacaktır.

Kısmî hükümsüzlük yaptırımının uygulandığı bir olayda, yargı organınca sözleşmenin kabul edilebilir süresinin en fazla yirmi yıl olabileceği sonucuna varılmış, buna karşı borçlu tarafından geçersizlik yirmi ikinci yılın sonunda ileri sürülmüşse, son iki yılda karşılıklı olarak yerine getirilmiş edimlerin iadesi istenebilir mi? Bu sorunun cevabı olumsuzdur. Bir görüşe göre, bu sonuç, son iki yılda taraflar arasında fiilî bir borç ilişkisinin gerçekleşmiş olması ile açıklanabilir[157]. Bizce, sürekli borç ilişkilerinde geçersizliğin, ilke olarak, geriye yürümemesi esasından hareket etmek daha doğrudur[158].

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 çıkarları olmaksızın, sırf duygusal sebeplerden veya iş hayatına ilişkin tecrübesizliklerinden ötürü, kendi ekonomik durumları ile karşılaştırıldığı 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 rizikosu 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) ahlâka aykırı ve kesin hükümsüz sayma yönündedir[159]. 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.II.163.

157) **Thévenaz**, 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 Ahlâka Aykırılığı Sorunu, Prof. Dr. Ali Bo-

20/I'de düzenlenen klasik ahlâka aykırılık kavramı bakımından bu soruya olumlu cevap verilebileceğini sanmıyoruz. Bu tip kefalet sözleşmelerinde gerek "konu" gerekse "taraflarca güdülen ortak amaç" ahlâka aykırı değildir. Kefalet sözleşmesinin diğer tarafı olan alacaklı bankanın üstün konumundan yararlanarak kefile kabul ettirdiği ağır şartlarla aşırı 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 kefili, muhtemelen bütün hayatı boyunca sürecek ödeme taahhütleri altına sokarak kıskıvrak bağlaması, böylece onun zayıf ekonomik varlığının temelini sarsmak suretiyle ekonomik geleceğini tehlikeye atması, MK. m. 23/II anlamında kişilik haklarının ahlâka aykırı biçimde aşırı ölçüde sınırlandırılması anlamını taşıyabilir ve böyle bir kelepçeleme sözleşmesi bu maddeye aykırılığın yaptırımına tâbi tutulabilir[160]. Şu noktayı ayrıca ekleyelim ki, Türk Hukukunda, bir kimseyi kefil olarak kabul etmeden önce onun mâli durumunu iyice araştıran bankaların, ödeme gücü zayıf kimseleri kefil olarak kabul etme ihtimali hayli zayıf olduğu için[161] bu meselenin pratik önemini fazla büyütmemek gerekir.

Bütün bu açıklamalardan sonra, *de lege ferenda* bir temenniyi burada dile getirmek istiyoruz. Açıktır ki, BK. m. 20/I'de "konusu" ahlâka aykırı sözleşmelerden söz edilmesi hiç yerinde olmamıştır. Bu ifade çok dardır, 63

---

zer'e Armağan, Ankara 1998, s. 371 vd.; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 676a; **Belser**, not 31'de age, s. 423 vd.; **Atamer**, not 72'de age, s. 155, not 69; **Elçin Grassinger**, Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları, 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, kefalet ise sadece kefile borç yükleyen bir sözleşme olduğu için, bu ilkeden ayrılan **Gauch/Schluep/Schmid** tarafından meselenin bir de bu yönden ele alınması bizce yerinde değildir.

160) Bkz. **Kramer**, Art. 19-20, N. 229. Anılan yazara göre, bu gibi durumlarda bir kelepçeleme sözleşmesinin kabul edilebilmesi için, sözleşmenin kurulduğu anda bankanın, iş hayatı bakımından tecrübesiz diğer tarafın gelir ve malvarlığı durumu itibariyle taahhütlerini 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 mâli gücünün ötesinde borç altına girmekten men etmediğini, bu konuda borçluyu koruyan hükümlerin, haczedilemeyen mallar rejimini öngörerek bir para borçlusunun kendisini ve ailesini geçindirecek para ve malları elinde tutmasına izin veren İcra ve İflâs Kanununda aranması gerektiğini belirtiyorsa da (BGE 95.II.58. Ayrıca 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: İÜHFM 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, Medenî 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 hiçbir şekilde kabul edilemez. Alman Hukukunda, bu yola başvuran bankaların ne gibi amaçlar güttüğü hakkında bkz. **Kocaman**, not 159'da anılan Sempozyum, s. 105.

bütün ahlâka aykırılık hallerini içermemektedir ve ültra liberal modern toplumlarda, güçlü olanların güçsüz olanları ezmesini önleyecek hukukî 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 "ahlâka aykırı" sözleşmelerden söz açmak çok yerinde olacaktır.

V. İmkânsızlık

64 BK. m. 20/I, sözleşmenin kurulduğu anda mevcut objektif imkânsızlığı bir kesin hükümsüzlük sebebi saymaktadır. Buradaki imkânsızlığı borcun ifası aşamasındaki, borçlunun kusuruna dayalı (BK. m. 96) veya kusursuz (BK. m. 117) imkânsızlık ile karıştırmamalıdır[162].

İmkânsızlık 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 yapıyoruz[163].

§ 43. Hukukî İşlemlerde Yokluk ve Hükümsüzlük

I. Yokluk

1 Bir hukukî işlemin hükümsüz olup olmadığının incelenmesi, ancak var olan işlemler için söz konusu olabilir[1]. Şu halde, kurucu unsurlarından birisinin bulunmaması sebebiyle kurulmamış bulunan bir sözleşmede gerçek ve teknik anlamda bir hükümsüzlükten söz edilemez. Gerçi böyle bir sözleşme de hiçbir hukukî sonuç doğurmamaktadır. Şu var ki, bu durum, sözleşmede bir hükümsüzlük sebebinin bulunmasından değil, sözleşmenin hukuken bir varlık kazanmamış olmasından (yokluk) ileri gelmektedir. Görülüyor ki, "yokluk" halinde ayrıca "hükümsüzlük" kavramına başvurmaya gerek kalmamaktadır.

2 Borç sözleşmelerinde yokluğa yol açabilecek belli başlı durumlara örnek olarak şunlar gösterilebilir:

— Bir sözleşmenin kurulmuş sayılabilmesi için karşılıklı ve birbirine uygun iki irade beyanına ihtiyaç vardır. Bu beyanlardan bir tanesi eksikse

---

162) BGB'de son yapılan değişiklikle bu ayrımın 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/Schöbi**, s. 140; **Eren**, s. 298.

veya beyanlar arasında (açık veya gizli uyuşmazlık sebebiyle)[2] uygunluk yoksa sözleşme meydana gelmemiştir.

— Real borç sözleşmelerinde, sözleşmenin kurulmuş sayılması için tarafların irade beyanları yetmez, ayrıca maddî bir olayın gerçekleşmesi (sözleşme konusu şeyin karşı tarafa teslim edilmesi) aranır. Şeyin teslîminden önce sözleşme meydana gelmiş değildir. Ne var ki, real borç sözleşmesi hukukumuzda hemen hemen hiç uygulama alanı kalmamış bir kavramdır[3].

— Bizim de katıldığımız görüşe göre, muvazaalı işlemlerde, taraflar hukukî sonuç iradesinden yoksun bulundukları için, "kesin hükümsüzlük" değil "yokluk" söz konusudur[4].

— Buna karşı, "şekil eksikliği"[5] ve "temyiz kudretinden (yeni Medeni Kanunumuzdaki terminoloji ile "ayırt etme gücünden") yoksun bulunma hali[6] 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, doğurdukları sonuçlar açısından, büyük bir pratik fark kalmamaktadır. Buna rağmen, öğretide, aşağıdaki farklara işaret edilmektedir:

— Kesin hükümsüz işlemlerden farklı olarak, yok sayılan işlemler, çevirme (tahvil, konversiyon) kurumundan yararlanamayacakları gibi, bunların tasdik edilmesi (onaylanması) dahi söz konusu olamaz[7].

— Bir hukukî işlem hiç meydana gelmemişse, yokluğu ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması (MK. m. 2/II) anlamını taşıdığı iddiası ile aynen ifa talebinde bulunulması (bir başka anlatımla yokluğun düzelmesi) düşünülemez. Eğer şekil noksanı bir yokluk sebebi sayılsaydı, MK. m. 2/II'nin yardımı ile borçlunun aynen ifaya mahkûm edilebilmesi mümkün olamazdı[8].

---

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 5'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 girer[9]. 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 sürülmese 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)

5 Eskiden "mutlak butlan" denen bu kavram, şimdi bir çok yazarca sadece "butlan" deyimi ile ifade ediliyor[10] veya bizim yaptığımız gibi "kesin hükümsüzlük" deyimi kullanılıyor. "Mutlak butlan" deyiminin karşıtı olarak kullanılan ve yanlış anlaşılmaya elverişli bulunan "nisbî butlan" deyimi ise hukukumuzda artık yerini "iptal edilebilirlik" (iptal kabiliyeti) kavramına terk etmiş bulunuyor.

6 Yukarıdaki açıklamalarımız borç sözleşmeleri açısından geçerli olmakla birlikte, evlenmede, kanun koyucu şaşırtıcı biçimde mutlak butlan –nisbî butlan ayrımını yeni Medenî Kanunumuzda (MK. m. 145 ve MK. m. 148'in kenar başlığı) muhafaza etmiş bulunuyor. Oysa, "kesin hükümsüz" (bâtıl) ve (Yeni Medenî Kanununun madde metinlerinde kullanılan) "iptal edilebilir" evlenme deyimleri üstün tutulmalıydı.

7 "Hükümsüzlük" ve "geçersizlik" gibi deyimler, gerçekte bütün hükümsüzlük ihtimallerini içeren birer üst kavramı ifade eder. Hangi çeşit hükümsüzlüğün söz konusu olduğu, ancak "kesin hükümsüzlük" (butlan), "iptal edilebilirlik", "eksik veya askıda hükümsüz işlemler", "nisbî hükümsüzlük" (bu kavramı yukarıda sözü edilen "nisbî butlan" ile karıştırmamalıdır) gibi deyimlerle açıklığa kavuşturulabilir.

8 Bir hukukî işlem yapıldığı andan itibaren kesin hükümsüz olabileceği gibi *(baştan itibaren kesin hükümsüz olma)*, onun daha sonra kesin hüküm-

9) **Piotet**, Inexistence et invalidité des dispositions à cause de mort, JdT 1969.I.s. 165.

10) Örnek olarak bkz. **Oğuzman/Barlas**, Medenî Hukuk Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 13. Bası, İstanbul, 2006, s. 162; **Kılıçoğlu**, 7. bası, s. 61.

süz duruma düşmesi de *(sonradan kesin hükümsüz olma)* söz konusu olabilir. Sonradan kesin hükümsüz duruma düşmeye örnek olarak, taraflardan birinin kanunun tanıdığı iptal hakkını kullanması, yetkisiz temsilcinin yaptığı sözleşmeye temsil olunanın icazet vermemesi (BK. m. 38) gibi durumlar gösterilebilir[11]. Derhal belirtelim ki, bizi, burada, sadece daha baştan, yani sözleşmenin yapıldığı andan itibaren gerçekleşen kesin hükümsüzlük halleri ilgilendirmektedir.

Hukukumuzda, bir işlemin baştan itibaren kesin hükümsüz sayılması, sadece BK. m. 20'ye aykırılık halleri ile sınırlı değildir. Örneğin, tam ehliyetsizlerin (ayırt etme gücünden yoksun olanların) yaptıkları işlemler gibi, (İsviçre-Türk uygulamalarında hâkim olan görüşe göre) şekil eksikliği bulunan işlemler ve (bizim katılmadığımız çoğunluğun görüşüne nazaran) muvazaalı işlemler de[12] bu kategoriye girer. 9

Bir hukukî işlemin kesin hükümsüz sayılmasının doğurduğu sonuçlar şunlardır[13]: 10

a – *İşlem yapıldığı andan itibaren hükümsüzdür.* Durumu yokluk ile karıştırmamalıdır. Kesin hükümsüzlük hallerinde işlem meydana gelmiştir. O, sadece, *taraflarca arzu edilen hüküm ve sonuçları*, daha baştan doğurmamaktadır. Şu var ki, bu işlemin yapılmış olmasına bağlı olarak, kanun gereği, başka bir takım sonuçların doğması mümkündür. Örneğin, böyle bir işlemin yapılması taraflardan biri için bir *culpa in contrahendo* sorumluluğuna yol açabilir, bir kanunî yasak çiğnendiği için ceza yaptırımının uygulanması gündeme gelebilir, geçersiz sözleşmeye dayalı olarak verilenin geri alınması amacı ile bir istihkak veya sebepsiz zenginleşme davası açmak gerekebilir. Ne var ki, bütün bu gibi sonuçlar, kesin hükümsüz sözleşmenin *doğrudan doğruya* doğurduğu sonuçlar olmayıp, böyle bir sözleşme kurmak için *taraflarca fiilen gerçekleştirilen davranışlara* ve kurulmuş sözleşmeye eklenen *ifa eylemlerine* kanun tarafından bağlanan hüküm ve sonuçlardan ibarettir[14].

b – *Hukukî işlemde baştan itibaren mevcut olan bu hükümsüzlük kesindir, yani (butlan sebebi ortadan kalksa bile) bunun sonradan düzelmesi ve işlemin geçerlilik kazanması ilke olarak mümkün değildir.* Şu halde, taraflardan biri sözleşmeye icazet verdiğini beyan etse dahi, bunun bir etkisi 11

11) Bkz. **v. Tuhr**, AT, § 55, 2, s. 276-278; **Flume**, § 30, 4, s. 549.

12) Bize göre ise, muvazaa'nın yaptırımı kesin hükümsüzlük değil, yokluk olmak gerekir (bkz. yukarıda § 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.

olamaz. Bu temel kuralın bir istisnası vardır: O da, işlemin taraflarının sonradan sözleşmeyi *tasdik* etmeleridir *(onaylama)*. BGB § 141'de açık ifadesini bulan bu istisna ile ilgili herhangi bir hüküm kanunlarımızda yer almamaktadır. Ne var ki, İsviçre-Türk Hukukları bakımından da bu imkân kabul edilmektedir. Tasdik (onaylama) yolu ile taraflar, bâtıl işlemi geçerli olarak kabul ettiklerini ve onunla kendilerini bağlı saymak istediklerini açığa vurmuş olurlar[15]. Bâtıl (kesin hükümsüz) sözleşmenin tasdiki, BGB § 141/I'de ifadesini bulduğu gibi, onun (açıkça veya örtülü biçimde) yeniden yapılması anlamını taşır. Bunun için, taraflardan her ikisinin de rızası şart olduğu gibi, ayrıca onların kesin hükümsüzlüğü bilmeleri veya hiç değilse işlemin geçerliliğinden kuşku duymuş olmaları gerekir[16]. Bir başka önemli şart da, tasdik sırasında, vaktiyle kesin hükümsüzlüğe yol açan sebebin ortadan kalkmış ve işlemin geçerli olarak yeniden yapılmasına bir engelin kalmamış olmasıdır[17].

12 Tasdikin ne şekilde gerçekleşeceği konusunda bir ayrım yapmak gerekir:

— *Geçerliliği kanun tarafından şekle bağlanmamış işlemlerde*, tasdik (onaylama) iradesinin açık biçimde açığa vurulması zorunlu olmayıp, örtülü (zımnî) bir tasdik iradesi, yani geçersiz sözleşmenin içeriğinin (bu içeriği bütün ayrıntıları ile tekrar etme gereği olmaksızın) bundan böyle taraflarca benimsendiğini gösteren davranışlar yeterlidir[18]. Örneğin, ülkeye ithali yasaklanmış bir mala ilişkin kesin hükümsüz satış sözleşmesinin kurulmasından sonra, ithal yasağının kaldırılması sözleşmeyi otomatik olarak geçerli hale getirmez[19]. Ancak, bütün bunlar taraflarca bilinerek, satıcı borcunu

15) **Köhler**, 28.A., § 15, N. 16.

16) **Flume**, § 30, 6, s. 552; **Larenz/Wolf**, § 44, N. 14; **Mayer-Maly**, MünchKomm., § 141, N. 12.

17) **Jauernig**, § 141, N. 3.

18) **Larenz/Wolf**, § 44, N. 14; **Mayer-Maly**, MünchKomm., § 141, N. 11.

19) Farklı düşüncede: **Kramer**, Art. 19-20, N. 319, 145, 182. Bu yazara göre, sözleşmenin geçersizliğine yol açan kanuni yasak sonradan ortadan kalktığı veya toplumdaki değer hükümlerinin değişmesi sonucu yapıldığı sırada ahlâka aykırı sayılan sözleşmeye bugün ahlâka aykırılık damgasının vurulamadığı durumlarda, ilke olarak sözleşmedeki kesin hükümsüzlüğün düzeldiği, yani sözleşmenin geçerli hale geldiği kabul edilmelidir. Şu var ki, istisna olarak, taraflardan biri işlemin kesin hükümsüz olduğuna güvenerek bazı davranış ve tasarruflarda bulunmuşsa, onun haklı güvenini boşa çıkaracak biçimde işlemin düzelmesine izin verilmeyecektir. Bir hukukî işlemin geçerliliğinin yapıldığı andaki duruma bağlı olduğu hatırlanacak olursa, bu düşüncelerin çok ileri gittiği söylenebilir. Nitekim, Alman öğretisinde, kurulduğu sırada ahlâka aykırı bir sözleşme, değer hükümlerinin değişmesi sonucu sonradan ahlâka aykırı sayılamıyorsa, "tasdik" (onaylama) şartı gerçekleşmedikçe, bunun sözleşmenin otomatik olarak geçerli hale gelmesi sonucunu doğuramayacağına işaret edilmektedir (**Larenz/Wolf**, § 41, N. 31; **Palandt/Heinrichs**, 64.A., § 138, N. 10. Ayrıca bkz. **Medicus**, AT, N. 691). Alman öğretisinde, sadece vasi-

ifa ettiği ve alıcı da bu ifayı kabul ettiği takdirde, bu davranışlar, tarafların tasdik (onaylama) yolu ile, içeriği eskisi ile aynı geçerli bir sözleşmenin kurulmuş sayılmasına razı olduklarını gösterir[20].

— *Kesin hükümsüz sözleşmenin kanun tarafından bir geçerlilik şekline bağlanmış olması halinde*, ilke olarak tasdik (onaylama) işleminin de aynı şekle bağlı olarak yapılması gerektiği kabul edilir. Bunun dışında karşımıza tartışmalı bazı problemler çıkar: 13

= İşlemin kesin hükümsüzlüğü bir *şekil eksikliğine* dayanabileceği gibi, *şekil eksikliği dışında bir sebebe de* (örneğin resmî senedi imzalayan kişi tam ehliyetsizdir veya sözleşme hukuka aykırıdır) dayanabilir. O zaman 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? Hâkim olan görüşe göre, bu sorunun cevabı olumludur ve bu halde de tasdik (onaylama) işleminde onaylanan işlem için öngörülen şekle uymak mecburiyeti vardır[21]. 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 işlemde, *ilk işlemin içeriğini madde madde tam olarak tekrarlamak* zorunlu mudur, yoksa sadece ilk işleme bir *yollama* yapılarak onun benimsendiğinin ifade edilmesi ile yetinilebilir mi?

Bu konuda bir ayrım 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 bağlanmalıdır[22]. Bu çözüm şöyle açıklanabi-

---

yetnameler için özel bir çözüm kabul edilmekte ve bunlarda ahlâka aykırılık mirasın açıldığı ana göre değerlendirilmektedir (**Medicus**, AT, N. 692; **Larenz/Wolf**, § 41, N. 32).

20) v. **Tuhr**, 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**, Medenî Hukuk Sorunları, cilt 3, İstanbul 1976, s. 164. Bu yazarların, öğretideki tek dayanakları olan **Enneccerus/Nipperdey**'ın (s. 1212) "Doch braucht bei formlosen Geschäften" diye başlayan cümlesini "(Tasdik için) şekle aykırı işlemlerde, işlemin tümünün yeniden tekrarlanmasına ihtiyaç yoktur; tasdik olunacak vakıaya atıfta bulunulmakla da yetinilebilir" diye çevirmeleri açık bir çeviri hatası içermektedir. Zira, "bei formlosen Geschäften" 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 farklı olacak ve aynı şekle bağlı olarak yapılacak tasdik (onaylama) sözleşmesinde, ilk sözleşme metninin madde madde tekrarlanmasına gerek kalmayıp ona bir yollama yapmak yeterli sayılacaktır. Örneğin, noter önünde resmî 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 sağlanabilecektir[23]. Bizce, bu görüş bu şekli ile yerinde değildir. Kanunun öngördüğü geçerlilik şekli (tek başına veya başka amaçlarla birlikte), *tarafları korumak ve uyarmak amacını güttüğü ve geçersizliğe yol açan olgu bu amacın gerçekleşmesine engel olduğu vakit*, sonradan yapılacak tasdik işleminde geçersiz sözleşme metnini *tam olarak* tekrarlamak zorunluluğu vardır[24]. Yukarıda verdiğimiz örnekte bu durum apaçık kendini gösterir. Satış vaadi sözleşmesini imzalayan tam ehliyetsiz satıcı, resmî 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 imkânını bulamayacaktır. Gerçekten, ikinci sözleşme resmî memur önünde düzenlenirken (bunun mutlaka ilk sözleşmeyi düzenleyen noter olması gerekmez), birinci (geçersiz) sözleşme hiçbir şekilde inceleme konusu olmayacak, hatta genellikle tarafların önünde dahi bulunmayacaktır. İkinci sözleşmeyi düzenleyen resmî memur, resmî şeklin gereklerini ortada gözükmeyen ve esasen o anda yapılan resmî 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 resmî şeklin himayesinden vazgeçme anlamını taşıyan böyle bir sonuç kabul edilemez. Buna karşı, *geçersizlik şekil 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).

dayanıyorsa, çözüm farklıdır. Örneğin, ilk işlemin kesin hükümsüz olmasının sebebi, sonradan ortadan kaldırılan bir kanunî 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 düzelmez[25]. 14

Bununla beraber, borç sözleşmelerinde, tarafların, tasdik sonucu, birbirlerine karşı sözleşme baştan itibaren geçerli olsaydı neyi verecekler idiyse onu taahhüt etmelerine, bir başka deyimle bu yolda bir anlaşma yapmalarına bir engel yoktur. BGB § 141/II, 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 hukukî işlem ve buna bağlı olarak bir askıda hükümsüzlük durumu vardır[26]. 16

— İşlemi kesin hükümsüz hale getirmek için (örneğin Fransız Hukukunda olduğu gibi) bozucu yenilik doğuran bir dava (butlan davası) açmak gerekmez. Burada yenilik doğuran bir davaya yer yoktur, zira işlem zaten yapıldığı andan itibaren kendiliğinden (bir beyanda bulunmaya veya dava açmaya gerek olmaksızın) hükümsüzdür. Bu konuda açılabilecek dava, mevcut hükümsüzlüğü mahkemeye tespit ettirmek amacını güden ve herhangi bir süreye bağlı olmayan bir olumsuz (menfi) 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 tâbidir. 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 10'da age, s. 164 not 229. –Eksik işlemler için bkz. aşağıda N. 33.

kukî halefleri (ardılları) değil, hukukî durumları kesin hükümsüzlükten etkilenen üçüncü kişiler de dayanabilir[27].

20 d- Kesin hükümsüzlük sadece karşı tarafa değil, geçersiz işleme dayanarak hak sahibi olduğunu ileri süren bütün üçüncü kişilere karşı da öne sürülebilir[28].

21 e- Dava esnasında, hâkim, dava dosyasından anlaşılan ancak taraflarca ileri sürülmemiş bulunan kesin hükümsüzlüğü re'sen (kendiliğinden, görevinden ötürü) göz önünde tutabilir.

b. İptal Edilebilirlik

22 Öğretide işaret edildiği gibi, bu tip hükümsüzlüğün (hiç değilse İsviçre-Türk Hukukları açısından) iki çeşidi olduğu söylenebilir[29]:

aa. Gerçek Anlamı ile Bir İptal Hakkı Doğuran İptal Edilebilirlik

Bu ihtimalde, iptal edilebilir sözleşme başlangıçta, tıpkı geçerli bir sözleşme gibi hüküm ve sonuçlarını doğurmakta; ancak kendisine iptal hakkı tanınan taraf, bozucu yenilik doğuran hak niteliğindeki iptal hakkını kullandığı vakit, geçmişe etkili olarak (yapıldığı andan itibaren) kesin hükümsüz hale gelmektedir. Görüldüğü gibi, ortada bir "bozulabilir hüküm doğurma" durumu 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 baştan itibaren kesin hükümsüz olan sözleşmelerden bir farkı kalmamaktadır[30,31].

---

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.; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 139; **Tunçomağ**, s. 179-180; **Dural/Sarı**, Türk Özel Hukuku, cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2004, s. 168. –İki çeşit iptal hakkı bulunduğu yolundaki görüşe 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 kararı elde etmek suretiyle kullanılmasını öngörmüştür. Örneğin kanuna veya ahlâka aykırı tertiplerle artırmaya (müzayedeye) fesat karıştırılması halinde, her ilgiliye tanınan iptal hakkı, cebrî artırmalarda yedi gün içinde icra mahkemesine şikâyet, ihtiyarî 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 anlaşmaya dönüşmesine bir engel yoktur[32]. 23

Kesin hükümsüz sözleşmelerden farklı olarak, diğer sözleşen veya üçüncü kişiler, iptal hakkı sahibi olan taraf iptal hakkını kullanmadıkça, sözleşmenin hükümsüz olduğunu iddia edemez, onun yerine iptal hakkını kullanamazlar. İptal hakkının kullanılması hak düşürücü bir süreye bağlıdır. Gerek bu sürenin geçmesi, gerekse iptal hakkı sahibinin sözleşmeye icazet vermesi (iptal hakkından feragat 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 vardır[33]: 25

— Kesin hükümsüz bir sözleşmenin tasdiki (onaylanması) her iki 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 hakkı arasındaki fark şundan ibarettir: Gerçek anlamı ile iptal edilebilirlikte, sözleşme başta geçerli sözleşmeler gibi hüküm doğurduğu ve ancak iptal hakkının kullanılması ile geriye yürür biçimde *(ex tunc)* hükümsüz hale geldiği halde, burada, sözleşme daha baştan hiçbir hüküm doğurmamakta, iptal hakkı süresi içinde kullanılırsa bu hükümsüzlük kesinleşmekte; aksi halde, sözleşme yapıldığı andan itibaren geçerli bir sözleşme durumuna girmektedir, yani ortada bir "düzelebilir hükümsüzlük" durumu vardır. Bu vesile ile hatırlatalım ki, hukukumuzda, "hata", "hile", "ikrah" ve "gabin" hallerinde bu iki tip iptal edilebilirlikten hangisinin üstün tutulması gerektiği çok tartışmalıdır. Biz, 26

---

içinde mahkemede dava açma suretiyle kullanılmalıdır (BK. m. 226) (Bkz. **Tandoğan**, I/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 bulunuyoruz[34].

Şimdiden belirtelim ki, adından da anlaşılabileceği gibi, "gerçek olmayan anlamda iptal hakkı" katıksız bir iptal hakkı olmayıp, aslında, iptale ilişkin özelliklerin ağır bastığı bir karma hükümsüzlük çeşididir[35].

c. Klasik Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik Ayrımının Aşılmasında İlk Adım: Karma Hükümsüzlükler veya Ara Kademeler

27 Klâsik 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 ya da diğerinin bulunabileceği esasından hareket ediyordu. "Modern hükümsüzlük teorisi" adı altında, 20. Yüzyılın özellikle ilk yarısında İsviçre-Türk Hukuklarında da etkili olan görüş, çok yerinde olarak, buna karşı çıkmış ve "kesin hükümsüzlük" ve "gerçek anlamı ile iptal edilebilirlik" arasında, kısmen birinin kısmen diğerinin özelliklerini taşıyan *karma nitelikte ara kademelerin* bulunabileceğini ortaya koymuştur[36]. Modern hükümsüzlük teorisinin diğer bazı iddiaları bugün fazla bir değer taşımamakla birlikte, bu noktada son derece isabetli bir teşhisin (tanının) yapıldığı kuşkusuzdur.

Sözü edilen karma hükümsüzlük hallerinin en çarpıcı örneklerinden biri, irade bozukluklarında ve (bize göre) gabin halinde uygulama alanı bulan "düzelebilir hükümsüzlük" kavramıdır. Yanılan, aldatılan, korkutulan yahut sömürülen tarafa tanınan gerçek olmayan iptal hakkı çerçevesinde, sözleşme 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 İflâs K. m. 277 vd.da düzenlenen ve borçlunun hacizden yahut iflâstan önce malvarlığından çıkardığı mallar dolayısı ile alacaklıların zarar görmesini önlemeye yönelik olan iptal davasındaki "iptal" deyimi 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 cebrî icra yetkisini kazanmakta ve bunları (sanki borçluya aitmiş gibi) paraya çevirtip alacağını elde etme imkânına kavuşmaktadır. İptal davası sonunda, borçlu ile işlem yapan üçüncü kişi, iptal edilen tasarrufun konusunu oluşturan mallarda alacaklının cebrî icrasına katlanmak yükümlülüğü altına girdiği için, bu davanın gerçekte bir edim (eda, ifa) davası olduğu kabul edilmektedir. (Bkz. **Kuru**, İcra ve İflâs Hukuku, cilt 4, 3. baskı, İstanbul 1997, s. 3405 vd.; **Üstündağ**, İflâs 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**, Système des nullités en droit suisse, 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.

doğurmamaktadır 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 itibariyle iptal edilebilirlik kategorisine giren bu yaptırıma, bundan ötürü "gerçek olmayan anlamda iptal edilebilirlik" demek mümkün olabilmektedir. Aslında, iptale ilişkin özelliklerin ağırlıklı olduğu bir ara kademeden (karma hükümsüzlükten) söz açmak daha doğru sayılabilir.

d. Klasik Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik Ayrımının Aşılmasında İkinci Adım: Esnek Hükümsüzlük (Esnek Butlan)[37]

Buradaki problem şudur: BK. m. 20/I, hukuka, ahlâka aykırı olan veya yapıldığı anda konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin hükümsüz (bâtıl) olduğunu bildirmekle yetinmiştir. Maddede, kesin hükümsüzlükten (butlandan) ne anlaşılması gerektiği hususunda bir açıklık yoktur. Bunun gibi, kanunda yer alan ve hukuka aykırılığı düzenleyen özel hükümlerin yaptırımının mutlaka BK. m. 20'de öngörülen yaptırıma uyması gerekeceği de iddia edilemez. O halde nasıl hareket edilecektir? Esnek hükümsüzlük (butlan) *(flexible Nichtigkeit)* görüşü bu soruların cevabını, aşağıdaki iki alternatiften biri çerçevesinde şu şekilde vermektedir: 28

aa. Sınırsız (Mutlak) Esneklik Görüşü[38]

Bu görüş taraftarları, BK. m. 20'ye esas teşkil eden katı kesin hükümsüzlük kavramı bir yana bırakılarak, her defasında ihlâl edilmiş özel kanun maddesinin amaç ve anlamı çerçevesinde, o hükme uyan hükümsüzlük tipinin bulunması gerektiğini ileri sürmektedir. BK. m. 20'de öngörülen kesin hükümsüzlüğün tarifinin verilmemiş, özelliklerinin belirtilmemiş olmasından da[39] yararlanan bu düşünce tarzına göre, tek bir kesin hüküm- 29

37) "Flexible Nichtigkeit" karşılığı kullandığımız "esnek hükümsüzlük" deyiminde sözü edilen hükümsüzlük kesin hükümsüzlüktür. Bu konuda butlan deyimi 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/Schluep/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 maddenin anlam ve amacına göre nitelikleri belirlenecek değişik kesin hükümsüzlük tipleri vardır. Böylece, hiç değilse ileri sürülen bir düşünceye göre, BK. m. 20/I, sadece "ahlâka aykırılık" ve "imkânsızlık" ihtimalleri için önem taşıyan bir hüküm olarak kalmakta, buna karşı işlemin içeriğine ilişkin "hukuka aykırılık" hallerinde, uygulanacak yaptırımın ne olacağını ihlâl edilmiş özel hükme göre belirlemek gerekmektedir. Zira, iddia edildiğine göre, her özel hüküm normal olarak, ihlâl edildiği zaman ne tip bir yaptırımın uygulanması gerektiğini hiç değilse örtülü biçimde (zımnen) bünyesinde barındırır[40]. Şimdiden belirtelim ki, bu görüş benimsenerek 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 ahlâka aykırılık bakımından, değişik ahlâka aykırılık tiplerine göre değişik yaptırımlar bulunmasına bir engel kalmamıştır[40a].

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 edilmelidir[41].

— 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 haklarına aykırı sözleşmelerle ilgili İsv. MK. m. 27/II (Türk MK. m. 23/II)'nin amacına uygun biçimde belirlenmesinden söz açmaktadırlar. 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 modern 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 "ahlâka aykırılık" ve "imkânsızlık" hallerinde de uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür (Bkz. **Guillod/Steffen**, CR, Art. 19-20, N. 97).

41) Aynı düşüncede: **Kramer**, Art. 19-20, N. 308.

kümsüzlük kavramını (BK. m. 20/I hükmüyle birlikte) tamamen bir köşeye bırakıp, her özel durum için, ihlâl 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. Sınırlı Esneklik Görüşü

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 itilip) her defasında ihlâl edilen özel normun bu yaptırımı (kesin hükümsüzlüğü) zorunlu kılmış olup olmadığını araştırmak gerekmez. Çiğnenen özel hukuk normu açık veya örtülü biçimde kesin hükümsüzlük yaptırımını öngörmüş bulunmadıkça, bu yaptırımın (dolayısıyla BK. m. 20/I hükmünün) uygulanamayacağını kabul eden böyle bir anlayış, hukuka aykırı sözleşmelerde BK. m. 20'yi devre dışı bırakır ve anlamsız hale getirir. O halde, bizce de, konusu hukuka aykırı bir sözleşme ile karşılaşıldığı vakit, ayrıca *çiğnenen kanun hükmünün bu sonucu yani kesin hükümsüzlüğü davet ettiğini ispata gerek olmaksızın karine olarak*, sözleşmenin BK. m. 20 uyarınca (geleneksel ve klasik anlamda) kesin hükümsüz olduğu sonucuna varmak gerekir. *İhlâl edilmiş özel kanun maddesinin anlam ve amacının farklı bir yaptırımı (klasik kesin hükümsüzlükten ayrılmış ve çiğnenen özel kanun hükmünün amacı ile uyumlu hale getirilmiş değişik bir butlan tipini) zorunlu kaldığı veya örtülü biçimde öngördüğü ortaya konup karine çürütülemediği sürece, içeriği açısından hukuka aykırı sözleşmeler BK. m. 20/I'deki klasik kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbi olur*[42]. 30

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/Schluep/Schmid**, N. 684 ve aşağıda not 43a). Alman Hukukunda, kanunun yasaklayıcı hükümlerine ters düşen hukukî işlemleri, tersi anlaşılmadıkça kesin hükümsüz sayan BGB § 134 hükmünün, kesin hükümsüzlük lehine bir karine koymuş sayılabilip 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 yasaklayıcı hükmünün anlam ve amacından hükümsüzlük değil (ceza, disiplin cezası vs. gibi) bir başka yaptırımın söz konusu olacağı sonucuna varılmasıdır. Daha önce, örnekler vererek açıkladığımız bu ihtimalin[43], bir "hükümsüzlük" yaptırımı söz konusu olmadığından, esnek hükümsüzlük kavramı 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 karşılaşılacağının 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 tâbi tutulmasına imkân 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 kısmen 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 ahlâka aykırı biçimde sınırlamayı yasaklayan MK. m. 23/II hükmüne ters düşen sözleşmelerde, BK. m. 20'de öngörülen kesin hükümsüzlük yaptırımı, (MK m. 23 ile BK. m. 20 arasındaki ilişkiyi incelerken gördüğümüz gibi) MK. m. 23/II'nin kişilik haklarını korumaya yönelik amacına göre sınırlanarak şu şekilde uygulanacaktır: Hükümsüzlüğe, diğer taraf değil, sadece kişilik hakları korunan taraf dayanabilecek, hâkim de, hükümsüzlüğü yine sadece onun lehine olarak re'sen gözönünde tutabilecektir[44].

---

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 tipik 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 II. fıkrası uyarınca, "Taraflardan 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 hâkim tarafından yine sırf onun lehine görevinden ötürü (re'sen) göz önünde tutulabileceğini gösterir[45]. Görüldüğü gibi, TKHK. m. 6/II hükmü bizzat kanun tarafından öngörülmüş bir esnek hükümsüzlük örneği oluşturmaktadır[46].

Diğer taraftan, bu söylenenlerin doğal bir sonucu olarak, satıcı veya sağlayıcı, bu kaydın geçersiz olduğunu bilseydi sözleşmeyi hiç yapmayacak olduğunu (BK. m. 20/II, c. 2) ileri sürerek sözleşmenin tümü ile bâtıl sayılması gerektiğini de iddia edemeyecektir.

— *Üçüncü örnek:* Kira, hizmet gibi sürekli borç ilişkisi doğuran sözlemelere 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 yatar[47].

2. Diğer Hükümsüzlük Çeşitleri

a. Eksik İşlemler

Burada, bir hukukî işlemin *varlığı* değil, fakat *hükümlerini doğurması* 33
için kanun gereği zorunlu sayılan bir olgu eksik kaldığı için, işlem hüküm doğurmamaktadır. Ne var ki, bu hükümsüzlük kesin olmayıp, askıdadır. Eksik olan olgu tamamlandığı takdirde, işlem hükümlerini doğuracaktır[48].

Bu konuda ilk akla gelen örnekler şunlardır:

---

ne aykırılık 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 değiştirmekte rol oynayabileceği konusunda bkz. **Belser**, not 38'de age, s. 442; **Huguenin**, Basler Komm. Art. 19-20, N. 57.

48) Bkz. yukarıda § 10, N. 9.

— Sınırlı ehliyetsizlerin (ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların) kanunî (yasal) temsilcilerinin iznini almadan yaptıkları işlemler (MK. m. 16, 451).

— İstisna olarak vasinin izni ile yetinilmeyip, kanun gereği vesayet makamının veya vesayet makamı ile birlikte ayrıca denetim makamının da onayına bağlı tutulmuş işlemler (MK. m. 462, 463)[49].

— Tasarruf yetkisi bulunmaksızın yapılan tasarruf işlemleri.

— Yetkisiz temsilcinin yaptığı işlemler (BK. m. 38).

— Geçerliliği kanun gereği resmî bir makamın onayına bağlanmış işlemler.

Eksik olgunun tamamlanması halinde (örneğin, veli veya vasi, küçüğün yahut kısıtlının yaptığı işleme; temsil olunan, yetkisiz temsilcinin onun adına yaptığı işleme icazet veriyorlar), askı durumu sona erer ve işlem geçerli olur. Bu geçerliliğin hangi andan itibaren gerçekleşeceği, bir başka deyimle işlemin yapıldığı ana kadar geriye yürüyüp yürümeyeceği konusunda kesin bir kural konulamayacağı genellikle kabul edilmekte; ancak eksiklik Özel Hukuk gerçek veya tüzel kişilerinin rızasının bulunmamasından ibaret ise, bunlar tarafından verilecek icazetin geçmişe etkili olacağı hususunda görüş birliği bulunmaktadır[50].

34 Eksik işlemler için çok defa "askıda hükümsüz" deyimi kullanılır. Nitekim, biz de sık sık öyle yapıyoruz. Şu var ki, mesele derinlemesine ince-

49) Bu konuda İsviçre ve Türk Hukukları arasında fark vardır. Türk Hukukunda MK. 463'ün "vesayet makamının izninden sonra denetim makamının da izni gereklidir" diyen 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; **Özuğur**, Türk Medeni Kanununun Yeni Düzenlemeleri İle Açıklamalı-İçtihatlı Velâyet, Vesayet, Soybağı ve Evlât 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 "karar" vermiş olması ile yetinmektedir. İsviçre öğretisine göre, daha önceki aşamada vesayet makamınca reddedilmiş bir izin talebi dahi denetim makamınca incelenip olumlu veya olumsuz bir sonuca bağlanabilir (**Deschenaux/Steinauer**, Personnes physiques et tutelle, 4. éd., Berne 2001, N. 1004; **Geiser**, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I/2, Basel, 1999, Art. 421-422 ZGB, N. 12). Eski MK. m. 406, İsviçre metnine uygun biçimde sulh mahkemesinin "kararı" alındıktan sonra mahkemei asliyenin dahi müsaadesi lâzımdır" demek suretiyle vesayet makamının olumsuz kararının denetim makamınca denetlenmesine imkân veren bu isabetli çözüme 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.

lendiği vakit, eksik işlemler deyiminin bu kavramın sınırlarını çizmekte daha başarılı olduğu söylenebilir. Zira gerek "askıda hükümsüzlük" *(schwebende Unwirksamkeit)* gerekse "askıda hüküm doğurma" *(schwebende Wirksamkeit)* kavramları[51] 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, gerçek olmayan iptal hallerinde askıda hükümsüz, gerçek anlamı ile iptal hallerinde askıda hüküm doğuran işlemler olarak nitelenebilir[52]. 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 olguları 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.

Alman 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 vermek 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 (Kanunî temsilcinin, sınırlı ehliyetsizin üçüncü kişi ile yaptığı sözleşmeye icazet verip vermemesi gibi)[53]. 35

Eksiklik ve buna bağlı askıda hükümsüzlük, kanuna değil de, tarafların anlaşmasına bağlı olarak meydana gelmişse, şarta bağlı bir sözleşme karşımıza çıkar. Geciktirici şarta bağlı sözleşme, bu anlamda askıda hükümsüz olduğu halde, bozucu şarta bağlanmış sözleşmede askıda hüküm doğurma söz konusudur[54]. 36

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/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 381-382.

53) **Medicus**, AT, N. 492.

54) **Medicus**, AT, N. 491.

b – Sadece Belirli Kişilere Karşı (Nisbî) Hükümsüzlük

37 Eskiden "iptal edilebilirlik" karşılığı kullanılan "nisbî butlan" ile karıştırılmaması gereken bu hükümsüzlük çeşidi tasarruf işlemlerinde karşımıza çıkar[55]. Bu gibi durumlarda, işlem taraflar arasında geçerli, fakat kanun tarafından korunan bazı üçüncü kişilere karşı geçersizdir. Böylece, bir mülkiyet devri söz konusu ise, devralan devredene karşı mülkiyeti kazandığı halde, korunan üçüncü kişilere karşı mülkiyet devredende kalmıştır. Örneğin Medeni Kanunumuzun sisteminde bir taşınır rehninin kurulması için, rehin verilen malın rehnedenin fiilen ve tek başına hâkimiyetinde kalmaması gerekir (MK. m. 939). Bu kuralı bertaraf etmek üzere, rehin veren ile alacaklı, taşınırın mülkiyetinin teminat amacı ile karşı tarafa geçirilmesini ancak bu devrin *hükmen teslim* yolu ile yapılmasını, yani mal fiilen diğer tarafa teslim edilmeksizin, devredenin özel bir hukukî 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 (devredenin alacaklılarına) karşı geçersiz sayılıyordu, yani devredenin alacaklıları açısından malın mülkiyetinin devredende kaldığını kabul eden bir nisbî 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 (devredenin alacaklılarına) karşı olduğu belirtilmemiştir. Bu durumda, sözü geçen hükmün, bu gün dahi bir "nisbî hükümsüzlük" örneği olarak gösterilmesi çok tartışma götürür hale gelmiştir[56].

38 Uygulama bakımından önemli bir başka örnek *haciz* ve *iflâs* halleriyle ilgilidir. İcra ve İflâs Kanununa göre (m. 86), borçlu hacizli taşınır malları üzerinde alacaklının muvafakati ve icra müdürünün izni alınmaksızın tasarruf edemez. Bu şekilde tasarruf yetkisi kısıtlanan borçlu, haczedilmiş taşınırlarına ilişkin olarak izinsiz tasarruf işlemleri yapar, örneğin bunları bir başkasına devrederse, yapılan tasarruf işlemi taraflar arasında geçerli buna

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 nisbî 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 (nisbî geçersizlik) savunmak güç görünmektedir."

karşı haciz koyduran alacaklılara karşı geçersizdir[57]. Sonradan icazet verilmesi veya haczin (örneğin borcun ödenmesi sebebiyle) kalkması halinde, daha önce izinsiz yapılmış tasarruf işlemleri herkese karşı geçerlilik kazanır.

Aynı şekilde, iflâsın açılmasından sonra, iflâs masasına dahil mallar ve haklar üzerinde, borçlunun yapacağı tasarruf işlemleri, taraflar arasında geçerli, buna karşı iflas masasına (alacaklılara) karşı hükümsüz sayılır (İcra ve İflâs K. m. 191/I). Şu var ki, burada da, iflâs idaresi dilerse bu tasarrufa icazet verip onu geçerli hale getirebilir. Bu ihtimalde, müflisin yerini iflâs idaresi alır. Bunun gibi iflâsın kaldırılması halinde (m. 182), tasarruf herkese karşı geçerli hale gelir[58].

Şu noktayı ekleyelim ki, burada sözü edilen ve nisbî hükümsüzlük yaptırımına tâbi olan işlemlerde sözü edilen hükümsüzlük kesin hükümsüzlük değildir. Daha sonra verilebilecek icazet veya haczin yahut iflâsın kaldırılması hallerinde olduğu gibi tasarruf yetkisinin sonradan kazanılması üzerine işlemdeki nisbî hükümsüzlük ortadan kalkabileceğine göre, eksik (askıda hükümsüz) işlemler söz konusudur *(askıda nisbî hükümsüzlük)*.

39 İsviçre Hukukunda bazı yazarlarca öne sürülen bir başka görüşe göre, gerek haciz gerekse iflâs hallerinde, yapılan tasarruf işlemleri nisbî olarak geçersiz değildir. Burada Borçlar Hukuku anlamında herhangi bir hükümsüzlük söz konusu olamaz. Şu halde, haczedilen taşınıra veya iflas masasına dahil bir mala ilişkin olarak yapılan tasarruf işlemleri hem taraflar arasında hem de alacaklılara karşı geçerlidir. İcra ve İflâs Kanununda öngörülen yaptırım gerçekte, bu tasarruf işlemlerinin alacaklılara karşı ileri sürülememesinden, yani alacaklıların (sanki söz konusu tasarruflar hiç yapılmamış gibi) devredilen malları paraya çevirme yetkisini muhafaza etmelerinden ibarettir[59]. Bu çözümün İcra ve İflâs K. m. 277 vd. anlamındaki iptal davaları için kabul edilen çözüm ile arz ettiği paralellik herhalde gözden kaçmayacaktır[60].

c. Hâkimin Takdirine Bağlı (Takdirî) Hükümsüzlük

40 Genel ilkeye göre, kanunun butlan için öngördüğü şartlar gerçekleşmişse hâkim butlana hükmetmek zorundadır. Örneği pek zor bulunabilecek bazı ihtimallerde, kanun, işlemin hükümsüz sayılması için öngörülen bütün şartlar gerçekleştiği halde, hükümsüzlüğe hükmetmeyi hâkimin takdirine bırakmış olabilir. Bu gibi durumlarda "takdire bağlı hükümsüzlük" kavramı karşımıza çıkar[61]. Bu konuda Borçlar Kanunundan verebileceğimiz tek

57) **Kuru/Arslan/Yılmaz**, İcra ve İflâs Hukuku, 17. Baskı, Ankara 2004, s. 274; **Kuru**, İcra ve İflâs 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 kusurdan ötürü borçlunun sorumluluğunu ortadan kaldıran anlaşmalara izin verdiği halde, ikinci fıkra öngördüğü iki ihtimalde hâkime, takdir yetkisini kullanarak, hafif kusura ilişkin olarak yapılmış sorumsuzluk anlaşmalarını dahi hükümsüz sayma imkânını tanımıştır[62].

§ 44. Kısmî Hükümsüzlük ve Çevirme

I. Kısmî 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 Kanunumuzun öngördüğü sisteme göre, asıl olan, sözleşmenin sadece ilgili hükümlerinin hükümsüz, geri kalan bölümünün ise geçerli sayılmasıdır (BK. m. 20/II, c. 1). Böylece, hukukî işlemleri veya sözleşmeleri, imkân ölçüsünde ayakta tutacak çözümlere üstünlük tanımak gerektiği yolundaki *"favor negotii"* ve *"favor contractus"* ilkelerine uygun bir çözüme ulaşılmakta ve sözleşmenin sadece bir bölümüne bulaşmış hükümsüzlüğün sözleşme üzerindeki etkisi en düşük düzeyde tutulmaktadır[1].

2 Alman Hukukunda BGB § 139 bunun tam aksi çözümü benimsemiştir. Bu hükme göre, bir hukukî işlemin sadece bir bölümü kesin hükümsüz ise, işlemin bâtıl olan bölüm olmaksızın da yapılmış olacağı anlaşılmadıkça, işlem tümü ile geçersiz olur.

3 Şu var ki, yine kanuna göre (BK. m. 20/II) hükümsüz olan bölüm olmaksızın tarafların (hatta içlerinden sadece birinin) sözleşmeyi kurmayacağı anlaşılıyorsa, sözleşme tümü ile hükümsüz sayılır; bir başka anlatımla, sözleşmenin belirli bir veya birkaç hükmündeki geçersizlik tüm sözleşmeye yayılır[2].

4 BK. m. 20/II, c. 2'de yer alan ve sözleşmenin tümü ile geçersiz sayılmasını gerektiren taraf iradesi veya iradeleri farazî (varsayımsal) bir iradeye yollama yapmaktadır. Bu iradenin hangi yöntemle tespit edileceği tartışmalıdır:

---

62) Hâkimin BK. m. 99/II uyarınca takdir yetkisini kullanırken neleri dikkate alması gerekeceği hususunda bkz. **Weber**, Berner Kommentar, Bd. VI, Bern 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) takdir yetkisi hâkim yerine Rekabet Kurulu'na bırakılmış bir takdirî butlan oluşturduğu görüşü 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/Schluep/Schmid**, N. 693.

2) **Kramer**, Art. 19-20, N. 327; **v. Tuhr/Peter**, § 29, II, s. 227.

a) *Objektifleştirilmiş farazî (varsayımsal) iradeler* görüşüne göre, farazî iradelerin araştırılması, sözleşmenin kurulduğu anda esasen mevcut bulunmayan fiilî-psikolojik bir iradenin araştırılması anlamını taşımaz. Hâkimden bu konuda beklenen, MK. m. 2/1'de yazılı dürüstlük kuralının ışığında ve olayın bütün özelliklerini gözönünde tutmak suretiyle objektif bir değerlendirme yapması, yani dürüst ve makul sözleşenlerin bu şartlar altında hükümsüzlüğü bilselerdi neyi istemiş sayılacaklarını araştırmasıdır[3]. Bu yöntemin en zayıf tarafı, bu şekilde elde edilen sonucun, tarafların gerçekten istemiş olacakları sonuca hiç uymaması tehlikesini bünyesinde taşımasıdır.

b) *İki aşamalı inceleme görüşü* olarak adlandırılabilecek ikinci görüş, bizce üstün tutulması gereken şu yöntemi esas almaktadır: Buna göre, hâkimin incelemesi iki aşamadan geçecektir. Birinci aşamada, objektif bir değerlendirme yapılmayacak ve mesele sadece tarafların (hiç şüphesiz dış dünyaya yansımış ve anlaşılabilir hale gelmiş) bireysel-sübjektif çıkar değerlendirmeleri açısından ele alınacaktır. Ancak bu yoldan bir sonuca varılamadığı takdirdedir ki, yukarıda belirtilen tarzda tamamen objektif bir değerlendirmenin yapıldığı ikinci aşamaya geçilecektir[4].

Farazî iradelerin araştırılmasında esas olarak alınacak an, geçersizlik iddiasının ileri sürüldüğü veya bu konuya ilişkin davanın açıldığı an olmayıp, sözleşmenin kurulduğu andır[5]. 5

Şu noktayı gözden kaçırmamak gerekir ki, butlanı öngören kanun hükmünün koruyucu amacı veya dürüstlük kuralı gerektiriyorsa, taraflardan birinin "Ben bu hükmün geçersiz sayılacağını bilseydim bu sözleşmeyi hiç yapmazdım" şeklindeki savunması kabul edilmez ve farazî iradelere bakılmaksızın kısmî hükümsüzlük yaptırımı ile yetinilir[6]. Bunun öğretide sık sık tekrar edilen örneği şudur: BK. m. 99'a ters düşen bir sorumsuzluk anlaşmasında, 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/Schluep/Schmid**, N. 700; **Hürlimann**, not 1'de age, N. 210 vd.; **Tandoğan**, La nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats, Genève 1952, s. 76-77; **Eren**, 9. bası, s. 308; **Başpınar**, Borç Sözleşmelerinin Kısmî 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 1'de age, N. 12; **Huguenin**, Basler Komm., Art. 19-20, N. 62.

ve ispat etmesi bu sonucu değiştirmez. Aksi kabul edilseydi, kişisel olarak veya sosyo ekonomik 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 olurdu[7].

7 İsviçre Federal Mahkemesine göre, kısmî hükümsüzlüğü düzenleyen BK. m. 20/II, kısmî hükümsüzlükten zarar gören tarafı korumak üzere kanuna konmuş bir hükümdür. Bu sebeple, o, sözleşmenin kısmen hükümsüz kalması aleyhine sonuçlar doğurduğu halde, kısmî hükümsüzlük dolayısı ile içeriği değişmiş sözleşme ile bağlı kalmayı kabul ettiği takdirde, hâkim artık sözleşmenin tümü ile geçersiz olduğuna karar veremez[8]. Bir başka anlatımla, kısmî hükümsüzlükten yararlanan diğer tarafın "karşı taraf, kısmî hükümsüzlüğü bilseydi bu sözleşmeyi hiç yapmazdı" şeklindeki iddiasını dikkate alamaz[9]. Öğretideki çoğunluk tarafından[10] benimsendiği görülen bu görüşe karşı, bazı yazarlar, bu sonuca BK. m. 20/II'nin amacına dayanarak[11] değil, olsa olsa hakkın kötüye kullanılması yasağından (MK. m. 2/II) yararlanarak varılabileceğini belirtiyorlar[12].

8 Taraflar, aralarında çıkacak ihtilâfların mahkemelerde değil fakat hakemler tarafından çözüme bağlanması konusunda anlaşmış bulunabilir (tahkim şartı) veya ihtilâf halinde hangi mahkemenin yetkili olacağı hususunda bir hükmü sözleşmeye eklemiş olabilirler. Bu gibi "tahkim şartı" ve "yetkili mahkemenin belli edilmesi" kayıtları, sözleşme tümü ile geçersiz kalsa dahi, ilke olarak, geçerliliklerini korurlar. Zira, ancak bu yoldandır ki, bunların sözleşmenin geçerli olup olmadığının tespitine, geçersiz ise verilenin geri alınmasına ilişkin davalarda fonksiyonlarını yerine getirmesi mümkün olur[13].

9 Kısmî hükümsüzlüğü düzenleyen BK. m. 20/II 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.II.622; 107.II.423; 109.II.244.

9) **Guhl/Koller**, § 7, N. 43.

10) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 701; **Kramer**, Art. 19-20, N. 368; **Eren**, s. 308.

11) Gerçekten, çoğunluğun görüşünce, *"kısmî hükümsüzlük halinde, sözleşmenin tümü ile geçersiz sayılması gerektiğini sadece kısmî hükümsüzlükten zarar gören taraf ileri sürebilir"* şeklinde karşımıza çıkan bu çözüm, BK. m. 20/II 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; **Guhl/Koller**, § 7, N. 43.

13) **Kramer**, Art. 19-20, N. 336; **Hürlimann**, not 1'de age, N. 242; **Gauch/Schluep/ Schmid**, N. 701.

(Nichtigkeitsabrede) diye adlandırılan bu anlaşma hükümleri uygulanır. Şu halde, BK. m. 20/II sadece tamamlayıcı (yedek) bir hükümden ibarettir[14].

Kısmî 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 farazî 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 gerekir[15].

— İkinci bir imkân, 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. Kısmî Hükümsüzlük Çeşitleri[16]

BK. m. 20/II, "tam hükümsüzlük-kısmî hükümsüzlük" ikilemini esas almakta, buna karşı kısmî hükümsüzlüğün kaç biçimde karşımıza çıkabileceği konusunda bir şey söylememektedir. Bu konuda üç ihtimali ayrı ayrı ele almak gerekir: 10

a. Birinci ihtimal: Sadece geçersizlikten etkilenen hükümler (yerlerine bir başka hükmün geçmesi söz konusu olmaksızın) hukuken bir değer taşımaz, sözleşme geri kalan hükümleriyle ayakta kalır. Bu ihtimalde *"basit kısmî hükümsüzlükten"* söz edilir. Örneğin, bir taşınır rehninde, MK. m. 949 hükmüne aykırı olarak, borcun ödenmemesi halinde, rehnedilen malın mülkiyetinin rehinli alacaklıya geçeceği kararlaştırılmışsa, ilke olarak, sadece bu hüküm geçersiz olur, rehin sözleşmesi (başka bir değişikliğe uğramaksızın) diğer hükümleriyle geçerliliğini korur. 11

b. İkinci ihtimal: Sözleşmenin, tıpkı birinci ihtimalde olduğu gibi, sadece bir veya birkaç hükmü geçersiz sayıldığı ve bu geçersizlik tüm sözleş- 12

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) Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, "Değişik Kısmî Hükümsüzlük" ve "Genişletilmiş Kısmî Hükümsüzlük" Kavramları 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 *"modifizierte Teilnichtigkeit, nullité partielle modifiée"* karşılığı, "hüküm ve sonuçları değiştirilmiş" anlamına gelmek üzere "değişik kısmî hükümsüzlük" diyorduk. Buna karşı, Türk öğretisinde "değiştirilmiş kısmî hükümsüzlük(butlan)" deyiminin daha fazla taraftar topladığı görülüyor[17]. Şimdi üstün tuttuğumuz deyimler, biraz uzun olmasına rağmen kavramı çok daha iyi ve anlaşılır biçimde ifade eden *"sözleşme içeriğini değiştiren kısmî hükümsüzlük" (Teilnichtigkeit mit modifiziertem Vertragsinhalt)*[18] veya kısaca *"içerik değiştirici kısmî hükümsüzlük"* deyimleridir.

13 İçerik değiştirici kısmî hükümsüzlük, sözleşmedeki boşluğu dolduran yedek hükmün niteliğine göre üç biçimde karşımıza çıkabilir[19]:

aa. Kanunda konuya ilişkin *emredici bir kural* varsa, hükümsüz sayılan bölümün 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/II, 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 dinlenmez[20].

14 bb. Kanunda konu ile ilgili *tamamlayıcı bir kural* bulunduğu takdirde, ilke 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 deyimi 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/Schluep/Schmid**, N. 712a; **Hürlimann**, not 3'de age, N. 288, 289; **Koller**, I, N. 963. –Başka türlü: **Kramer**, Art. 19-20, N. 355.

taşıması şarttır[21]. Aksi halde, aşağıdaki üçüncü ihtimal çerçevesinde hareket edilerek tarafların farazî (varsayımsal) iradelerine başvurulur.

Olayın bütün özelliklerini göz önünde tutan bir yorum sonucu, kanundaki hükümden ayrılan tarafların, kanunun tamamlayıcı hükmünün uygulanmasını hiç bir şekilde istemedikleri anlaşılıyor, böylece anılan hüküm "uygulanabilir" olmaktan çıkıyor ve meydana gelen boşluğu (aşağıda açıkladığımız biçimde) onların ortak farazî iradelerine göre doldurmak da mümkün olamıyorsa, BK. m. 20/II, c. 2'ye başvurulması, yani sözleşmenin tümü ile geçersiz sayılması engellenemez. 15

cc. Sözleşmenin bir bölümünün geçersiz olmasına rağmen, boşluğu doldurabilecek bir emredici veya (uygulanabilir) tamamlayıcı kanun hükmü de yoksa, özellikle İsviçre öğretisinde hâkim olan görüşe ve İsviçre Federal Mahkemesine göre, hâkim tarafların, sözleşmenin kurulduğu anda hükümsüzlüğün farkına varmış olsalardı, geçersiz kalan bölümün yerine bir başka hüküm üzerinde uyuşacakları ve sözleşmeyi bu şekilde kurmuş olacakları sonucuna varırsa, onların *ortak farazî (varsayımsal) iradelerine* dayanan bu hükmü bulup, sözleşmedeki boşluğu anılan hüküm ile doldurabilir[22]. Sözü geçen farazî iradelerin araştırılmasında, yukarıda BK. m. 20/II, c. 2 hükmü (kısmî hükümsüzlük mü, tam hükümsüzlük mü problemi) çerçevesinde söylenenler[23] geçerli olacaktır. Şu halde, sözleşmedeki boşluk, içerik değiştirici kısmî hükümsüzlük faraziyesi çerçevesinde hakimin bulacağı bir hükümle doldurulacağı zaman, ilk planda, somut olaydaki taraflar, (kendi sübjektif çıkar değerlendirmeleri açısından) fiilen neyi istemiş sayılabilirlerdi sorusuna bir cevap aranacak, bu yöntem sonuç vermiyorsa, onların MK. m. 2/I çerçevesinde makul ve dürüst sözleşenler olarak kabul etmeleri beklenecek çözümün ne olduğunun araştırılmasına geçilecektir. 16

Hâkimin kendi bulduğu bir kural ile sözleşmedeki kısmî boşluğun doldurulması hali için verilebilecek en güzel örnek İsviçre Federal Mahkemesinin 14.07.1981 tarihli kararıdır[24]. Olayda iki yıl için yapılmış bir tek satıcılık sözleşmesinde, bu süre geçtikten sonra 6 aylık bir bildirim süresine uyularak fesih imkânı tanınmış, fakat tek satıcı satış için yoğun çaba harcayarak borcunu yerine getirdiği sürece, yapımcının fesih hakkı engellenmek 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 bilselerdi, bunun yerine sekiz yıllık bir sözleşme yapmış olacakları sonucuna varmıştır. Yüksek Mahkeme, söz konusu sekiz yılı hesaplarken, olayın özelliklerine göre, işlerin

21) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 709.

22) Örnek olarak bkz. BGE 107.II.218; BGE 120.II.40; BGE 124.III.64; **Gauch/Schluep/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. **Huguenin**, 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 kararı için bkz. BGE 114.II.159.

yoluna girmesi için başlangıçta üç yıla, tek satıcının hazırlık ve yatırımlarını amorti edebilmesi için ise beş yıla ihtiyacı olduğu esasından hareket etmiştir. Böylece, sonuçta, bir sözleşme hükmünün geçersiz sayılmasıyla ortaya çıkan boşluk, tarafların ortak farazî iradeleri gereği kabul etmiş sayılacakları bir başka hükümle doldurulmuştur.

17 *c. Üçüncü ihtimal:* Burada karşımıza *"genişletilmiş kısmî hükümsüzlük"* kavramı çıkmaktadır. Durum şöyle açıklanabilir: Acaba geçersiz olan bölüm ile birlikte *sözleşmenin geçerli diğer bir veya bir kaç hükmünü* de geçersiz kılan bir kısmî 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 anlaşılıyorsa, bâtıl hükümle birlikte bu hükümler de geçersiz duruma düşecek ve sözleşme geri kalan hükümleri ile ayakta tutulabilecektir. Genişletilmiş kısmî butlan *(erweiterte Teilnichtigkeit)* kavramından anlaşılan budur[25].

İlk bakışta, BK. m. 20/II'de açıkça belirtilmeyen böyle bir imkânın 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, hukukî işlemlerin veya sözleşmelerin imkân 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 kısmî geçersizlik ilkesine göre hareket etme imkânı tanınmadığı takdirde, BK. m. 20/II, c. 2 uyarınca sözleşmenin tamamen geçersiz kalması tehlikesi vardır.

3. Bölünebilirlik İlkesi

a. Genel Olarak

18 Kısmî hükümsüzlük yaptırımının uygulanabilmesi için sözleşme hükümlerinin bölünebilir olması, yani bâtıl olan bölümün çıkarılmasından sonra geriye "anlamlı bir bütün" oluşturacak bağımsız bir sözleşmenin

25) Bkz. **Gauch**, recht 1983, s. 100, not 29; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 705; **Hürlimann**, not 1'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" dendiği vakit bundan ne anlaşıldığını açıklığa kavuşturmak zorunluluğu vardır. Bu konuda aşağıdaki görüşler önem taşımaktadır:

aa) Klasik diye nitelenebilecek olan *birinci görüş* şöyledir: "Sözleşmenin bölümleri (kısımları)" denince, bundan sözleşmeyi oluşturan "münferit (ayrı) anlaşmalar" anlaşılır. Nitekim, İsviçre BK. m. 20/II'nin Fransızca metni, sözleşmedeki bazı klozların *(clauses)* geçersiz olmasından söz açmakta, bu hüküm bize "Akdin 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, "kloz" *(clause)* karşılığı *"Abrede"* (anlaşma, uyuşma) deyimine yer verilmektedir. Bununla kastedilen şudur: Sözleşmeler, çok defa, çeşitli münferit (ayrı) 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 ayrı anlaşmalardır. İşte, sözleşmenin bir bölümünün (BK. m. 20/II, c. 1'deki ifade ile "şartlardan bir kısmının") geçersiz olması ile ifade edilmek istenen husus, sözleşmeyi oluşturan bu gibi münferit (ayrı) anlaşmalardan birinin veya bir kaçının hükümsüz olmasıdır[26]. 19

Bu görüşün ister istemez götüreceği sonuç şu olacaktır: Sözleşmede yer alan hükümlerden bir tanesi, aşırı bağımlılık yaratacak kadar uzun bir süre kaydı içeriyor veya mevzuata göre bir malın en yüksek fiyatı belirlendiği halde bunun üstünde bir fiyat kararlaştırmış bulunuyorsa, bu gibi ihtimallerde BK. m. 20/II'den yararlanmak imkânı olmayacaktır. Zira, "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 birimidir[27]. Şu halde, bu anlayış çerçevesinde, BK. m. 20/II'de düzenlenen kısmî hükümsüzlük, sözleşme hükümlerine ancak *yatay* olarak uygulanabilir (sözleşmede yer alan münferit anlaşmalardan biri veya bir kaçı geçersiz sayılır), yoksa bir münferit (alt düzeydeki) anlaşmanın kendi içinde *dikey* olarak kısmen geçersiz sayılmasına yer yoktur[28].

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 20

26) **Kramer**, Art. 19-20, N. 334; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 691; **Hürlimann**, not 1'de age, N. 153 vd.
27) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 692; **Keller/Schöbi**, s. 151.
28) Bkz. **Tandoğan**, not 3'de age, s. 61.

ayırmak 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 sayılabilecektir[29]. Böylece, hükümsüzlük, ancak hükümsüzlük sebebinin gerektirdiği ölçüde mevcuttur esasından hareketle "sözleşmenin geçerliliğini koruyan bir indirime" *(geltungserhaltende Reduktion)* imkân tanınmaktadır[30].

21 cc) Bizim de benimsediğimiz *üçüncü görüş*, ilke olarak, birinci görüşe uygun biçimde, sözleşmenin kısımları (bölümleri) denince bundan sözleşmeyi oluşturan münferit (alt düzeydeki) anlaşmaları anlamak gerektiğini ve bunların kendi içinde bölünemeyeceğini kabul etmektedir. Bu görüşün getirdiği yenilik, bir münferit anlaşmadaki aşırılığı törpülemek için, bu anlaşmayı bölmeden kısmî 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/II ve BK. m. 20 uyarınca kişilik haklarına veya ahlâka aykırı görülecek biçimde aşırı 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, bâtıl sözleşme maddesinin doğurduğu hükümleri bölmek ve 55 yıllık kaydı bir indirime tâbi tutarak, bunu 35 yıllık bölümü için geçersiz, 20 yıllık bölümü için geçerli saymak gerekecektir.

— "İçerik değiştirici kısmî hükümsüzlük" esasına dayanan üçüncü görüş açısından mesele bambaşka bir biçimde ele alınacak ve ikinci görüşte olduğu gibi, gerçek anlamı ile bir indirimden söz açılamayacaktır. Süreye ilişkin kayıt *tümü* ile bâtıldır, ancak hüküm doğurmayan bu kaydın yerini,

---

29) **Tandoğan**, not 3'de age, s. 61 vd., 121 vd.

30) **Spiro**, Können übermässige Verplichtungen oder Verfügungen in reduziertem Umfang aufrechterhalten werden? ZBJV, 88 (1952), s. 459, 528. –**Piotet** (De l'invalidité partielle des actes juridiques, spécialement 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 klozlardan birini, sözleşmenin diğer hükümleri geçerli kalmak üzere, tüm olarak ortadan kaldırmak yetkisine sahip kılınan hâkim, evleviyetle bu klozun hükümlerinden bir bölümünü de ortadan kaldırabilir.

tarafların ortak farazî (varsayımsal) iradelerine göre mahkemece belirlenen ve 20 yıllık bağlılık doğuran *yeni bir hüküm* alacaktır. Böylece, birinci görüş olarak incelediğimiz klasik görüş çerçevesinde kalınsa dahi, münferit anlaşmanın sadece bir bölümü butlan sebebinden etkileniyorsa, BK. m. 20/II'yi uygulamak mümkün olabilmektedir. Zira, *münferit anlaşma, içerik değiştirici kısmî butlan görüşü açısından, kısmen bâtıl olmayıp tümü ile geçersiz sayılmakta, ancak bâtıl hükmün yerine geçerli yeni bir hüküm geçirilmektedir*[31].

Bu konuda, kanun veya yetkili makamlarca tespit edilmiş en yüksek hadleri aşan sözleşmelere ilişkin olarak TTK. m. 1466'da yer alan hükmü hatırlamakta yarar vardır. Bu hüküm aynen *"Ticarî hükümlerle yasak edilmiş bulunan muamele veya şartlar, aksine hususî bir hüküm bulunmadıkça, bâtıldır; şu kadar ki, bir akit hükmünce yerine getirilmesi gereken edalar hakkında kanun veya salâhiyetli makamların kabul etmiş olduğu en yüksek haddi aşan mukaveleler, en yüksek had üzerinden yapılmış sayılır"* demekte ve bilinçli olarak hareket edilmiş olmasa dahi, bu görüşe uygun düşer biçimde kaleme alınmış bulunmaktadır. Gerçekten, anılan hükme göre, yasağa aykırı sözleşme hükmü bâtıldır ve bunun sonucu olarak en yüksek hadde "indirilmesi" de söz konusu değildir. Sadece, sözleşme en yüksek had üzerinden yapılmış sayılmaktadır ki, bunun anlamı, bâtıl hükmün yerine, en yüksek had üzerinden gerçekleşmiş yeni bir hükmün geçirilmesinden ibarettir.

b. Sözleşmenin Esaslı Noktaları Açısından

Bu açıklamalardan sonra konuyu, sözleşmenin objektif ve sübjektif açıdan esaslı noktaları bakımından ayrıca incelemek zorunluluğu ortaya çıkmaktadır:

---

31) **Gauch**, recht 1993, s. 97 vd.; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 706; **Hürlimann**, not 1'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, kısmî butlan nedeniyle sözleşmede oluşan boşluğun nasıl doldurulacağı sorununun hükümsüzlük sorunundan ayrı olarak ele alınması gerektiği yolundaki düşünceleri yerinde değildir. İçerik değiştirici kısmî hükümsüzlük kavramı, yeni bir hükümsüzlük tipi olmayıp, bir sözleşmede yer alan münferit bir klozun (alt düzeydeki anlaşmanın) kendi içinde bölünmesine imkân olup olmadığı meselesine çözüm getirmek amacıyla ortaya atılmış bir kavramdır. Böylece bölünmez bir bütün olarak kabul edilen tek bir sözleşme klozunun kısmen hükümsüz kısmen geçerli kalmasını sağlayan bir *yöntem* geliştirilmiştir. Bunun kısmî hükümsüzlük ile ilgisini yok farz edip, ortada sadece sözleşmedeki boşluğun nasıl doldurulacağına ilişkin bir problemin bulunduğunu iddia etmek, bir hastalığı tedavi etmek üzere kullanılan ilâcın o hastalıkla bir ilgisi bulunmadığını ileri sürmeye benzer.

22 aa) *Objektif bakımdan esaslı noktalar açısından*, bir ayrım yapmak gerekir:

— *Basit kısmî hükümsüzlük* halinde, sözleşmenin bir bölümü geçersiz kaldığı halde, butlandan etkilenmeyen bölümü (meydana gelen boşluk herhangi bir hükümle doldurulmaksızın) yalnız başına varlığını sürdürdüğüne göre, bu bölümün hukuken bağımsız olarak var olabilmesi için gerekli bütün şartlara, bu arada sözleşmenin objektif açıdan esaslı noktalarının tümüne sahip olması gerekir. Şu halde, bu ihtimalde, objektif bakımdan esaslı noktalardan birinin dahi kısmî hükümsüzlüğün kapsamı içine girmesi, sözleşmenin zorunlu olarak tümü ile hükümsüz olması sonucunu doğurur.

— Buna karşı, *içerik değiştirici kısmî 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 eder[32].

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/II, c. 2 uyarınca, sözleşmenin kısmen mi tamamen mi hükümsüz kalacağını belirlemek üzere tarafların farazî (varsayımsal) iradeleri üzerinde yapılan araştırma da, sözleşmenin kurulduğu anı esas almaktadır. O halde, sübjektif bakımdan esaslı olan bir nokta kısmî hükümsüzlüğün kapsamı içinde ise, artık (taraflardan hiç değilse biri, o bölüm olmadan sözleşmeyi kurmuş olmayacağına göre) kısmî hükümsüzlük yaptırımı uygulanamaz ve sözleşme, ister istemez, tümü ile hükümsüz olur[33]. Hiç kuşkusuz daha önce değindiğimiz üzere, hükümsüzlüğü öngören kanun hükmünün diğer tarafı koruyucu amacının (BK. m. 99 örneğinde olduğu gibi) aksi sonuca götüreceği durumlar saklıdır[33a].

---

32) Bu açıklamalar için bkz. **Kramer**, Art. 19-20, N. 341 vd.; **Hürlimann**, not 1'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, kanun tarafından azamî sınırı belirtilmiş bedel ve faizlerin öngörülen limite indirilmesi halleri dışında, objektif bakımdan esaslı noktalarda kısmî butlanı kabul etmemektedir. Oysa, objektif bakımdan esaslı noktalarda kısmî hükümsüzlüğün söz konusu olabileceği Federal Mahkeme tarafından da benimsenmiş bir çözümdür (BGE 107.II.218). – Objektif ve sübjektif bakımlardan sözleşmenin esaslı noktaları ayrımı için bkz. yukarıda § 17, N. 6 vd.

33) **Kramer**, Art. 19-20, N. 338; **Keller/Schöbi**, s. 150. Farklı: **Hürlimann**, not 1'de age, N. 245; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 701.

33a) Bkz. yukarıda N. 13.

Kısmî hükümsüzlük bir tarafa borç yükleyen sözleşmelerde olduğu gibi 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, taraflardan birinin aslî borcu (herhangi bir yedek hükümle boşluk doldurulmaksızın) geçersiz sayılıyorsa, kısmî hükümsüzlük yaptırımını uygulayıp diğer tarafın mukabil borcunu geçerli saymak imkânı 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 bağdaşmaz[34]. 24

Kısmî hükümsüzlüğe ilişkin BK. m. 20/II hükmünün, yerine göre ve kıyas yolu ile, iptal edilebilir sözleşmelerde de uygulama alanı bulması ve bir kısmî iptal ile yetinilmesi imkânını yaratması söz konusu olabilir[35]. 25

II. Çevirme (Konversiyon, Tahvil)

1. Genel Olarak

Burada da, Alman Hukukunda BGB § 140 tarafından düzenlenen, buna karşı İsviçre-Türk Hukuklarında (öğreti ve mahkeme kararlarında kabul edilmesine rağmen), kanunda yer almayan bir kavram ile karşılaşıyoruz. BGB § 140'a göre *"Kesin hükümsüz bir hukukî işlem bir başka işlemin şartlarını gerçekleştiriyorsa ve tarafların yaptıkları işlemin bâtıl olduğunu bilselerdi diğer işlemi istemiş olacakları farz ve kabul edilebiliyorsa, sözü geçen ikinci işlem geçerli olur."* 26

Bu kavramı açıklayan bir kaç örnek şunlar olabilir:

— Taşınmaz satışlarının geçerli olabilmesi için bunların tapu sicil müdürlüğünce düzenlenmesi şarttır (Tapu K. m. 26). Buna karşı, ön sözleşme niteliğindeki taşınmaz satış vaadlerine ilişkin resmî senetler noterler tarafından düzenlenir (Noterlik K. m. 60/b. 3). Noterler, taşınmazlara ilişkin satış sözleşmelerini düzenlemek hususunda yetkili olmadıklarından, noterde resmiyet verilen taşınmaz satış sözleşmeleri kesin hükümsüzdür. Ne var ki, iki halde, 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/I).

---

34) **Larenz/Wolf**, § 45, N. 18; **Hürlimann**, not 1'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 1'de age, N. 317 vd. –Ayrıca 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 sayılır[36].

Bu çözüm, her zaman aynı ve yerinde gerekçelerle olmasa bile, Yargıtayın yerleşmiş içtihatları ile de desteklenmektedir[37].

— Yazılı şekil şartına uyulmadığı için geçersiz olan bir alacağın temliki sözleşmesi (BK. m. 163/I), alacağın tahsili için verilmiş bir temsil yetkisine dönüştürülerek geçerli tutulabilir[38].

— 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) çevrilebilir[39].

— 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 olabilir[40].

2. Çevirmenin Dayandığı Hukukî Temel

a. Yorum Görüşü

27 Çevirmeyi, ister basit (klasik) yorum olsun, ister öğretide bazen "tamamlayıcı yorum" olarak da adlandırılan "sözleşmenin tamamlanması"[41]

---

36) Özellikle bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Türk Medenî Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul 1959, s. 124-125 ve not 23 vd.; **Kaneti**, Hukukî İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili), 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 hukukî tahvil (çevirme) prensibi gereğince satış vaadi olarak geçerli kabul edilmek gerekir" (**Karahasan**, Mülkiyet Hakkının Kazanılması, cilt 1, İstanbul 1998, s. 291. Ayrıca karş. **Çenberci**, Gayrimenkul Satış Vaadi, 3. baskı, Ankara 1986, s. 16 vd.)

38) v. **Tuhr/Peter**, § 29, II, s. 229; **Tekinay/Akman/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 çeşidi olarak gören görüşlere[42] aşağıdaki gerekçelerle katılamıyoruz:

— Hâkim görüşün yerinde olarak belirttiği gibi, geçersiz bir işlemin bir başka işleme dönüştürülerek ayakta tutulması, dürüstlük kuralı ve onun bir uzantısı olan güven ilkesine (MK. m. 2/I) göre yapılacak herhangi bir yorumun çerçevesini aşar. Yorum çevirmeden önce gelir ve (yorumdan farklı olarak) tarafların "gerçek" değil "farazî" (varsayımsal) iradelerine yönelik olan çevirme, yorumun sınırına ulaşıldığı noktadan itibaren devreye girer[43].

— Aradaki yakınlık ve benzerliğe rağmen, çevirme bir çeşit tamamlayıcı yorum (sözleşmenin tamamlanması) olarak da görülemez. Gerçekten, tamamlayıcı yorum (tamamlama) sözleşme içi *(praeter contractum)* bir faaliyeti ifade eder ve sözleşme muhafaza edilerek, boşluğun tarafların farazî iradelerine göre doldurulması ile yetinilir. Oysa, çevirmede, sözleşmenin dışına taşılmakta, kurtarma eylemi sözleşmeye karşı *(contra contractum)* gerçekleşmekte ve bâtıl sözleşme bir yana bırakılıp, onun yerine bir başka işlem geçirilmektedir[44]. Bu vesile ile, aşağıda ayrıca açıklanacak olmasına rağmen, şimdiden belirtelim ki, bir işlemin (sözleşmenin) sadece belirli bir veya bir kaç hükmünün çevirme konusu 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. **Kahl**, 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 ayrı bir teori olarak ele aldığı "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 sayılabilecektir (Bu görüş için özellikle bkz. **Esener**, Hukukî 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 bâtıl 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 "âfâkî (objektif) iyiniyet esasları gereğince akitte bulunması farzedilen şartların dahi akde konulmuş sayılması" bir kere kabul edilince "artık tahvilin, "onaylayıcı ve tamamlayıcı yorum"un hemen yanıbaşında 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.

Çevirme ancak işlemin tamamı için söz konusu olabilir, yani bir işlem, tümü ile bir başka işleme dönüştürülüp ayakta tutulur.

b. Kısmî Hükümsüzlük Görüşü

28 Bu görüşe göre, çevirme, kısmî hükümsüzlüğün özel bir çeşidinden ibarettir[45]. Klasik kısmî hükümsüzlükte, hukukî işlem "nicelik" yönünden kısmen hükümsüzdür *(quantitative Teilnichtigkeit)*. Buna karşı, çevirme halinde "nitelik" yönünden bir kısmî hükümsüzlük *(qualitative Teilnichtigkeit)* 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 ayıklandıktan sonra esasen kapsamında yer alan bir başka işleme indirgenerek kısmen 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, kısmî 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 bâtıl işlemin kimlik ve niteliği değil", onu bir başka işleme dönüştürerek "amelî (pratik) sonuçları" kurtarılmaktadır[46].

29 Bu açıklamalara şu noktayı eklemek gerekir ki, tartışmalı olmasına rağmen, özellikle Alman öğretisinde hâkim olan, bizim de isabetli bulduğumuz görüşe göre, çevirme ancak bir hukukî 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. **Kahl**, not 42'de age, s. 133 vd.

46) **Kaneti**, not 36'da age, s. 17-18; **Weil**, Konversion von Rechtsgeshäften, Zürcher Diss. 1934, s. 26.

maz[47]. 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 farazî (varsayımsal) iradelerine göre doldurulması, "çevirme" değil fakat yukarıda incelediğimiz "içerik değiştirici kısmî hükümsüzlük" yolu ile gerçekleşir[48].

c. Kanun Boşluğu Görüşü

Kanun boşlukları konusunda yapılan ayrımlardan birisi de açık boşluk- 30
örtülü boşluk ayırımıdır. "Açık boşluk" halinde, kanunda konuyu olumlu veya olumsuz 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, gereğinden fazla geniş biçimde formüle edilmiştir. Bu yüzden hükmün amacına veya kanunun temelinde yatan değerlendirmelere göre mutlaka öngörülmesi gereken bir istisnaya yer verilmemiştir. Görülüyor ki, bu halde, bir "kural eksikliği" değil, 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 sâbit olan istisnayı öngörmek suretiyle amacına göre sınırlandırmaktan ibarettir[49].

Hükümsüzlük sistemimizin temelinde yatan düşüncelerden bir tanesi de, tarafların belirli bir pratik sonuca yönelmiş irade beyanlarının, imkân ölçüsünde, taraflarca kullanılan araca (vasıtaya) değil, onlarca güdülen amaca üstünlük tanımak suretiyle, bir geçersizlik sebebi bulunsa bile ayakta kalmasını sağlamaktır. "Hukukî işlemlerin korunması" ilkesi diye anılan ve yukarıda incelediğimiz kısmî 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. Yazarın önceki farklı görüşü için krş. **Kramer**, Art. 18, N. 270. –İçerik değiştirici kısmî 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 kaydetmektedir: "Diğer yönden hukukumuzda benimsenmiş olan hukukî işlemlerin dönüşmesi (tahvili, konversiyon) kuralına göre de, hükümsüz bir işlem, amaç ve sonuç bakımından benzerlik varsa ve hükümsüzlüğü bilmeleri halinde tarafların isteğine uygun düşeceği kabul edilebiliyorsa, şartları gerçekleşen diğer işlem olarak ayakta tutulması gerekir" (**Karahasan**, Mülkiyet Hakkının Kazanılması, cilt 2, İstanbul 1998, s. 1381).

49) Özellikle bkz. **Larenz/Canaris**, Methodenlehre der Rechtswissenchaft, 3.A., 1995, s. 198, 210 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu,** Miras Hukuku, 3. tıpkıbası, İstanbul 1987, s. 138, not 9; **Kramer**, Juristische Methodenlehre, Bern 1998, s. 143 vd. ve not 477; s. 161 vd. –Şurasını ayrıca belirtelim ki, anılan yazarlardan **Kramer**, "örtülü boşluk" yerine "istisna boşluklarından" (Ausnahmelücken) söz açmayı tercih ediyor.

20/II) esas teşkil eden bu düşünce, kesin hükümsüz işlemlerin dahi, imkân 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 katıldığımız bu görüşe göre) çevirme, sözü geçen örtülü boşluk doldurularak, kesin hükümsüzlük hallerine amaca uygun bir sınırlama getirilmesi anlamını taşımakta ve hukukî dayanağını bu noktada bulmaktadır[50].

3. Çevirmenin Şartları

Çevirme yoluna başvurarak geçersiz bir işlemin bir başka işleme dönüştürülmek suretiyle ayakta tutulabilmesi için aşağıdaki şartlar aranır:

a – Birinci şart: Kesin Hükümsüz Bir İşlem Bulunmalıdır

31 Buna göre şekle aykırılıktan ötürü kesin hükümsüz sayılan işlemler gibi, BK. m. 19-20 çerçevesinde kesin hükümsüz sayılan işlemler de 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 halinde, hâkim görüşe göre çevirme yoluna gidilemez[51].

Eksik işlem niteliğindeki askıda hükümsüz işlemlerde[52] veya iptal edilebilir işlemlerde çevirme söz konusu olabilir mi?

aa. Eksik (askıda hükümsüz) işlemlerde çevirme

32 Hâkim olan ve bize de isabetli gözüken görüşe göre, bu gibi durumlarda iki ihtimal vardır: İşlem ya sonradan eksik olan unsurun gerçekleşmesiyle geçerlilik kazanacak ve bu sebeple çevirmeye gerek kalmayacak; ya da (örneğin icazet verilmemesi dolayısı ile) kesin hükümsüz hale gelecektir. Kesin hükümsüz duruma düşen işlemin çevirme yolu ile kurtarılmasına bir engel yoktur. Buna karşı, askı durumu devam ederken (şu halde işlem henüz kesin olarak hükümsüz hale gelmeden) çevirme söz konusu olamaz[53].

---

50) İsviçre Hukukunda kanun boşluğu görüşü **Weil** (not 46'da age, s. 109, 111) tarafından (bunun hukukî 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, hâkim görüşten ayrılan **Kaneti**'nin (not 36'da age, s. 132) "eksik işlem, bütünleyici olgu gerçekleşmedikçe herhangi

bb. İptal edilebilir işlemlerde çevirme

Genellikle kabul edilen temel ilke şudur: İki çeşit iptalden hangisi söz konusu olursa olsun, iptal hakkı kullanılmadan çevirmeye gidilemez. Buna karşı, iptal hakkının kullanılması ile yapıldığı andan itibaren kesin hükümsüz sayılan işlem çevirmeye elverişli hale gelir[54]. 33

Hareket noktası bu olmakla birlikte, iptal edilebilir işlemlerin en önemli örneklerini oluşturan hata, hile, ikrah (korkutma) ve gabin hallerinde çevirmenin mümkün olabilip olamayacağı tartışmalıdır. Bizce, aşağıdaki açıklamaların göstereceği gibi, anılan durumların hiçbirinde, iptal beyanından sonra dahi çevirme söz konusu olamaz.

— Hata, hile, ikrah (korkutma) bir irade bozukluğu oluşturur. Bu gibi durumlarda, irade beyanında bulunan taraflardan birinin irade beyanı ya "iradenin oluşumu" ya da "beyanın yapılması" aşamalarında bozukluğa uğramıştır. İradesi bozulan tarafa, normal şartlar altında yapmayacağı ve iptal beyanında bulunmak suretiyle tamamen kurtulmak istediği bir hukukî işlemden doğan pratik sonuçları, bu defa çevirme etiketi altında dayatmaya kalkmak kabul edilemez. Bir başka anlatımla, çevirme, irade bozuklukları sonucu meydana gelen geçersizlik hallerini çözüme bağlamaya elverişli bir kavram değildir[55,56].

— Gabin söz konusu olduğu zaman, yeni eğilimler açısından, "içerik değiştiren kısmî hükümsüzlük" kavramının yardımı ile tatmin edici sonuçlara ulaşılabileceği daha önce açıklanmıştı[57]. O halde, burada da çevirmeye gerek yoktur.

b. İkinci Şart: İşlemin Geçersiz Olduğu Taraflarca Bilinmemelidir

İşlemdeki hükümsüzlüğün, işlemin yapıldığı anda *taraflarca bilinmemesi* gerekir. Tarafların, işlemin hükümsüzlüğünü bilerek hareket etmiş olmaları halinde, çevirme yolu kapalıdır. Bu sonuç şöyle açıklanabilir: Bâtıl bir işlem yaptıklarını bile bile hareket eden taraflar, gerçekte hiç bir hukukî 34

---

bir sonuç doğurmadığından amelî yönden bâtıl işlemle bir tutulabilir" gerekçesiyle, askı durumu devam ederken çevirmeye izin veren görüşü isabetsizdir. Kaneti, bir yandan ilke olarak düzelemeyen kesin hükümsüz işlemlerdeki hükümsüzlüğün "sürekli", askıda hükümsüz işlemlerde ise eksikliğin tamamlanması mümkün olduğu sürece "geçici" olduğunu gözden kaçırmakta; diğer yandan da, daha önce (age, s. 130) çok yerinde olarak belirttiği şu düşüncelerle açık bir çelişkiye düşmektedir: "Çevirme kurumu, tarafların öngördüğü biçimiyle yaşama gücünden tüm yoksun olan işlemi kurtarmak amacını güder. İşlemi tarafların biçimledikleri ve gerçek iradelerine uyan kılığıyla ayakta tutmak olanağı henüz varken, ona varsayılı iradeleri açısından başka bir kılık ve nitelik verecek olan çevirme kurumuna başvurmak söz konusu olmamalıdır. Buna karşılık, butlan dışındaki geçersizliğin düzeltilip onarılması için kanunun tanıdığı hukukî çareler tükendikten, bunların işlemesi olanağı ortadan kalktıktan sonra, kesin olarak sonuçsuz kalan işlemi son bir aşamada kurtarmak için çevirmeden yararlanmaya bir engel yoktur".

54) Özellikle bkz. **Kahl**, not 42'de age, s. 65.

55) Aynı yönde açıklamalar için bkz. **Kahl**, not 42'de age, s. 72 vd.; **Mayer-Maly**, Münch-Komm., § 140, N. 11; **Flume**, § 32, 9, s. 593; (sadece hile ve korkutma halleri için) **Kaneti**, not 36'da age, s. 135.

56) Hata hali için BK. m. 25/II'de öngörülen ve çok defa bir çeşit kanunî çevirme sayılan özel hüküm saklıdır.

57) Bkz. yukarıda § 39, N. 28.

bağlantının kurulmasını istememekte ve hukukî sonuç iradesinden tamamen yoksun bulunmaktadır. O halde, artık, onların butlanı bilselerdi bir başka geçerli işlem çerçevesinde bağlanmayı istemiş olacaklarını farz etmeye imkân kalmamıştır[58].

Burada iki meseleyi ayrıca incelemekte yarar görüyoruz:

35 — Bir sözleşmede taraflardan bir tanesi işlemin kesin hükümsüz olduğunu biliyor, diğeri bilmiyorsa nasıl hareket edilecektir? Bizim, bu konuda özellikle Alman öğretisinde ileri sürülen değişik görüşlerden esinlenerek vardığımız sonuç şudur: İlke olarak, taraflardan sadece birinin hükümsüzlüğü bilmesi çevirmeye engel değildir[59]. Ancak, bu sonuç, aşağıdaki sınırlamalar ile kabul edilmelidir:

= Tarafların farazî (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 kullanabilecektir[60].

— 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 imkânsız mı sayılacaktır?[61].

Bizce, bu konuda bir ayrım yapılmalıdır. Şöyle ki, taraflar, işlemi yaptıkları sırada işlemdeki eksikliği, bu sebeple yaptıkları işlemin askıda hükümsüz olduğunu bilmelerine rağmen, ilerde eksikliğin nasıl olsa telâfi edileceği, verdiğimiz örnekte üçüncü kişinin rızasının herhalde elde edileceği yolunda hal ve şartların haklı gösterdiği güçlü bir kanaat sahibi olmuş iseler, çevirme imkânı 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 çıkılamayacaktır[62]. 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; **Kahl**, not 42'de age, s. 381; **Kaneti**, not 36'da age, s. 173.

60) Bu açıklamalar için bkz. ve krş. **Kahl**, 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. **Kahl**, not 42'de age, s. 257.

62) Aksi görüşte: **Kahl**, 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

c. Üçüncü Şart: Çevirme Hükümsüzlüğü Öngören Normun Anlam ve Amacına Ters Düşmemelidir

36 İsviçre Federal Mahkemesinin de belirttiği üzere, işlemin hükümsüzlüğüne yol açan hükmün (normun) amacı çevirme imkânının sınırını da çizer. Şu halde, sözü geçen hükmün dolanılarak bertaraf edilmesine yol açan, yahut onun anlam ve amacı ile bağdaşmayan hallerde çevirmeye yer yoktur[63]. Bu yüzdendir ki, kefili acele ile ve düşüncesizce sorumluluk altına girmekten korumak için öngörülen şekil şartına (BK. m. 484) uyulmadan yapılan bir kefalet sözleşmesi, örneğin bir borca katılma sözleşmesine veya garanti sözleşmesine çevrilmek suretiyle ayakta tutulamaz. Aksi halde, şekil şartını öngören BK. m. 484'ün kefili koruyucu amacı ihlâl edilmiş olurdu[64].

d. Dördüncü Şart: Yedek İşlemin Geçerlilik Şartları Gerçekleşmiş Olmalıdır

37 Çevirmenin mümkün olabilmesi için, yedek işleme ilişkin (örneğin ehliyet, tasarruf yetkisi, işlemin içeriğinin BK. m. 19-20'nin çizdiği sınırları aşmaması, şekil öngörülmüşse şekle uyulmuş olması gibi) tüm geçerlilik şartlarının, hükümsüz işlem çerçevesinde gerçekleşmiş olması gerekir[65]. Nitekim, noter önünde yapılmış bir taşınmaz satışının, taşınmaz satış vaadine dönüştürülerek ayakta tutulabilmesi mümkün olabilmektedir. Zira, noterler taşınmaz satış vaadini düzenlemeye yetkili olduğundan, anılan geçersiz satış, yedek işlem niteliğindeki satış vaadine ilişkin resmî şekil şartını yerine getirmiş bulunmaktadır.

38 Öğretide ileri sürülen bir fikre göre, çevirme yolu ile, kesin hükümsüz bir işlem geçerli bir işleme dönüştürülebileceği gibi, daha alt düzeyde (daha hafif) bir başka geçersizlik türü ile sakatlanmış bir işleme de çevrilebilir ve bu yoldan, özellikle, kesin hükümsüz işlemlerin iptal edilebilir bir işleme çevrilmek suretiyle bir düzelme şansına sahip kılınmaları mümkün olabilir[66].

---

olabilmesi için tarafların üçüncü kişinin rızasının alınmasının gerektiğini, bu rıza eksik olduğu için askıda hükümsüz bir sözleşme yaptıklarını, sözleşmenin kurulmasından sonra öğrenmiş olmaları gerekir.

63) BGE 126.III.184. Ayrıca bkz. **Mayer-Maly**, MünchKomm. § 140, N. 10; **Medicus**, AT, N. 522; **Kramer**, Art. 19-20, N. 387.

64) **Schmid**, not 45'de age, N. 811; **Kaneti**, not 36'da age, s. 123. Şimdiden işaret edelim ki, metinde verilen kefalet örneğinde çevirmeye engel olan bir başka sebep daha vardır ki, aşağıda N. 39 altında belirtilmektedir.

65) **Larenz/Wolf**, § 44, N. 88.

66) **Mayer-Maly**, MünchKomm., § 140, N. 12; **Piotet**, Inexistence et invalidité des dispositions à cause de mort, JdT 1969, I, s. 172; **Kaneti**, not 36'da age, s. 142.

e. Beşinci Şart: 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 başvurdukları *araca* değil, bu şekilde elde etmek istedikleri *sonuçlara* üstünlük tanıdıkları hallerde başvurulabilen bir imkândır. Onların yaptığı geçersiz hukukî 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 doğurması şart olmayıp, arada bir denklik, eşdeğerlik veya benzerliğin bulunması, bir başka anlatımla, "aynen" olmasa bile "kısmen" istenen pratik sonuçlara ulaşılması yeterlidir[67]. Örneğin, yazılı şekil şartına uyulmadığı için geçersiz olan bir alacağın temliki 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 hukukî konumda yine de elde etmekte, geçersiz alacağın temliki sözleşmesinin sağlayacağı pratik sonuca az çok benzer bir sonuç bu yoldan sağlanmaktadır.

Hâkim ve isabetli olan görüşe göre, yedek işlemin geçersiz işlemden daha öteye giden sonuçlar doğurması, taraflardan birine veya ötekine daha ağır yükümlülükler ve sorumluluklar yüklemesi kabul edilemez[68]. Bu açıdan, tarafların geçersiz işlem çerçevesinde açığa vurulmuş *gerçek iradeleri*, onların *farazî (varsayımsal) iradelerine* dayalı çevirmenin de sınırlarını çizer. Çevirme ancak bu sınırlar içinde kalmak şartıyla başvurulabilecek bir imkândır. Şu halde, şekil 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 hukukî 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; **Kahl**, 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.III.184. Aksi görüşte: **Weil**, not 46'da age, s. 75. –İlke olarak hâkim 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 vermeyecek biçimde anlaşılabiliyorsa" çevirmeye imkân 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 girer[69]. 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 değildir[70].

f. Altıncı Şart: Tarafların Yaptıkları İşlemin Geçersiz Olduğunu Bilseler-di Yedek İşlemi İstemiş Olacakları Söylenebilmelidir

Burada tarafların bu konuda hiç mevcut olmayan *gerçek* iradelerinden 40
söz açılamaz. Onlar yedek işlemi hiç düşünmemiş ve sadece geçersiz işleme yönelik irade beyanlarında bulunmuşlardır. Çevirmenin gerçekleşebilmesi için aranan irade, tarafların bu konuya ilişkin gerçek iradeleri olmayıp, sadece *farazî (varsayımsal)* iradelerinden ibarettir. Olayın hal ve şartlarına 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, işlemin yapıldığı (bir sözleşme söz konusu ise sözleşmenin kurulduğu) andır[71].

Burada sözü geçen farazî (varsayımsal) iradenin belli edilmesinde nasıl bir yöntem uygulanacaktır? Bizce, (yukarıda kısmî hükümsüzlük dolayısı ile benimsediğimiz görüşe uygun biçimde)[72], tarafların çok defa yaptıkları düzenleme çerçevesinde veya bunun dışında açığa vurulmuş özel istekleri, sübjektif (kişisel) değerlendirmeleri tespit edilebiliyorsa, bunlara üstünlük tanınacaktır. Ancak, bu yoldan bir sonuca ulaşılamadığı vakit veya ulaşılamadığı ölçüde, tamamen objektif bir değerlendirmeye gidip, o hal ve şartlar altında, makul düşünen kişilerin MK. m. 2/I'de yazılı dürüstlük kuralının ışığında neyi istemiş sayılabilecekleri esas alınacaktır[73].

---

69) **Schmid**, not 45'de age, N. 811; **Kaneti**, not 36'da age, s. 155-156. Yukarıda (bkz. N. 36) gördüğümüz gibi, bu örneklerde, kefaleti şekle bağlayan kanun hükmünün kefili koruyucu 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 hukukî işlemin mutlaka o işlemle kurulacak hukukî ilişkiye taraf olacak kimse tarafından bizzat yapılması zorunluluğu yoktur. İşleme taraf olacak kişi, bu işlemi temsilcisine de yaptırabilir. Bunun gibi, bir kimseye karşı yapılacak beyanın her zaman ve mutlaka o kişinin şahsına yapılması gerekmez. Onun bir temsilcisi varsa, temsilciye karşı yapılan beyan da tıpkı 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 hukukî sonuç doğurması anlaşılır[1]. Gerçekte, temsilin söz konusu olduğu olgularda üç kişi vardır: 1- Temsil olunan A, 2- Temsilci T ve 3- Üçüncü kişi Ü. Temsilci, temsil olunan adına üçüncü kişi ile bir sözleşme yaptığı, örneğin A'nın bir taşınmazın Ü'ye kiraladığı vakit, günümüzde hâkim olan "temsil teorisi" gereğince hukukî işlem *olgusu* (kira sözleşmesi), temsilci T ile üçüncü kişi Ü arasında gerçekleşir, bir başka deyimle *sözleşmenin kurulması aşamasında*, irade beyanında bulunan ve bu hukukî 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 borçu konumuna girenler sadece A ile Ü olmakta, temsilci T hiçbir şekilde bu borç ilişkisinin tarafı durumunu (örneğimizde "kiraya veren" veya "kiracı" sıfatını) elde etmemektedir[2]. 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.

Temsil hiç değilse iradî temsil söz konusu olduğu zaman, irade özerkliği kavramının doğal bir sonucudur. Bir kimse, kanunun öngördüğü sınırları aşmamak kaydı ile, hukukî ilişkilerini dilediği gibi düzenlemekte serbest ise, onun bu sonucu elde etmek üzere "temsilci" adı verilen bir kişiyi bu düzenlemeleri yapmak üzere yetkilendirmesi de serbest olmalıdır. Buna karşı, temsil olunanın *iradesinden* değil, fakat doğrudan doğruya *kanundan* doğan temsil hallerinde durum farklıdır. Aşağıda görüleceği gibi, kanunî (yasal) temsile yol açan durumlarda, temsil olunan kişi, hukuken, istediği düzenlemeleri serbest iradesi ile bizzat yapabilecek durumda değildir. Kanunî temsil yolu ile, ona işte bu imkân sağlanmaktadır. O halde, burada da, sonuç itibarı ile, irade özerkliği ilkesine ters düşen bir durumdan bahsedilemez[3]. 2

Konuyu, bundan sonraki açıklamalarımızın temelini oluşturacak iradî (temsil olunan iradesine dayalı) temsil açısından ele aldığımız vakit, temsilin en başta gelen fonksiyonunun temsil olunanın hukukî iktidar alanını genişletmek biçiminde karşımıza çıktığını görürüz[4]. Örneğin, hasta olduğu için yatağından çıkamayan A, bir başka ildeki hukukî işlemi gerçekleştirmek üzere T'ye temsil yetkisi vermek zorunda kalabilir. Bunun gibi, bazı işlemlerde uzmanlık büyük rol oynar. Bir sanat eserini veya yarış atını satın almak isteyen, ancak bu konularda uzman olmayan A, konunun uzmanı Tye temsil yetkisi verebilir. Şu var ki, günümüzde iş hayatı, sanayi (hatta sanayi ötesi) toplumu olmanın zorunlu bir sonucu olarak iş bölümüne dayanmakta ve hukukî işlemlerin yapılması ister istemez bu alanda yetkilendirilmiş kişilere terk edilmektedir[5].

Temsil, ilke olarak, *temsil olunanın* menfaatlerine hizmet eder. Ancak, bundan, bunun her zaman böyle olması gerektiği sonucu çıkarılamaz. Yerine 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. A, kendisine ait bir taşınmazın banka lehine ipotek edilmesi suretiyle T lehine bu teminatı sağlamayı kabul etmiştir. Banka lehine ipotek tesisi için gerekli işlemlerin yapılmasına yönelik olarak A, Tye temsil yetkisi verdiği vakit, temsil olunan A'nın değil, fakat temsilci T ile (o, bu sayede 3

3) Bu açıklamalar için bkz. **Flume**, § 43, 3, s. 754.
4) **Larenz/Wolf**, § 46, N. 1.
5) Özellikle bkz. **Koller**, I, N. 1339, 1341, 1343.

bankadan kredi alabiliyor), Ü Bankasının (o, bu yoldan verdiği krediye karşı bir teminat elde ediyor) çıkarları korunmuş olmaktadır[6].

4 Temsil, *hukukî 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. Temerrüt ihtarı veya ayıp ihbarı gibi *hukukî işlem benzeri fiillerin* de temsile konu olması genellikle kabul edilmektedir. Buna karşı, *maddî fiillerde* temsil'den söz edilemez. Örneğin, sözleşme ile giriştiği borcunu ifa etmek üzere bir mal imal etmesi gereken A, bu işin yapılmasını Tye bırakırsa, T temsilci değil, ifa yardımcısı (BK. m. 100) olur[7]. *Haksız fiillerde* de temsil olmaz[8]. Nişanlanma, evlenme, vasiyetname düzenleme vs. gibi *kişiye sıkı surette bağlı haklarda* da temsil mümkün değildir[9].

2. Bilgide Temsil (Wissensvertretung)

5 Temsil Kurumu, ilke olarak, hukukî işlemler alanında uygulama alanı bulur ve bir kimse tarafından yapılan veya o kimseye ulaşan *irade beyanları* ile ilgilidir[10]. Birinci ihtimalde, temsilci tarafından yapılan irade beyanı sonucu gerçekleşen hukukî düzenleme temsilciyi değil temsil olunanı bağlayacak; ikinci ihtimalde, temsilciye karşı yapılan irade beyanı, sanki bizzat temsil olunana karşı yapılmış gibi hukukî sonuç doğuracaktır. Bunun yanında geliştirilen "bilgide temsil" kavramı ile, temsil hükümlerinin irade beyanları dışında da uygulama alanı bulmasına imkân tanınmaktadır[11]. 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. **Zäch**, 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; **Zäch**, 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: *Hukukî sonuç doğuran bazı olgular temsilci tarafından bilindiği (onun bilinç içeriğine dahil sayıldığı) veya bilinmesi gerektiği zaman, "bilgide temsil" kavramının yardımı ile, bu bilgi temsil olunanda 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) hukukî sonuçları engellemesine imkân tanınmaz[12].

Derhal belirtelim ki, üstün tuttuğumuz görüşe göre, bu anlamda bir "bilgide temsil" gerçek ve hukukî 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 olabilir[13].

Bilgide temsil kavramı ile ilgili olarak, biz, aşağıdaki örnekleri vermek- 6
le yetineceğiz[14]:

— Temsilcinin temsil olunan adına yaptığı hukukî işlemde *hata, hile, ikrah (korkutma)* gibi bir irade bozukluğunun bulunup bulunmadığı, ilke olarak, temsil olunan değil, fakat *temsilci* açısından incelenir. Zira, hukukî 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 bunun farkına varır ve buna rağmen satış işlemini gerçekleştirirse, T'nin bilgisi A'yı da bağlayacağından, A hata sebebiyle sözleşmeyi iptal edemez[16].

---

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.; **Köhler**, 28.A., § 11, N. 52, 53).

12) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1444; **Bucher**, AT, s. 600; **v. Tuhr/Peter**, § 41, II, s. 351; **Koller**, I, N. 1497.

13) **Fellmann**, 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) **Zäch**, 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 gerekir[17]. Örneğin, mafya babası Ü, A'yı tehdit ederek, Şişli'deki taşınmazını kendisine haylî düşük bir değer üzerinden satmadığı takdirde, eşini ve çocuklarını yok bilmesini söylemiş, A bunun üzerine düşünüp taşındıktan sonra Ü ile mücadele edemeyeceği sonucuna varmış ve temsilcisi T'ye taşınmazın Ü'ye satışı için talimat vermişse, ikrah (korkutma) sebebiyle iradesi sakatlanan kişi temsilci T değil, temsil olunan A'dır. Aynı örnekte, Ü, A'yı değil, o taşınmaz açısından temsil yetkisine sahip T'yi tehdit ederek amacına ulaşsaydı, iradesi sakatlanan T'nin tehdide ilişkin 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 olunandır. Yanılan, aldatılan veya tehdit edilen kişinin bizzat temsilci olması bu sonucu değiştirmemektedir[18].

7 Sözleşmeyi bir temsilci aracılığı ile yapan kişi "gabin" iddiasında bulunabilir mi? Bu sorunun cevabını verirken bir ayrım yapmalıdır:

— Tüm değerlendirmeler yapılarak sözleşmeyi o içerikle kurma kararı 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 olunana, sırf bu ihtimal çerçevesinde tanımaktadır[19]. 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; **Zäch**, 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; **Koller**, 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 katılamıyoruz.

19) Yargıtay 1 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 davacılardan K.T. Noterlikte yapılan sözleşmede F.T. isimli kişi tarafından temsil edilmiş ise de, bu kimsenin tanık olarak mahkemede verdiği ifadeden 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 olunana ödenmiş olması 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).

rudan doğruya ilişki kurmuş olmaları da şart değildir. Üçüncü kişinin teklifleri ve öne sürdüğü şartlar temsilci aracılığı ile temsil olunana ulaştırılmış da olabilir. Önemli olan, temsil olunanın gabinli sözleşmenin o şartlarla düzenlenmesi konusundaki kararı bizzat almış olmasıdır.

— Temsil olunan sözleşmenin kurulması aşamasında pasif kalmış ve bu konuda herşeyi temsilcinin irade ve inisyatifine bırakmış olabilir. Yargıtay bu ihtimalde, temsil olunana gabin sebebiyle sözleşmeyi iptal etme hakkını tanımamaktadır. Yüksek Mahkemenin bir kararındaki kategorik ifade ile "Hemen belirtmek gerekir ki, vekil aracılığı ile yapılan temlikî tasarruflarda gabin hukuksal nedenine dayanılamaz. Öteden beri hiç sapma göstermeksizin kararlılık kazanmış yargısal uygulama da bu doğrultudadır"[20]. Görülüyor ki, yukarıda incelediğimiz ilk ihtimalde, sözleşmeyi kurma kararı tüm değerlendirmeler 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 bulunmaktadır. Bizce, temsil olunanın pasif kaldığı ve herşeyi temsilcinin karar ve inisyatifine bıraktığı hallerde, gabin iddiasına yer kalıp kalmadığını incelerken, gabin için BK. m. 21'de öngörülen sübjektif şartlar arasında bir ayrım yapmak gerekir. Olayda, bu şartlardan sömürülenin zor durumundan (müzayaka halinden) yararlanılması söz konusu ise, bu şart niteliği gereği ancak bizzat temsil olunanın şahsında gerçekleşebilir. "Temsilcinin içinde bulunduğu sıkışık durumdan yararlanıldı" iddiası ile gabin ileri sürülemez. Şu var ki, karşı taraf temsilci aracılığıyla işlem yapan temsil olunanın sıkışık (zor) durumunu biliyorsa, işlemin temsilci aracılığıyla gerçekleştirilmiş olması gabin sebebiyle iptale engel olmaz[20a]. Bunun dışında, "hiffet" ve "tecrübesizlik" söz konusu olduğunda, temsil olunanın, "temsilcinin hiffeti veya tecrübesizliği istismar edilerek sözleşme yapıldı" diyerek BK. m. 21 hükmüne dayanmasına bir engel yoktur[21]. Gerçekten, hayatı ve insanları çok iyi tanıdığı için kolay kolay kandırılamayacak temsil olunanın, rahatça aldatılabilen temsilcisine hile yapıldığı veya cesur temsil olunanın korkak temsilcisi ciddi ve esaslı bir tehdit altında sözleşme yaptığı vakit, sözleşmenin temsil olunan tarafından hileye 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 edilemez. Her ne kadar, böyle bir kişinin temsilci olarak görevlendirilmesinin, yerine göre bir ihmal oluşturduğu düşünülebilirse de, bu husus, iptal hakkının kullanılmasında değil, BK. m. 43-44 hükümleri çerçevesinde tazminat miktarı üzerinde etkili olarak, temsil olunanın açabileceği bir tazminat davasında rol oynayabilir (Bkz. § 39, N. 31).

— Ü tarafından yapılmış bir irade beyanının güven ilkesine göre nasıl anlaşılması gerektiği araştırılırken, ilke olarak, temsilci tarafından bilinebilen bütün hal ve şartlar esas alınacaktır. Temel ilke bu olmakla birlikte, temsilci tarafından bilinmese bile, temsil olunan bizzat kendisi tarafından 8

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 lésion 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.

bilinen veya bilinebilen olguların da dikkate alınmasına katlanmak zorundadır[22].

— İyiniyetle bir hak iktisabı söz konusu ise, hakkın kazanılmasına engel olan bazı olgular temsilci tarafından bilindiği veya bilinebilir olduğu zaman, bu, temsil olunanın da kötüniyetli sayılmasına yol açacaktır. Bunun gibi, temsilci bilmese dahi, temsil olunanca bilinen veya bilinebilir olan olgular dolayısı ile temsil olananın iyiniyet iddiasında bulunmasına imkân kalmayacaktır. Buna karşı, kendisi kötüniyetli olmayan temsil olunan, temsilcinin iyiniyetinden yararlanabilecektir[23].

3. Temsil ve Vekâlet

9 Birbiri ile karıştırılmaması gereken bu iki kavram arasındaki farkları belirtmeden önce, şu noktayı önemle vurgulamak gerekir ki, hukukumuz uygulamasında hâkim olan terminoloji bunların birbirine karıştırılmasına son derece elverişli bir ortam yaratmaktadır. Gerçekten, bugün Türk Hukuk uygulaması, "temsil yetkisi" verilmesi yerine "vekâlet" verilmesi, "yetki belgesi" yerine "vekâletname" deyimlerine üstünlük tanımaktadır[24, 25].

10 "Temsil" ve "vekâlet" kavramları arasındaki belli başlı farklar şöyle özetlenebilir[26]:

— Temsil yetkisi, aşağıda görüleceği gibi, *bir taraflı* bir irade beyanı ile verilir. Oysa, Borçlar Kanununun özel bölümünde düzenlenen vekâlet (BK. m. 386 vd.) bir sözleşmedir ve bütün sözleşmeler gibi *iki tarafın* karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını gerektirir.

— Vekâletin konusunu hukukî işlemler veya hukukî işlem benzeri fiiller oluşturabileceği gibi, maddî eylemlerin yapılması da oluşturabilir. Örneğin, bir hukukçunun mütalâa vermesi veya bir hekimin hastayı muayene ve tedavi etmesi, bir öğretmenin özel ders vermesi vekâlet sözleşmesinin

---

22) **Larenz/Wolf**, § 46, N. 104, 114-115.

23) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1448; **v. Tuhr/Peter**, § 44, II, 4, s. 392-393; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 190.

24) **Tanrıver**, Noterlik Açısından Vekâlet (Temsil), 2. baskı, Ankara 2001, s. 3, 8; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 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**, Medenî Usul Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2003, s. 294).

25) "Vollmacht" kelimesi "temsil yetkisi" anlamına geldiği için, "Vollmachtsurkunde" karşılığı "yetki belgesi" deyimini, bazı yazarların (not 10'da anılan **Tanrıver**, 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**, II, s. 357; **Eren**, 9. bası, s. 398.

konusunu teşkil edebilir[27]. Oysa, maddî fiillere ilişkin olarak temsil söz konusu olamaz.

— Vekâlet sözleşmesinin kurulması ile birlikte, vekil, vekâlet 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, vekâlet sözleşmesi ile bağlı olduğu vekiline T, üçüncü kişi Ü ile işlem yapması için temsil yetkisi verdiği zaman, *iç ilişki (temel ilişki)* ile, *dış ilişkiyi* dikkatle birbirinden ayırmak gerekir:

= A ile T arasındaki vekâlet ilişkisi, tarafların karşılıklı hak ve borçlarını düzenleyen iç (temel) ilişkiyi ifade eder. Bu ilişkinin, Tnin, temsil yetkisine dayanarak A adına hukukî işlem yaptığı Ü ile bir ilgisi yoktur. İç (temel) ilişki sadece vekâlet veren A ile, temsil yetkisine de sahip vekil T arasındadır.

Temsil, A ile Ü arasındaki dış ilişki ile ilgilidir. Zira, temsilci T kendisine verilen temsil yetkisi sayesinde, A adına işlem yapmak kudretine sahip olmuş ve onun Ü ile yaptığı işlem (örneğin bir satış) sonucu, borç ilişkisi doğrudan doğruya A ile Ü arasında meydana gelmiştir[28].

— Temsilin dayanağını oluşturan temel (iç) ilişkinin mutlaka bir vekâlet ilişkisi olması şart değildir. Aşağıda göreceğimiz gibi, örneğin, bir hizmet veya şirket sözleşmesi de iç ilişkiyi oluşturabilir[29].

— Öğretide çok defa, bu açıklamalardan, temsilsiz vekâlet olabileceği gibi, vekâletsiz temsil de olabileceği sonucu çıkarılmaktadır[30]. Temsilsiz vekâlet kavramına karşı diyecek yoktur. Maddî eylemlere ilişkin vekâlette bu durum çok açıktır. Buna karşı, vekâletsiz temsil de olabilir denirken, bununla, hiçbir temel ilişkiye dayanmayan tek başına temsil yetkisinin normal bir görünüm oluşturduğu kastediliyorsa, buna katılmak çok güçtür[31].

II. Temsilin Çeşitleri

1. Kanunî (Yasal) Temsil ve İradî Temsil

Burada temsil kudretinin *kaynağı* esas alınarak bir ayırım yapılmakta- 11
dır. Temsil kudreti varlığını temsil olunanın temsilciye temsil yetkisi verilmesine yönelik irade beyanına borçluysa, *iradî* (iradeden doğan) temsil

27) **Tandoğan**, II, s. 359-360.

28) Bu açıklama, hiç kuşkusuz, doğrudan doğruya temsil kavramı esas alınarak yapılmaktadır. Daha sonra göreceğimiz gibi, gerçek anlamı ile temsil sadece doğrudan doğruya temsildir (Krş. **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, aşağıda kanunî temsil ile ilgili olarak yapacağımız kısa açıklamalar dışında, bundan sonra inceleme konusu yapacağımız kavram hep iradî temsil olacaktır.

Buna karşı, temsilcinin temsil yetkisi, *temsil olunanın iradesi dışında kalan bir kaynağa* dayanıyorsa, kanunî (yasal) temsilden söz edilir. Örneğin, evlilik içinde doğan çocuk, "doğum" olgusu ile birlikte ana ve babasının, evlilik dışı çocuk ise, ilke olarak, anasının velâyeti altına girer (MK. m. 335/I, 337/I). Yine kanuna göre, "Ana ve baba, velâyetleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsicisidirler" (MK. m. 342/I). Görüldüğü gibi, burada ana ve baba, erginliğini (rüştünü) elde edinceye kadar çocuğu temsil etme yetkisini, doğum ile birlikte kazanılan velâyet hakkı çerçevesinde elde etmektedir. Aynı şekilde, vesayet altındaki kişinin kanunî temsilcisi olan vasi, bu yetkiye bir mahkeme kararı ile sahip olmaktadır. Miras ortaklığına tayin edilen kanunî temsilcinin bu yetkisinin kaynağı yine bir mahkeme kararıdır (MK. m. 640/III)[32].

12 İradî temsil ile kanunî temsili, doğurdukları sonuçlar bakımından birbirinden ayıran en önmeli noktalardan biri şudur: Aşağıda göreceğimiz gibi, iradî temsilde, bir kimseyi temsilci olarak yetkilendiren temsil olunan, aynı konuda bizzat işlem yapmak iktidarını hiçbir şekilde kaybetmez. Oysa, genellikle koruyucu bir amaca dayanan kanunî temsilde durum farklıdır. Kendisine kanunî temsilci tayin edilen kişi, hiç değilse ilke olarak, bizzat işlem yapmak imkânından hukuken yoksundur[33].

13 Acaba, tüzel kişilerin *organları* aracılığı ile temsil edilmeleri, bir çeşit kanunî temsil sayılabilir mi? Bu konuda iki görüşe rastlanıyor:

— Çok katı bir tutumu benimseyen birinci görüşe göre, organlar tüzel kişinin BK. m. 32 vd. anlamında temsilcisi değil, bizzat kendisidir. Onların irade beyanı, tüzel kişinin irade beyanı sayıldığından burada bir temsilden söz edilemez. Ancak, yetkili organı aracılığı ile, tüzel kişinin gerçek anlamda bir (iradî) temsilciyi yetkilendirmesine de bir engel yoktur[34].

— İkinci ve daha nüanslı bir çözüm, İsviçre ve Alman öğretilerindeki çoğunluğun benimsediği çözümdür. Bizim de katıldığımız bu anlayışı şu şekilde açıklayabiliriz:

---

32) Kanunî 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 hâkim 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.II.219; 111.II.289). Başka türlü: BGE 127.III.333.

= Meseleye *tüzel kişi* açısından bakıldığı vakit, organın onun bir parçası sayıldığı ve organ tarafından açığa vurulmuş iradenin tüzel kişinin iradesi sayılacağı kuşkusuzdur.

= Ancak konu, irade beyanında bulunan *organ* açısından ele alındığı vakit durum değişmektedir. Bir defa, tüzel kişinin tüm organları hukukî işlemler alanında onu temsile yetkili değildir. Gerek Medenî Kanun gerekse Türk Ticaret Kanunu, hangi organın tüzel kişiyi temsil hususunda yetkili olduğunu açıkça bildirmişlerdir. Örneğin, derneklerde bu organ yönetim kuruludur[35]. 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 gösterilemez[36]. 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 imkânına 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 çıkmaktadır[37]. 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 nitelemek, bunun sonucu olarak da, Borçlar Kanununun temsile ilişkin hükümlerini bunlara doğrudan doğruya değil, fakat nitelik ve özelliklerine uygun düştüğü ölçüde kıyas yolu ile uygulamak bize daha isabetli gözükmektedir[38].

---

35) MK. m. 85/I'e göre "Yönetim Kurulu, derneğin yürütme ve temsil organıdır".

36) **Medicus**, AT, N. 926.

37) Tüzel kişinin temsil organını bir çeşit kanunî temsilcisi statüsünde gören bu görüş için bkz. **Zäch**, Vorbem. zu Art. 32-40, N. 33, 46; **Künzle**, Der direkte Anwendungsbereich des Stellvertretungsrechts, Bern/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/Schluep/Schmid**, N. 1324; **Egger**, Zürcher Kommentar, I. Band: Einleitung und Personenrecht, 2.A., Zürich 1930, Art. 54-55, N. 15, 17; **Köhler**, 28.A., § 11, N. 2; **Larenz/Wolf**, § 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/Schluep/Schmid**'in, tüzel kişilerin organları için kanunî 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 "iradî" değil, fakat "kanunî" bir temsildir. Çünkü, örneğin bir dernekte, Genel Kurul bir temsilci değil fakat Yönetim Kurulunu seçmekte ve bu şekilde seçilen Yönetim Kuruluna temsilci sıfatı *kanun* ve *dernek tüzüğü* tarafından bağlanmaktadır[39].

Bu açıklamaların gösterdiği gibi, İsviçre Hukukunda, organların tüzel kişiyi temsil yetkisini, daha ziyade iradî temsile yakın bir olgu olarak açıklamak isteyen azınlık görüşü[40] yerinde değildir.

Sonuç olarak şunu söyleyebiliriz ki, tüzel kişinin temsil organı olmak, aynı zamanda "kendine özgü" veya "atipik" bir kanunî temsilci sayılmaya engel değildir[41].

2. Dolaylı (Dolayısı ile) Temsil-Doğrudan Doğruya Temsil

a. Dolaylı Temsil

14 Doğrudan doğruya temsili tanımayan Roma Hukuku, sadece bugün "dolaylı" (veya "dolayısı ile") temsil diye adlandırdığımız temsil türüne yer veriyordu[42]. Bazı hukukçuların "çelişkili bir kavram" *(contradictio in adjecto)* olarak niteledikleri[43] 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 imkân 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 vekâlet olarak karşımıza çıkacak olan) iç (temel) ilişkiye dayanarak temsil olunan A'ya devretmek yükümlülüğü altındadır. Bunun için taşınırlarda zilyetliğin devri, taşınmazlarda A adına tapu kütüğüne tescil, alacaklarda alacağın devri yoluna başvurmak gereke-

---

39) **Larenz/Wolf**, § 10, N. 77; **Medicus**, AT, N. 926; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1324.

40) Bu eğilimde: **Watter**, Basler Komm. Art. 32, N. 11.

41) Bu vesile ile hatırlatalım ki, tüzel kişilerin organları, sadece hukukî işlemler alanında onları temsil etmekle kalmazlar. Zira, MK. 50/II 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**, Römisches Recht, 2.A., Berlin 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 kullanılabilecek olan dolaylı temsil kavramı reddedilmelidir.

cektir (BK. m. 32/III)[44]. T ayrıca, Ü'ye ödediği satış bedelini aralarındaki iç ilişkiye (vekâlet ilişkisine) dayanarak A'dan tahsil etmek hakkına sahiptir.

Borçlar Kanunumuzda, dolaylı temsili esas alan sözleşme komisyon sözleşmesidir. Gerçekten BK. m. 416/I 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" bir temsil sayılabilir[45]. 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 arasındaki temel (iç) ilişki, temsilcinin "kendi adına" üçüncü kişi ile yaptığı sözleşmenin, aynı zamanda A "hesabına" gerçekleşmiş sayılmasının, yani T'nin bu sözleşme sonucu Ü'den elde edeceklerini A'ya devretmekle yükümlü olmasının hukukî dayanağını oluşturur. Bir başka anlatımla, dolaylı temsilcinin temsil yetkisinin kaynağı, ayrı bir yetki verme işlemi değil, çok defa vekâlet sözleşmesi olarak karşımıza çıkacak temel ilişkinin bizzat kendisidir. O halde, *(yanıltıcı bir ifadeyle) bir kimsenin sadece dolaylı temsil yetkisine 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 kaçırılmamalıdır*[46].

---

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/Schluep/Schmid**, N. 1424-1425; **Schwenzer**, 4.A., N. 40.04.

46) Özellikle bkz. **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1428; **Zäch**, Art. 33, N. 121; Art. 32, N. 176; **Merz**, Legalzession und Aussonderungsrecht gemäss Art. 401 OR, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Basel 1975, s. 454; **Larenz/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 de, bundan sonraki açıklamalarımızda sadece doğrudan doğruya temsili inceleyeceğiz[47].

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 yetkisi verilmişse, o, ilke olarak karşı tarafın kabul beyanına muhatap olma bakımından da yetkilendirilmiş sayılır ve kabul beyanının temsilciye ulaşması ile sözleşme kurulmuş olur[48].

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 doğurur[49].

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 imkânsızdır. Yazarın ileri sürdüğü gibi, bu bir taraflı yetkilendirme ile dolaylı temsilcinin "dolaylı temsil yetkisinin muhtevası doğrultusunda hareket etme borcu altına girmeyeceğini" (s. 30) iddia etmek 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 nam-ı müstear meselesinde inançlı işlemler ile ilişkisi açısından gündeme gelmiş bir kavramdır (Bkz. yukarıda § 35, N. 60 vd.).

48) **Larenz/Wolf**, § 46, N. 8; **Zäch**, Art. 33, N. 101; **Schwenzer**, 4.A., N. 40.14.

49) Bkz. **Koller**, I, 2.A., § 21, N. 3 ve aşağıda § 46, N. 53.

Aktif temsilci-pasif temsilci ayrımı ile *aktif haberci-pasif haberci* ayrımı birbiri ile karıştırılmamalıdır. 18

Haberci (muhbir, ulak, *nuntius*) denince, bundan *bir başkasına ait irade beyanını* diğer bir kimseye ulaştıran kimse anlaşılır. Temsilci ile haberci arasındaki fark, bu şekilde, daha ilk bakışta ortaya çıkar: *Temsilci*, temsil olunanın iradesini nakleden bir aracıdan ibaret değildir. O, kendisine verilen yetkinin kapsamı içinde, kiminle ve hangi şartlarla işlem yapacağı hususunda bağımsız biçimde karar alır ve bu şekilde oluşturduğu *kendi iradesini* (temsil olunan adına olmak üzere) beyan etmek suretiyle işlem yapar. Hiç kuşkusuz, yerine göre, temsilcinin bu konuda istediği gibi karar almak serbestisi çok geniş ("salonumu süslemek üzere beğendiğin bir tabloyu dilediğin fiyattan alabilirsin") veya (kendisine sırf belirli bir kira sözleşmesini belirli bir tarihte feshetmek hususunda yetki verilmiş olması gibi) neredeyse hiç yok denebilecek ölçüde çok dar olabilir. Ne var ki, bu husus, temsilcinin, temsil olunan adına kendi iradesini beyan etmesi olgusunu ortadan kaldırmaz[50]. Buna karşı, *haberci*, kendi iradesini beyan etmez. O, herhangi bir şekilde bağımsız karar alma yetkisi olmaksızın, *bir başkasına ait irade beyanının bir çeşit taşıyıcısından* ibarettir[51]. Bu özellik, *yazılı beyanlarda* açık biçimde ortaya çıkar. "Karşı tarafın bana yaptığı teklife cevabımı içeren şu mektubu komşun (Ü)'ye ulaştır" diye eline bir zarf tutuşturulan kişi temsilci değil bir irade beyanı taşıyıcısı, yani habercidir. Buna karşı, *sözlü beyanlarda*, temsilci ile haberciyi birbirinden ayırmak her zaman kolay olmayabilir. Tartışmalı olmakla birlikte, bugün hâkim olan görüşe göre, bu konuda haberi gönderen ile haberci arasındaki iç ilişki (yani haberciyi görevlendirenin iradesi) değil, habercinin karşı tarafın karşısına ne şekilde çıktığı, daha doğrusu, *karşı tarafın, kendisince bilinebilen bütün hal ve şartları değerlendirerek onu "haberci" olarak mı "temsilci" olarak mı görmesi gerektiği* esas alınır. Örneğin, "şu malı A adına satın alıyorum" diyen kimse temsilci, buna karşı, "A sizin yaptığınız satış icabını kabul ettiğini size bildirmemi istedi" diye karşı tarafın karşısına çıkan kimse haberci sayılır[52].

Haberci, sadece başkasının irade beyanını "taşımakla" yetindiğinden,

---

50) Bu konuda Alman öğretisinde şu örnek veriliyor: Bir büyük mağazada satış görevlisi olan kişi, belirli malları önceden kesin olarak tespit edilmiş fiyatlarla satmakla yükümlüdür. Onun satıştan kaçınma yetkisi dahi yoktur. Buna rağmen, somut olayda, müşteri ile gerçekleşen satış sözleşmesi için gerekli irade beyanı (sözü edilen sımsıkı sınırlar içinde de olsa) temsilci sıfatı ile satış görevlisi tarafından beyan edilir, zira mağaza yönetiminin bahis konusu somut satışa ilişkin olarak oluşmuş bir iradesinden söz açılamaz (**Medicus**, AT, N. 886).

51) Bkz. **Larenz/Wolf**, § 46, N. 38.

52) **Zäch**, Vorbem. zu Art. 32-40, N. 17; **Bucher**, AT, s. 598; **Larenz/Wolf**, § 46, N. 41-42; **Köhler**, 28.A., § 11, N. 16.

temsilciden farklı olarak, onda ehliyet şartı aranmaz. Şu halde, bir baba altı yaşındaki oğlunu, parasını verip köşedeki bakkaldan bir şişe süt almak üzere gönderir, bakkal da parayı alıp süt şişesini çocuğa teslim ederse, sözleşme geçerli olarak kurulmuş olur[53].

19 *Geçerliliği şekle bağlı işlemlerde*, haberci ile temsilci arasındaki fark çok açık biçimde ortaya çıkar. Örneğin, noter önünde resmî şekilde yapılacak bir sözleşmede, sözleşmeye taraf olacak kişi noterliğe habercisini göndermekle yetinemez. Resmî şeklin gerçekleşmiş sayılabilmesi için, ya iş sahibi bizzat resmî memur önünde hazır bulunup sözleşmeyi imzalamalı, yahut yetkili temsilcisi tarafından temsil edilmelidir[54]. 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, haberciyi görevlendiren kişinin irade beyanının şekle bağlanmasını zorunlu kılar[55].

20 Yukarıdaki açıklamalar bir başkasının irade beyanını ileten *aktif haberci* ile *aktif temsilci* arasındaki farkları yeterince göstermektedir. Meseleye *pasif temsilci* ve *pasif haberci* arasındaki temel farkların belirtilmesi açısından bakarsak, durum şöyledir: *Pasif temsilciye* karşı yapılan bir irade beyanı, ister yazılı ister sözlü olsun, ona ulaştığı anda, temsil olunana da ulaşmış sayılır. Bu bakımdan beyanın temsil olunana veya pasif temsilcisine yapılmış olması arasında fark yoktur[56]. Karşı tarafın pasif habercisine (yani onun tarafından kendisine yapılan beyanları *haberci* sıfatı ile almak üzere yetki verilmiş veya iş hayatında hâkim olan görüşlere göre konumu itibarı ile bu gibi beyanları ilgili kişiye nakletmek hususunda yetkili ve uygun sayılabilecek kimselere) karşı[57] yapılmış beyanlar açısından ise iki görüş vardır. Bunlardan birincisine göre, beyan pasif haberciye ulaşır ulaşmaz derhal asıl muhataba varmış sayılır. Bu bakımdan pasif temsilci ile pasif haberci arasında pratik bir fark yoktur[58]. 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) **Köhler**, 28.A., § 11, N. 17; **Schwenzer**, 4.A., N. 40.08; **Zäch**, 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 değerlendirmesi gerektiği araştırılarak yorumlanır. Oysa, pasif haberciye yapılan beyanda, güven ilkesinin uygulanmasında, onun değil, karşı tarafın bakış açısı esas alınacaktır. (**Schramm**, MünchKomm., Vorbem, vor § 164, N. 53).

57) Bkz. BGE 118.II.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 karşı tarafa ulaştırılması beklenebilirse, o anda gerçekleşir[59].

§ 46. Temsil Yetkisi

I. Hukukî Niteliği ve Özellikleri

Kanunî (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 vermek üzere yapacağı *bir taraflı* ve *varması gerekli* irade beyanı ile kazanır. Bu irade beyanının temsilciye ulaştığı anda, o, bundan haberi dahi olmasa, temsil yetkisini elde eder. Görülüyor ki, karşı tarafın iktidar alanına varma yeterlidir, onun rızası aranmadığı gibi, kendisini yetkilendiren beyanı öğrenmiş olması dahi gerekmez[1]. Şu halde, seyahatte olduğu için, temsil olunan A tarafından posta kutusuna bırakılmış yetkilendirme yazısından haberdar olmayan temsilci T, nasıl olsa ben A'dan icazet alırım düşüncesi ile A adına bir işlem yaparsa, bu işlem gerçekte yetkisiz temsilci tarafından yapılmış askıda hükümsüz bir işlem (BK. m. 38) olmayıp, (temsilci sıfatını kazandığını henüz öğrenmemiş) yetkili temsilci tarafından yapıldığı için A'yı derhal borçlandıran geçerli bir işlemdir. 1

Kural, temsil yetkisinin bir taraflı bir irade beyanı ile verilmesi olmakla birlikte, 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[2]. Bizce de, taraflar temsil yetkisinin verilmesi konusunda, örneğin yaptıkları bir hizmet sözleşmesi çerçevesinde anlaştıkları vakit, bunu geçersiz saymak söz konusu olamaz. Ne var ki, Alman öğretisinde ileri sürülen görüşten farklı olarak, İsviçre-Türk Hukuklarında, bu halde dahi, temsil 2

---

59) **Zäch**, 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 ulaşılamıyorsa, olayın özellikleri çerçevesinde yine makul ve uygun bir sürenin varma anına eklenmesinden kaçınılamaz.–Şu noktayı tekrar hatırlatalım ki, "pasif temsilciye" karşı yapılan beyanlar, bu gibi ayrımlara yer kalmaksızın, her zaman derhal karşı tarafa varmış sayılır.

1) **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 172; **Zäch**, Art. 33, N. 28.

2) **Larenz/Wolf**, § 47, N. 13; **Flume**, § 49, 1, s. 823; **Köhler**, § 18, N. 24. İsviçre Hukuku için krş.: **Zäch**, Art. 33, N. 28.

olunanın temsil yetkisini her zaman sınırlandırma veya geri alma hakları (BK. m. 34/I) veya aşağıda değineceğimiz temsilcinin bir taraflı çekilme (temsil yetkisinden vazgeçme) hakları saklı kalır. Görüşümüze göre, bu durumu, örneğin miras sözleşmesinde yer alan bir vakıf kurma işleminin bir taraflı işlem olma niteliğini muhafaza etmek suretiyle miras sözleşmesinin iki taraflı değil bir taraflı içeriğine dahil sayılmasına kıyas etmek yerinde olur[3].

3 Temsil yetkisinin mutlaka *açık* bir beyanla verilmesi şart değildir. Yerine göre, güven ilkesinin ışığında değerlendirilmek suretiyle, *örtülü* olarak da bu yetkinin verilmesi söz konusu olabilir. Temsil olunan, bilerek ve isteyerek, T'yi temsil yetkisini gerektiren ve iş hayatındaki âdetlere göre bir temsil yetkisi ile bağlantılı olması mutat olan bir konuma getirirse, açık bir yetkilendirme beyanı bulunmasa bile, bundan 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 olsun[4].

4 Kanunda açıkça yazılı olmamakla birlikte, temsilci de, her zaman, temsil olunana yöneltilmiş bir taraflı ve varması gerekli irade beyanı ile temsilcilikten çekilmek hakkına sahiptir[5].

5 Bu şekilde, temsilci tarafından elde edilen ve bir başkası adına işlem yapmak suretiyle doğrudan doğruya onu alacaklı ve borçlu kılma imkânını sağlayan hukukî kudret (temsil yetkisi), tartışmalı olmakla birlikte, çoğunluğun görüşüne göre bir "hak" değildir[6].

6 Bu konuda, değineceğimiz bir başka problem şu olacaktır: Gördüğümüz gibi, temsil olunan A'nın temsilci T'ye bir taraflı bir hukukî işlemle verdiği yetkiye dayanarak, T'nci üçüncü kişi Ü ile yaptığı sözleşme, doğrudan doğruya A ile Ü arasında bir borç ilişkisinin doğmasına yol açmaktadır. Burada *iki ayrı hukukî işlem* vardır: Bunlardan birincisi A ile T arasında gerçekle-

---

3) **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras Hukuku, 3. bası, İstanbul 1987, s. 257-258. Ayrıca bkz. **Guhl/Koller**, § 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 ilân edilmiş olmadıkça, toptan, yarı toptan veya perakende satış mağazalarının memur veya müstahdemleri, o mağazanın mutat satış muamelelerinin hepsini yapmaya "yetkili sayılırlar (Ayrıca bkz. **Arkan**, Ticarî 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) **Zäch**, Vorbem. zu Art. 34-35, N. 4 vd.; **Koller**, I, N. 1401.

6) **Larenz/Wolf**, § 46, N. 61-62; **Zäch**, Art. 33, N. 28. Hâkim görüşün aksi yönde olduğunu belirterek farklı düşüncede: **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1320.

şen temsil yetkisinin verilmesine ilişkin işlemdir. İkinci işlem ise temsilci T ile Ü arasında gerçekleşen örneğin bir satış sözleşmesidir. Acaba bu iki işlemin bir *bütün* oluşturduğu, yani bir yandan yetki verme işleminin, diğer yandan da, temsilci'nin aldığı yetkiye dayanarak üçüncü kişi ile yaptığı işlemin gerçekte tek bir işlem olarak görülmesi gerektiği ileri sürülebilir mi?[7]. Her ne kadar, bu yolda bir azınlık görüşüne rastlanıyorsa da, bugün hâkim olan anlayışa göre, *A ile T arasındaki yetkilendirme işlemi, T'nin A adına Ü ile yaptığı işlemden tamamen farklı ve ayrı bir işlem sayılmak gerekir*. Bunların bir bütün oluşturduğunu ileri sürmek doğru değildir[8].

Son olarak şunu belirtelim ki, temsil olunan A'nın T'yi herhangi bir işlem 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 $Ü_1$'e, T ise $Ü_2$'ye satmış olabilir. Bu gibi ihtimallerde, hukukî durum, A'nın vazoyu bizzat iki farklı kişiye satmış olması hali gibidir (çift satış). Varılacak sonuç bakımından şu ayrım yapılmalıdır[9]: 7

— Temsil olunan A ve temsilci T tarafından yapılan her iki işlem de birer *borçlanma işlemi* niteliğini taşıyorsa, A her iki işlemle de borç altına girdiğinden, bu borçlarından sadece birini ifa edebilecek, diğeri için karşı tarafın ifaya ilişkin çıkarlarını tazmin etmek (olumlu tazminat ödemek) mecburiyetinde kalacaktır[10].

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, yukarıda incelenen meseleden biraz farklı bir örnekte, A nın temsilcisi T_1 ile Ü'nün temsilcisi T_2'nin bir gün önce *yaptıkları* 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, II, 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 hukukî dayanaktan yoksundur (Bkz. HGK., 6.2.1991, E. 990/632, K. 41; 14. HD., 13.4.2000, E. 2066, K. 2448, **Karahasan**, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, cilt 1, İstanbul 2002, s. 486, 487). Şu var ki, satıcı ile ikinci alıcının birinci alıcının hakkını çiğnemek amacı ile bilinçli, plânlı işbirliği yapmaları durumunda, ahlâka 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 anlaşırlarsa, "aynı alıcıya" yapılan ikinci satışın temel hatası sebebiyle iptal edilmesi mümkündür[11].

— Olayda *tasarruf işlemleri* aşamasına geçilmişse durum değişir. Zira, tasarruf 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 $Ü_1$ lehine bir satış vaadi sözleşmesi yaptıktan sonra, durumu öğrenen $Ü_2$, 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 gibi[12] hileli anlaşma, temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının en ağır biçimi olup, ahlâka aykırılık sebebiyle T ile $Ü_2$ arasındaki sözleşmenin kesin hükümsüz sayılmasına yol açar. Buna bağlı olarak, $Ü_2$ lehine yapılan tescil yolsuz bir tescil olur ve taşınmazın mülkiyeti $Ü_2$'ye geçmemiş sayılır. Bu durumda, mülkiyet A'da kalmış olacağından, ilk satış vaadi alacaklısı $Ü_1$, aralarındaki ilk satış vaadi sözleşmesine dayanarak taşınmazın mülkiyetinin kendisine geçirilmesini ve bu şekilde aynî hak sahibi olduktan sonra da, tapuda $Ü_2$ lehine olan yolsuz tescilin kendi lehine düzeltilmesini (MK. m. 1025/I) istemek imkânını elde eder. Usul ekonomisi dikkate alınarak $Ü_1$'in bu iki talebi, A yı ve $Ü_2$yi birlikte hasım göstererek açacağı tek bir dava çerçevesinde ileri sürmesine bir engel görmemek gerekir[13].

II. İç Temsil Yetkisi-Dış Temsil Yetkisi

1. Genel Olarak

9 Alman 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. Bu durumda *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 imkân tanıyan bir hükmün bulunmamasını dikkate alarak ve yerinde olarak, temsil yetkisinin sadece *temsilciye* yapılacak bir beyanla verilebileceğini kabul ediyor. Şu halde, bizde, *sadece 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 beyanla, temsilci tayin etmek imkânı yoktur. Şu var ki, bu yola başvurulmuş, yani temsilci olarak yetkilendirilecek kişiye karşı bir beyanda bulunmayıp, yalnız üçüncü kişiye yapılan bir bildirim ile yetinilmişse, bu beyan yine de önemli hukukî sonuçlar doğurur. Zira, kanun, üçüncü kişinin bu beyana olan güvenini korumuştur[14]. Bizde de, İsviçrede de (İsv. BK. m. 33/III) iyi bir şekilde kaleme alınmayan ve sadece temsil yetkisinin kapsamı ile ilgili gözüken BK. m. 33/II'ye göre

> *"Şu kadar ki, mümessilin salâhiyetinin derecesi üçüncü şahsa beyan ve tebliğ edilmiş ise ancak bu beyana itibar olunur".*

11 Şu noktayı ekleyelim ki, Alman Hukukunda, üçüncü kişi Ü'ye yapılan beyanla T'nin 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 imkânı da öngörülmüştür (BGB § 171). Bu son durumda, BGB § 171, BK. m. 33/II'ye paralel biçimde, üçüncü kişinin bu beyana güvenini korumaktadır[15].

12 BK. m. 33/II'nin sırf yetkinin *kapsamına* ilişkin bu ifadesine rağmen, hâkim görüş, çok yerinde olarak, bu hükmün (hiç değilse kıyas yolu ile) temsil yetkisinin *varlığı* konusunda da uygulama alanı bulacağını kabul etmektedir[16]. Gerçekten, A'nın temsilci T'ye verdiği dar kapsamlı temsil yetkisi Ü'ye geniş kapsamlı bir yetki olarak bildirildiği vakit, Ü'nün bu beyana güvenini korumak; buna karşı, A, T'ye temsil yetkisi vermediği veya yetkilendirme işlemi geçersiz olduğu halde, Ü'ye karşı "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; **Zäch**, Art. 33, N. 9, 32; **Feyzioğlu**, s. 385; **Esener**, Salâhiyete Müstenit Temsil, Ankara 1961, s. 44; **Schwarz**, s. 389, not 4; **Eren**, 394-395. Alman Hukukundaki sistemin bizde de geçerli olduğunu ileri süren azınlık görüşü için bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 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; **Zäch**, 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. 36/II'nin Uygulama Alanının Belirlenmesi, Prof. Dr. Halûk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s. 208; **Karahasan**, TBH GH, c. 1 (2003), s. 378-379. –Aslında, BK. 33/II'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. 33/II hükmünü karşılayan BGB §§ 171-173 açısından bkz. **Larenz/Wolf**, § 48, N. 5; **Jauernig**, §§ 170-173, N. 1, 5; **Köhler**, § 18, N. 38).

silcimdir" şeklinde bir bildirimde bulunduğu zaman Ü'yü korumasız bırakmak düşünülemez.

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 vardır[17]. 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 bahşettiği himayeden yararlanabileceğini ileri sürmek, hiç kuşkusuz, gerek Türk Medenî 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

İlk akla gelen ihtimal budur. Örneğin, Ü'ye gönderilen bir yazı yahut gazetelere verilen bir ilân bu şartı gerçekleştirir. Bir başka yol şudur: Temsil olunan tarafından, temsilci T'nin eline temsilci sıfatını ispat edebilmesi için bir yetki belgesi (uygulamadaki terminoloji ile "vekâletname") 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 üstlenmiştir[18]. Sonradan A'nın T'yi yetkilendirme işleminin

17) Özellikle bkz. **Zäch**, 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/I.

herhangi bir sebepten ötürü geçersiz olduğu ortaya çıkarsa, A, BK. m. 33/II 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 *kanun hükmüne* dayanmaktadır[19].

b. Temsil Olunanın Fiilî (Eylemli) Davranışları

Temsil olunan açık bir irade beyanında bulunmamış bile olsa, onun bu yolda bir hukukî görünüşe yol açan bazı fiilî davranışları yine BK. m. 33/II'nin uygulanmasına yol açabilir[20]. Bu konuda şu iki hal önem taşır: 15

aa – Katlanma Suretiyle Yaratılan Hukukî Görünüşe Dayalı Temsil Yetkisi (Duldungsvollmacht)

Bir kimse, bir başkasının kendisinin temsilcisiymiş gibi davrandığını, üçüncü kişilerin buna dayanarak bir temsil yetkisinin bulunduğu sonucuna varabileceklerini bildiği ve bu durumu önleme imkânı bulunduğu halde, hiç sesini çıkarmayıp olayların akışına katlanmakla yetindiği takdirde, katlanma yoluyla yarattığı bu görünüşün sonuçlarından sorumlu olur ve (yetkisi olmadığı halde) temsilcisi gibi hareket eden kişinin onun adına iyiniyetli üçüncü kişilerle yaptığı işlemlerle bağlı tutulur[21]. Bu ihtimalde, genellikle yetkisiz temsilci kendisine bir temsil yetkisi verilmemiş olduğunu gayet iyi bilebilecek durumdadır[21a]. Tartışmalı olmakla beraber, üstün tuttuğumuz görüşe göre, bu tip davranışların az çok bir devamlılık arz etmesi şart olmayıp, bir defalık bir uygulama dahi söz konusu hukukî görünüşün gerçekleşmesi için yeterlidir[22]. Şurasını ekleyelim ki, temsilciye örtülü biçimde (zımnen, iradeyi gösteren hareketlerle) temsil yetkisi verilmesi ile incelediğimiz ihtimal birbirine karıştırılmamalıdır. *Bir kimseye örtülü biçimde temsil yetkisi verilmesi* durumunda, bizzat temsilci, güven ilkesinin ışığında kendisine böyle bir yetkinin verildiği sonucuna varabilmekte veya varmış sayılmakta, bunun sonucu olarak da gerçekten temsilci sıfatını elde etmektedir. Bu nokta şu bakımdan çok önemlidir 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. 33/II'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 görüşte: **Leipold**, N. 841; **Larenz/Wolf**, 9.A., § 48, N. 22.

ması, üçüncü kişiler nazarında *gerçeğe uymayan bir hukukî 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 hukukî görünüşten söz açmaya, dolayısı ile BK. m. 33/II'nin uygulanmasına gerek kalmadığı gibi, imkân da kalmaz[23].

16 *bb – İhmal Suretiyle Yaratılan Hukukî Görünüşe Dayalı Temsil Yetkisi (Anscheinsvollmacht)*

Temsil olunan A, T'nin kendi temsilcisi olduğu izlenimini yaratacak, (zorunlu bir şart oluşturmamakla birlikte genellikle az çok tekrarlanmış) davranışlarını bilmediği, bu sebeple de bunlara katlanmasından söz açmak imkânı bulunmadığı halde, *ihmalci davranmayıp gerekli özeni gösterseydi bu durumu öğrenmek ve engellemek imkânına sahip bulunuyor idiyse*, ihmal suretiyle yaratılan ve ona isnat edilebilen (yüklenebilip bağlanabilen) bu hukukî görünüşün sonuçlarına katlanmak zorundadır. Bu gibi durumlarda, temsilci gibi davranan T'nin A adına iyiniyetli Ü ile yaptığı sözleşme sonucu, A ile Ü arasında geçerli bir sözleşme kurulabilecektir[24]. Açıktır ki, bu ihtimalde de, temsilci gibi hareket eden T, güven ilkesi çerçevesinde

23) Bkz. **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1411; **Larenz/Wolf**, 9.A., § 48, N. 23; **Schwager**, not 16'da age, s. 43 vd. -İsviçre Hukukunda **Zäch**'in (Art. 33, N. 48), temsilci, temsil olunanın kendisine bir temsil yetkisi vermek istemediğinin farkına vardığı veya farkına varması gerektiği zaman katlanma suretiyle yaratılan hukukî 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 hukukî görünüşe" değil, BK. m. 33/II hükmüne dayalı olarak geçerli tutulabileceğini iddia etmesi de isabetsizdir. Zira, temsil olunanın yarattığı hukukî 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 hukukî görünüş, gerekse aşağıda incelediğimiz ihmal yolu ile yaratılan hukukî 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 hukukî görünüşten söz açabilmek için, belirli bir süre devam eden veya tekrarlanan davranışların bulunması (metinde açıklanan düşünceden farklı olarak) zorunludur (**Köhler**, 28.A., § 11, N. 44; **Palandt/Heinrichs**, 64.A., §§ 170-173, N. 15). –Öğretide, ihmal yolu ile yaratılan hukukî görünüş konusunda en sık verilen örneklerden birisi, temsil yetkisi olmayan bir yardımcının, firmanın basılı antetini taşıyan mektup kâğıtlarını veya firma mührünü kullanarak temsilci gibi davranmasıdır (Bkz. **Larenz/Wolf**, 9.A., § 48, N. 27).

kendisine A tarafından bir temsil yetkisi verilmediğinin farkında olan veya olması gereken bir kişidir. Aksi halde, yani güven ilkesine göre T kendisine temsil yetkisi verildiği kanaati ile hareket etmekte haklı ise, gerçekten temsilci sıfatını kazanmış olacağından, artık gerçek durumu yansıtmayan bir hukukî görünüşten söz açmaya yer kalmayacaktır.

İhmal suretiyle yaratılan hukukî görünüşe dayalı temsil yetkisi konusu öğretide çok tartışmalıdır. Çoğunluk, sonuç itibarı ile, "katlanma yolu ile yaratılan hukukî görünüş" ile "ihmal yolu ile yaratılan hukukî 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 Ü 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 olumsuz tazminat ödeme yükümlülüğü söz konusu olabilir[25]. Bu görüşe yöneltilen 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 tutulabiliyorsa[26], burada da, ihmali ile (önlemek imkânına sahip bulunduğu) hukukî bir görünüşe yol açan kişi de, temsil yetkisinin varlığına ilişkin olarak yarattığı hukukî görünüşün sonuçlarına katlanmalıdır[27]. 17

Bütün bu açıklamalardan sonra sorulacak soru şudur: İsviçre-Türk Hukuklarında "iç temsil", "dış temsil" deyimlerini kullanmak yerinde midir? Bir çok yazar[28] ve Yargıtay[29] bu ayrımı yapmakta ve bu deyimleri kullan- 18

25) Örnek olarak bkz. **Medicus**, AT, N. 970 vd.; **Keller/Schöbi**, s. 74-75. –İsviçre Hukukunda, bütün hukukî görünüşe dayalı temsil yetkisine ilişkin sonuçların sadece Ticaret Hukuku alanı için geçerli olduğu, ticarî nitelik taşımayan temsil yetkileri için hukukî görünüş ilkesine başvurulamayacağı ileri sürülmüştür (**Bucher**, AT, s. 629-630). Bu görüş, hukukumuza hâkim olan güven ilkesinin Ticaret Hukuku dışında uygulanmasına kategorik olarak engel olunamayacağı dikkate alınarak ve yerinde olarak reddedilmiştir (**Zäch**, Art. 33, N. 55). Anılan son yazara göre, olsa olsa, güven ilkesi uygulanırken, olayın Ticaret Hukukunun kapsamına giren bir alanda mı, yoksa ticarî 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 hukukî görünüşü farklı esaslara bağlamayı ve ihmal yolu ile yaratılan hukukî görünüş halinde sadece "culpa in contrahendo" kavramına dayalı bir tazminat yaptırımı ile yetinilmesini (beyan iradesi veya bilinci olmadan gerçekleştirilen davranışların da irade beyanı olarak geçerli tutulabileceğini hatırlatmak suretiyle) isabetli bulmuyor. Şu halde, ihmal yolu ile yaratılan hukukî görünüş de, dürüstlük kuralının ışığı altında BK. m. 33/II 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 Vertrauensschutz, recht 1995/1, s. 31, 32.

28) Örnek olarak bkz. **Schwenzer**, N. 42.04; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1343, 1406; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 173; **Eren**, 9. bası, s. 394; **Karahasan**, TBH, GH, cilt 1 (2003), s. 376. –Aksi görüşte: **Zäch**, Art. 33, N. 128 vd.

29) Yarg. 4. HD., 10.12.1963, E. 12094, K. 10569 (**Karahasan**, 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 hukukî işlem niteliğini taşıyan *kurucu* nitelikte bir beyanla ona temsilci sıfatının kazandırıldığını; buna karşı, "dış temsil" deyimi ile sadece bir kimseye temsil yetkisi verilmiş olduğunun temsil olunanca *üçüncü kişilere* (hukukî 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/II) göz önünde tutmak suretiyle, kolaylık yaratan bu deyimlerin bizde de kullanılmasına bir engel yoktur.

3. Dış Temsil Yetkisinin Verilmesinde İrade Bozuklukları

19 Temsil olunan, BK. m. 33/II çerçevesinde üçüncü kişiye yaptığı bildirimi, başta hata olmak üzere irade bozukluklarına dayanarak iptal edebilir mi? Çok tartışmalı olan bu konuda, önce bir ayrım yapılmalıdır:

— *Yetkisiz temsilci T ile, kendisine bildirimde bulunulan üçüncü kişi Ü henüz bir işlem yapmadan önce*, temsil olunan A harekete geçmek isterse bir iptal beyanında bulunmak zorunluluğu yoktur. Nasıl temsil yetkisi her zaman geri alınabiliyorsa (BK. m. 34/I), üçüncü kişiye yapılan bildirim de her zaman ve serbestçe geri alınabileceğinden, temsil olunanın Ü'ye bu yolda bir beyanda bulunması, BK. m. 33/II hükmünün geri alma tarihinden *sonrası* için uygulanmasına engel olmak için yeterlidir.

— Buna karşı *T ile Ü arasında bir sözleşme yapıldıktan sonra*, A, Ü'ye "T'yi temsilci olarak tayin etmiş bulunuyorum" şeklinde yapmış olduğu önceki bildirimini etkisiz bırakmak isterse durum değişir. Daha önce yapılmış bildirimin geri alınmasına ilişkin bu beyan geriye yürümeyip sadece ileriye doğru *(ex nunc)* hüküm doğurduğundan, artık, BK. m. 33/II'nin uygulanmasını önleyemez[30]. Bu durumda, A için, T ile Ü arasında gerçekleşen ve kendisini borç altına sokan sözleşmeyi geçersiz kılmak üzere başvurulacak yol, hata, hile veya ikrah (korkutma) sebebiyle, bildirimini yapıldığı andan itibaren kesin hükümsüz hale getirecek bir iptal beyanında bulunmaktan ibarettir. Böyle bir iptale imkân tanınırsa, her türlü hukukî değerden yoksun kalan söz konusu bildirim hiç yapılmamış sayılacak ve buna güvenen Ü'nün iyiniyetinin korunmasını sağlayan BK. m. 33/II hükmü devre dışı bırakılacaktır. Böylece, (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, Berner Diss. 1975, s. 23.

Biz, aşağıdaki sebeplerden ötürü, bu gibi durumlarda iptale izin vermeyen görüşe[31] katılıyoruz:

— Bir defa, temsil olunan tarafından üçüncü kişiye yapılan bildirim, hukukî niteliği itibarı ile, hukukî bir işlem olmayıp, tasavvur (görüş) açığa vurmaları[32] arasında yer alan bir bilgi bildiriminden ibarettir[33]. İrade bozukluğuna ilişkin hükümler hukukî işlemler için öngörülmüştür. Öğretide bazen yapıldığı gibi, bu tip bir beyana, kıyas yolu ile irade bozukluğu sebebiyle iptal hükümlerini uygulamak inandırıcı olmaktan uzaktır[34].

— 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 bildirimi 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 hukukî işlem niteliği taşımayan bu tip beyanlarda, kıyas yolu ile bir iptal hakkı tanımak imkânı 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. 1; **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 sis- teme 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") hukukî işlem niteliğinde kurucu bir beyan söz konusudur. İkinci halde ise ("Size T'yi temsilcim olarak yetkilendirmiş bulunduğumu haber veriyorum"), hukukî işlem niteliği taşımayan bir bilgi bildirimi vardır. İşlemin hukukî niteliği, birinci halde iptale elverişli olduğu halde, ikincisinde değildir. İşte buna karşı çıkılıyor ve ikinci ihtimalde "hukukî 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 sağlamayacak) ileriye doğru (ex nunc) bir geri alma beyanı ile yetinmesi gerekecektir[35]. Ne var ki, bu temel düşünceden hareket eden *Larenz/Wolf*[36], BK. m. 33/II'nin (BGB § 171) kapsamına giren durumlarda, aksi sonuca varıp 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 ilânları ile) umuma karşı yapılmışsa, çok sayıda hukukî işlem bu beyandan etkilenebileceğinden, iş hayatının güvenliğini koruma kaygısı kendisini daha güçlü bir biçimde hissettirecek ve istisna olarak iptal imkânı kapalı olacaktır[37]. İyiniyetli üçüncü kişilerin güveninin korunmasını, korunacak kişilerin sayısına göre farklı çözümlere bağlayan bu anlayışı isabetli bulmuyoruz.

4. Kamu Hukuku Çerçevesinde Verilen Bir Yetkiye Dayanarak Bir Özel Hukuk İşleminin Yapılması

21 BK. m. 33/I, c. 1 hükmüne göre, Kamu Hukukundan doğan temsil yetkisinin kapsamı bu konuya ilişkin kanun hükümleri ile tayin edilir. İsviçre Borçlar Kanununda 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 verilen bir yetki ile bir Özel Hukuk işleminin yapılması söz konusu oluyorsa[38], bir ayrım yapmak gerekir:

— İdare'nin *iç ilişkilerini* ilgilendiren ilk aşamada (idarî kararı hangi organın hangi usullere göre alacağı, verilecek yetkinin kapsamı, hatta yerine göre kime yetki verileceği) Kamu Hukuku kurallarının uygulama alanına girecektir.

— Buna karşı İdare tarafından yetkilendirilmiş organ veya makam ile üçüncü kişi arasındaki *dış ilişkide*, Özel Hukuka tâbi bir sözleşmenin yapılması söz konusu olduğundan, Özel Hukuk hükümleri uygulama alanı bulacak ve Borçlar Kanununun temsil hükümlerinden, bu arada (örneğin İdare'nin yetkilendirme kararı Resmî Gazetede ilân edildiği vakit) yukarıda incelediğimiz BK. m. 33/II hükmünden kıyas yolu ile yararlanmak mümkün 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 Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun" m. 5.

39) Bkz. **Zäch**, Art. 33, N. 12 vd., 17, 18; **Schwager**, not 16'da age, s. 94 vd.; **Guhl/Koller**, § 22, N. 29; BGE 124.III.418. Şu halde, iç ilişkide İdare'nin yetkilendirme kararı sonradan Danıştay tarafından iptal edilse bile, BK. m. 33/II'nin şartlarının gerçekleştiği durumlarda, dış ilişkide Özel Hukuk kuralları uygulanacağından, iptal hükmünün geriye

III. Temsil Yetkisinin Temel (İç) İlişkiden Bağımsızlığı

İlke olarak, her temsil yetkisinin arkasında, buna dayanak oluşturan bir temel (iç) ilişki vardır. BK. m. 34/I, c. 2, örnek olarak, vekâlet, hizmet, şirket sözleşmelerini anmaktadır. Eser (istisna) sözleşmesi, eşler arasında olduğu gibi bir Aile Hukuku ilişkisi veya iştirak halinde (elbirliğiyle) hak sahipliği ilişkisi başka örnekler olarak anılabilir[41]. Bunlar arasında, hayatta en sık rastlanan temel ilişki, hiç şüphesiz vekâlet sözleşmesidir ve Alman Hukukçusu *Laband*'ın 1866 tarihinde yazdığı makaleye kadar temsil ve vekâlet kavramları arasında bir ayrım gözetilmemiştir[42]. *Laband* tarafından savunulan görüş Alman Medenî Kanununa ve İsviçre-Türk Borçlar Kanunlarına esas teşkil etmiştir. Söz konusu görüş çerçevesinde, temsil olunanın bir taraflı irade beyanı ile gerçekleşen yetkilendirme (yetki verme) işlemi, ister vekâlet ister başka tipte bir hukukî ilişki söz konusu olsun, temel ilişkiden bağımsızdır. Bu ilke, bir çok hukukçu tarafından temsil yetkisini kazandıran bir taraflı işlemin, temel ilişkiye nazaran soyut (mücerret) bir işlem oluşturduğu şeklinde ifade edilmiştir[43]. Biz, bu konuda soyutluk (mücerretlik) kavramına başvurulmasına yapılan itirazları da dikkate alarak "bağımsızlık" deyimine üstünlük tanıyoruz. 22

Türk öğretisinde ileri sürülen ve hâkim fikirden ayrılan bir görüşe göre, yetkilendirme işleminin vekâlet sözleşmesine karşı soyut olduğundan bahsetmek yerinde değildir. Olsa olsa, her iki işlemin geçerlilik şartlarının farklı olması dolayısı ile, geçersiz bir vekâlete rağmen geçerli bir yetkilendirmeden bahsetmek söz konusu olabilir[44]. 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 iki işlemin geçerlilik şartları ve buna bağlı olarak geçersizlik sebepleri birbirinden ayrıdır; b) Geçersizlik sebeplerinin farklı olması dolayısı ile geçersizliğin sonuçları bakımından da işlemler arasında fark vardır. Bu yüzden, bu işlemlerin geçersiz sayılabilip sayılamayacağı birbirinden bağımsız olarak değerlendirilir ve işlemlerden birinin geçersizliği diğerinin de geçersiz olması sonucunu doğurmaz[45]. Bu açıklamaların ışığında, yetkilendirme ve vekâlet işlemlerinin farklı geçerlilik şartlarına bağlı 23

---

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) Ayrıca bkz. ve krş. (genel olarak bir idarî kararın idarî yargı organlarınca iptal edilmesinin bu karara dayalı olarak İdarece yapılmış Özel Hukuk sözleşmelerini kendiliğinden sona erdiremeyeceği görüşünü savunan) **K. Gözler**, İdare Hukuku, cilt II, Bursa 2003, s. 193-194.

41) **Zäch**, 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 **Bluntschli** tarafından hazırlanan Zürih Kantonu Özel Hukuk Kanununun, temsil ve vekâleti ayrı ayrı düzenleyerek birbirinden ayırmış bulunduğuna işaret edilmiştir (**Bucher**, AT, s. 615, not 57; **Bucher**, BT, s. 227).

43) Örnek olarak bkz. **Zäch**, Art. 32, N. 160.

44) **Hatemi/Serozan/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 hukukî sebebi (causa) arasındaki ilişkiden farklı olduğu kabul edilse bile[46], burada hiç değilse "bağımsızlık" diye ifade edilmesi gereken bir durumun bulunduğu şüphe götürmez[47].

24 Bağımsız ilkesi gereği, temsil yetkisinin varlığı ve geçerliliği, geçerli bir temel ilişkinin varlığına bağlı değildir. Bunun sonucu olarak, temsilsiz bir vekâlet olabileceği gibi, vekâlete veya bir başka temel ilişkiye dayanmayan "tek başına" bir temsil yetkisi de bulunabilir. Temsilsiz vekâlete karşı söylenecek bir şey yoktur. Buna karşı, herhangi bir temel ilişki bulunmaksızın, tek başına bir yetkilendirme ile kurulan temsil yetkisi son derece anormal bir nitelik taşır ve ancak pek nadir hallerde karşımıza çıkabilir[48]. 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 herhangi bir yükümlülük altına girmemiş bir kimse temsilci sıfatı ile yer almaktadır. 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 yükümlülük içermez. Bütün bunlar sadece temel ilişkiden doğabilir[49]. Temsil olunana karşı, herhangi bir borç altına girmeyen ve sorumlu tutulamayan bir temsilci ilke olarak kabul edilemez[50].

25 Bir temel ilişkiye dayanmaksızın sadece temsil yetkisi elde etmiş temsilci örneği olarak verilen veya düşünülebilecek olan haller yakından incelendiği vakit ise, durumun her zaman bu düşüncede olanların sandığı gibi olmadığı ortaya çıkar. Biz, aşağıda, bir kaç örnek üzerinde durmakla yetiniyoruz:

— *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 kolleksiyonuma uyacak bir antika eser görürsen benim adıma dilediğin bedelle satın al" diyerek bir temsil yetkisi vermektedir. Verilen örnekte, T, sadece bir yetki sahibi olduğu, fakat A'ya karşı hiç bir yükümlülük altına girmediği için, genellikle kabul edilen görüşe göre, burada arkasında herhangi bir temel sözleşme ilişkisi bulunmayan, tek başına bir temsil yetkisi vardır, bir başka anlatımla vekâletsiz bir temsil yetki-

46) Bu görüşte: **Flume**, § 50, 1, s. 840-841.

47) Öğretide bu düşünce şöyle ifade edilmiştir: "Temsil yetkisi varlığı açısından kendisine temel teşkil eden hukukî 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) fikrince, 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.

si söz konusudur[51]. Biz bu görüşe katılamıyoruz. Gerek aşağıda inceleyeceğimiz BK. m. 388/II hükmünden anlaşılabileceği, gerekse vekâlet-temsil ayrımını ilk defa yaptığı kabul edilen Laband'ın belirttiği gibi, bir temsil yetkisinin verilmesi çok defa aynı zamanda bir vekâleti de içerir[52]. 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'ye verilen temsil yetkisi, aynı zamanda *geciktirici şarta bağlı bir vekâlet sözleşmesinin* kurulmasına yönelik bir icapla birlikte yapılmıştır. 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 yapılış tarzından, icapçı A'nın bir kabul beyanından önceden vazgeçtiği açık biçimde anlaşıldığı[53] ve T kurulan sözleşme sonucu kendi isteği ile iradî şartı gerçekleştirmedikçe 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 şarta bağlı vekâlet sözleşmesi, icabın (temsil yetkisi ile birlikte) karşı tarafa ulaştığı andan başlayarak hüküm doğuracağından (BK. m. 10/II), bu anormal durum geçmişe etkili olarak ortadan kalkacak ve hem temsil yetkisinin hem de şarta 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 olacağından, vekâlet sözleşmesi hükümlerini doğurmaya başlayacaktır. Görülüyor ki, bu örnekte, tek başına bir temsil yetkisi değil, fakat geciktirici şarta bağlı bir vekâlet sözleşmesine dayalı bir temsil yetkisi söz konusudur.

— *İkinci örnek:* Aşağıda göreceğimiz gibi[54], yetkilendirme işlemi açı- 26
sından, hâkim görüşe göre, temsil olunanın tam ehliyetli olması arandığı halde, temsilcinin sadece ayırt etme gücüne (temyiz kudretine) sahip olması yeterlidir. Bu durumda, ergin (reşit) olmayan ve sadece ayırt etme gücüne sahip bulunan 17 yaşındaki T'ye bir vekâlete bağlı olarak temsil yetkisi

51) Bkz. **Schwarz**, s. 389; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 171; **Tekinay/Akman/Burcuoğ-lu/Altop**, s. 175.
52) Bkz. **Zäch**, Art. 32, N. 161.
53) Bkz. **v. Tuhr/Peter**, § 24, IV, s. 188; BGB § 151.
54) Bkz. aşağıda N. 33-34.

verildiği zaman (BK. m. 388/II), T temsil yetkisini kazandığı halde, vekâlet sözleşmesi askıda hükümsüz olur (MK. m. 16/I). T'nin, kanunî (yasal) temsilcisi olan ana ve babası bu sözleşmeye icazet vermekten kaçınırsa, askıda hükümsüzlük kesin hükümsüzlüğe dönüşür. Bu örnekte de, temel ilişkiden yoksun tek başına bir temsil yetkisinin söz konusu olduğunu düşünmek büyük bir yanılgı olur. Gerçi, taraflarca kurulması istenen vekâlet 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 vekâletsiz iş görme ilişkisinin (BK. m. 410) temel ilişkiyi oluşturacağı gözden kaçırılmamalıdır[55]. Bu örneğin yararı, temsil yetkisinin bağlı bulunduğu (taraflarca istenen) temel ilişki (bu örnekte vekâlet ilişkisi) geçerli olmasa bile, bu defa kanundan doğan bir başka temel ilişkiye (vekâletsiz 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 vekâletsiz iş görme hükümlerine tâbi olur[56].

27 — *Üçüncü örnek:* İlerde ihtiyacım olabilir düşüncesiyle ihtiyatlı davranan A, şimdiden bir yakını (örneğin, eşi, oğlu) olan T'yi, (bu konuda kendisine karşı bir beyanda bulunmaksızın) banka işlemlerini kendisi adına yapmak üzere temsilci olarak yetkilendirdiğini bankası Ü'ye bildiriyor. Bu örneğin de, temel ilişkiden yoksun tek başına temsil yetkisi örneği olarak ele alınması, hiç kuşkusuz isabetli olmaktan uzaktır. Gerçekten, *A'nın, T'ye haber vermeksizin sadece Ü bankasına yaptığı beyan*, hukukumuzda (Alman Hukukundan farklı olarak) sadece üçüncü kişiye yöneltilen bir beyanla temsil yetkisi verilemeyeceğinden, T'nin temsilci sıfatını kazanmasını sağlayabilmiş değildir[57]. Buna karşı, Banka, örnek imzasını almak üzere T'yi davet ettiği vakit, A'nın habercisi olarak onun yetkilendirme beyanını (buna bağlı vekâlet 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 vekâlet sözleşmesi kurulmuş olacaktır[58].

---

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, vekâletin hükümsüz olması sonucu temsil yetkisi de geçerli olarak elde edilmiş olmaz).

56) Bkz. **v. Büren**, 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, **Zäch** (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 vekâlet 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 halin- 29
de, bu defa temsil yetkisinin, bağımsızlık ilkesi gereği, varlığını sürdüreceği kabul edilebilir mi? Hâkim olan görüşe göre, bu sorunun cevabı, ilke olarak, olumsuzdur. Zira, genellikle temsil yetkisi (vekâlet, 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 öğretide 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 gerekir[59].

= İkinci görüş açısından, şarta bağlı bir yetkilendirme söz konusu olmaksızın, meselenin çözümü güven ilkesine terk edilmektedir. Bize daha uygun gözüken 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 zorundadır[60].

— BK. m. 388/II'ye göre, vekâlet sözleşmesinin konusunu bir hukukî 30
işlemin yapılması oluşturuyorsa, ayrıca belirtilmiş olmasa da, *vekâlet ile birlikte o hukukî işlemin veya işlemlerin yapılmasına ilişkin temsil yetkisinin de verilmiş olduğu karine olarak kabul edilir.* Burada sözü edilen temsil yetkisinden maksat, (vekâlet sözleşmesi dışında ayrı ve bağımsız varlığı

59) v. **Tuhr/Peter**, § 42, VI, 2, s. 365; **Zäch**, Vorbem. zu Art. 34-35, N. 11; Art. 34, N. 15.
60) **Bucher**, AT, s. 616; **Zäch**, Art. 33, N. 122 (krş. aynı yazara not 59'da yaptığımız yollamalar). 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 vekâlet sözleşmesinin içinde kendiliğinden mevcuttur. Şu halde, dış ilişki ile hiçbir ilgisi olmayan dolaylı temsil yetkisini vermek için, vekâlet sözleşmesi dışında ayrı bir yetkilendirme işlemi kesinlikle söz konusu olamaz[61]. 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 hukukî işlemin yapılmasına ilişkin vekâlet sözleşmesinin dolaylı temsil hükümlerine göre ifa edilmesini sağlamalarına bir engel bulunmamaktadır[62].

31 Şu noktayı ayrıca ekleyelim ki, BK. m. 388/II hukukî işlem yapılmasına yönelik vekâlet sözleşmelerinin, karine olarak, aynı zamanda işleme ilişkin temsil yetkisini de içermiş sayılacağını belirtmekle yetinmiş, bunun tam tersi olan şu ihtimal üzerinde durmamıştır: Bir kimse, aralarında herhangi bir temel ilişki bulunmaksızın, bir başkasını yetkilendirdiği zaman, bunun aynı zamanda temel ilişkiyi oluşturacak bir vekâlet icabını da içerdiği 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 vekâlet icabının da bulunduğu söylenebilir[63]. Temsilcinin vekâlet icabını reddetmesi, zorunlu olarak temsil yetkisinin de red-

---

61) Bu açıklamalar için bkz. **Fellmann**, Art. 396, N. 48 vd., 51; **Gauch/Schluep/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, vekâlet sözleşmesine ek olarak ayrı 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) aşırı 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 imkân olarak görmesi ve bunun sonucu olarak vekilin BK. m. 388/II hükmüne dayanarak vekâlet konusu hukukî işlemi isterse vekâlet veren adına, isterse (vekilin ödeme güçsüzlüğüne düşmesi halinde vekâlet 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 vekâlet verenin bir talimatı bulunmadıkça) hiç kabul edilemez.

62) **Fellmann**, Art. 394, N. 39.

63) Ayrıca bkz. **Bucher**, AT, s. 616, not 61; **Sarı**, Vekâlet 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 vekâlet sözleşmesi kurma girişimini başlatmaları düşünülemez. Bu düşünceler, özellikle temsil (bir taraflı işlem) ve vekâlet (iki taraflı işlem veya sözleşme) kavramlarının birbirine karışmasına yol açar biçimde, temsil yetkisi vermeyi "vekâlet verme" biçiminde ifade eden Türk hukuk uygulaması açısından ayrıca önem taşır.

Temsil yetkisinin temel ilişkiye nazaran bağımsız olduğunun kabul edil- 32
mesi, temsilci ile işlem yapan üçüncü kişi açısından önemli sonuçlar doğurur. Bu çerçevede, üçüncü kişi, geçerli bir temel ilişkinin mevcut olup olmadığı veya temsilcinin temsil olunana karşı temel ilişkiden doğan borçlarına aykırı düşen bir davranış içine girip girmediği gibi konularla hiçbir şekilde ilgilenmek zorunda değildir. Bu konularla ilgili savunmalar ona karşı ileri sürülemez. *Üçüncü kişiyi ilgilendiren tek husus, temel ilişkinin değil, fakat temsil yetkisinin geçerliliği ve kapsamıdır*[64]. Ne var ki, bütün bu söylenenler istisnasız kalmamıştır. Örneğin, temsilci, temel ilişkiden doğan borçları ile hiç bağdaşmayan biçimde temsil olunanın çıkarlarına açıkça ters düşen bir sözleşme yapmışsa, bazı şartların gerçekleşmesi kaydı ile, onun temsil yetkisini kötüye kullandığı ve bu sebeple, o işlem açısından yetkili sayılamayacağı sonucuna varılabilir ki, bunun anlamı, bu gibi durumlarda bağımsızlık ilkesinin bir köşeye bırakılmasıdır[65]. *Bütün bunlar gösteriyor ki, temsil yetkisinin temel ilişkiden bağımsızlığı 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 açıklanmaktadır[66].

IV. Ehliyet

1. Temsil Olunan Açısından

Yetkilendirme işleminin geçerli olması için, temsil olunanın tam fiil eh- 33
liyetine sahip olması gerekir (MK. m. 10). Şu var ki, sınırlı ehliyetsizler (ayırt etme gücü olan küçük veya kısıtlılar), MK. m. 16/I, c. 2 uyarınca bizzat kendilerinin serbestçe yapabilecekleri işlemlerde (örneğin bir bağışlamanın kabulü söz konusu ise), veli veya vasilerinin rızasına gerek olmaksızın bir başkasını temsilci olarak yetkilendirebilirler[67].

64) Bkz. **Bucher**, AT, s. 616; **Zäch**, Art. 32, N. 160; Art. 33, N. 121.
65) Temsil yetkisinin kötüye kullanılması olgusunun şartları ve sonuçları için bkz. aşağıda § 50.
66) Bkz. **Larenz/Wolf**, § 47, N. 7.
67) **Zäch**, Art. 33, N. 31; **Larenz/Wolf**, § 47, N. 15; **Eren**, s. 396.

2. Temsilci Açısından

34 Öğretide hâkim olan görüşe göre, temel ilişki bir yana bırakılıp meseleye 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 işlemden 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 geçerlidir[68].

V. Temsil Yetkisinin Kapsamı[69]

1. Genel Olarak

35 Kural olarak, temsil olunan kendi rızasına dayanan temsil yetkisinin kapsamını dilediği gibi belirlemek, uygun gördüğü sınırlamaları koymak imkânına sahiptir. İç temsil yetkisinde bu kapsam, temsilciye yapılan beyana; dış temsil yetkisinde ise üçüncü kişiye karşı yapılan bildirime (özellikle temsilcinin eline verilmiş yetki belgesine) göre belli edilecektir (BK. m. 33). Ne var ki, bu konuda, temsil olunanın ne istediği değil, güven ilkesine göre karşı tarafın (beyana muhatap olan temsilcinin veya üçüncü kişinin) kendisince bilinebilen tüm 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 saklıdır[70].

2. Temsil Yetkisinin Konusuna Göre Kapsamının Belli Edilmesi

36 Bu açıdan üçlü bir ayrım yapmak gerekir[71]:

---

68) **Zäch**, 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, (ayrıca değinmedikçe) ticaret şirketlerinin temsili de dahil olmak üzere ticarî temsil hallerini bir köşeye bırakarak, sırf Borçlar Hukuku alanındaki rızaî 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; **Zäch**, Art. 33, N. 92; **Eren**, s. 400.

a. *Özel temsil yetkisi*, belirli ve somut tek bir işlemin yapılması için verilen yetkidir. Örneğin Nişantaşındaki taşınmazın veya evdeki belirli bir tablonun satışı için verilen yetki bu kategoriye girer. Aynı vekâletnamede bunların her ikisi için de yetki verilmişse, ortada iki ayrı özel yetkiyi içeren bir yetki belgesi vardır.

b. *Belirli bir türe (kategoriye) dahil tüm işlemlerin* yapılması 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 yakit, temsil olunan bizzat kendisinin 37
yapabileceği (kural olarak malvarlığına ilişkin) tüm işlemler için temsilciyi yetkilendirmiş sayılır[72].

Genel temsil yetkisi kavramı, öğretide haklı olarak bazı soru işaretlerine yol açmıştır. Zira, böyle bir yetkinin, temsil olunanın hiç düşünmediği ve istemediği biçimde kullanılması yüzünden, onu çok zor duruma sokacak beklenmedik sonuçlar doğurması ihtimali vardır[73]. Bu konuda meseleyi aşağıdaki ayrım çerçevesinde ele almak yerinde olur:

aa. Temsilci ile temsil olunan arasındaki *iç (temel) ilişki* açısından, genel bir vekâletname dahi bulunsa, bunun vekile ancak alışılagelmiş, olağan işleri yapma imkânını verdiği; buna karşı, dürüstlük kuralının ışığında tespit edilecek mutat dışı veya olağanüstü nitelik taşıyan işlemlerde, vekilin vekâlet verene danışmadan bu tip işlemleri yapmaktan kaçınması gerektiği söylenebilir[74]. Aksine hareket, vekilin vekâlet verene karşı vekâlet ilişkisine dayalı olarak sorumlu tutulmasına yol açabilir.

bb. *Dış ilişki (temsil yetkisi)* açısından bu konuyu düzenleyen bir hüküm BK. m. 388/III'de yer almaktadır. Bu hükme göre, kendisine genel bir yetki verilmiş dahi olsa, temsilci, aşağıda sayılan işlemleri *özel bir yetkilendirme* bulunmadıkça yapamaz: Dava açmak, sulh olmak, tahkim sözleşmesi yapmak, kambiyo taahhüdünde bulunmak, bağışlama yapmak, bir taşınmazı devretmek veya taşınmazı (bir sınırlı aynî hak tesisi veya şerh yolu ile) bir yüküm altına sokmak[75].

Medenî Usul Hukuku açısından, bu konuda HUMK. m. 63 ve 33/II 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, Zäch** ve **Gauch/Schluep/Schmid**).
73) Bkz. **Bucher**, AT, s. 605; **Zäch**, 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, hâkimin reddi. Derhal belirtelim ki, kanunlarda bunlar dışında özel yetki arayan hükümler bulunabileceği gibi, mahkemeler ve öğreti bu sayıma bazı ilâveler yapmaktan kaçınmamışlardır. Örneğin, Yargıtay 4.2.1959 gün ve 14/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile hâkimlere karşı tazminat davası açılabilmesini özel yetki şartına bağlamıştır[76].

38 BK. m. 388/III'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 satılmasını isteyen temsil olunanın mutlaka "Moda'daki şu taşınmazın satışı" için yetki vermesi zorunlu olmayıp, "tüm taşınmazlarının satışına" ilişkin bir yetki vermiş olması yeterlidir. Böyle bir yetkiye dayanarak Moda'daki taşınmaz da temsilci tarafından geçerli olarak satılabilir. Bunun gibi belirli bir sözleşmeden doğacak ihtilâfların hakem önünde çözüme bağlanmasını sağlamak için, sırf o sözleşmeye ilişkin özel bir yetkilendirmenin bulunması gerekmez. Yetki belgesinde, temsilcinin yapacağı sözleşmelerde tahkim kaydına yer vermesine imkân tanıyan genel bir düzenleme BK. m. 388/III'ün aradığı "özel yetkilendirme" şartını gerçekleştirir[77]. 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 sayılmaktadır.

39 Temel ilişki vekâlet sözleşmesi niteliğini taşımıyorsa (örneğin bir eser, hizmet veya şirket sözleşmesine dayalı olarak temsil yetkisi verilmiştir), BK. m. 388/III hükmü bu defa kıyas yolu ile uygulanabilir[78]. 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? Öğretide bu konuda *üç görüşe* rastlanıyor:

---

76) Bu konuda geniş bilgi için bkz. **Kuru**, c. II, s. 1281 vd.

77) Bkz. **Fellmann**, Art. 396, N. 126; **Hofstetter**, s. 51; **Gautschi**, Art. 396, N. 47b ve yukarıda § 35, not 123'de anılan **Karahasan** 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 (vekâletnamenin) düzenlendiği tarihte temsil olunanın mülkiyetinde bulunup bulunmaması da bir fark yaratmaz.

78) **Hofstetter**, s. 49; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 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 ediyor[79].

— *İkinci görüşe* göre, BK. m. 388/III'de sayılan haller birer örnek niteliğini taşıyıp sınırlayıcı olmadığı için, vekâlet veren açısından önem taşıyan işlerde bunlara yenilerinin eklenmesi mümkündür[80].

— 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 bulunabilir[81]. Bu görüş vekâlet veren (temsil olunan) ile temsilcinin çıkarları arasında bir denge kurmaya önem vermekte ve şu düşünceden hareket etmektedir: Özel yetki sistemi temsil olunanı (vekâlet vereni) koruyan bir sistemdir. Ancak, bu sistem çerçevesinde temsilci ile işlem yapan üçüncü kişinin de, hangi işlemlerin özel yetki kapsamına girdiğini bilmekte büyük çıkarı 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 kalınabilir[82]. Bu görüş çerçevesinde, hangi kriterlere dayanılarak kanunda öngörülmemiş hallerde özel yetki aranabileceği, öğretideki düşünceler de esas alınmak suretiyle (çok iyi kaleme alınmış) bir Yargıtay kararında[83] 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 ayrı bası, s. 13 vd.

80) **Müderrisoğlu**, Avukatlıkta Vekâlet ve Ücret Sözleşmesi ve İçtihatlar, Ankara 1974, s. 48.

81) Bu görüşte: **Tandoğan**, II, s. 397-398, 739-740; **Reisoğlu**, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992, s. 42; **Tanrıver**, Noterlik Açısından Vekâlet (Temsil), 2. baskı, Ankara 2001, s. 39 vd.; **Özkaya**, Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Ankara 1997, s. 290. –Anılan yazarlardan **Tandoğan**'a göre, BK. m. 388/III'deki sayma kural 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 ayrılınması 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 yapılabiliyorsa, "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 vekâletnamenin 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 tahliye taahhüdü geçerli sayılacaktır[84].

— Olaydaki vekâletname yukarıda olduğu gibi geniş kapsamlı başka özel yetkiler içermediği ve sadece olağan (normal) işleri kapsadığı vakit ikinci 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 "vekâletnamesinde tahliye taahhüdüne ilişkin bir yetki bulunmayan, olağan ve normal işler için verilen vekâletnameye 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, hâkim olan görüşe göre, BK. m. 388/III çerçevesinde özel yetki aranan işlemlerde, bu yetkinin mutlaka *açık* biçimde verilmesi gerekir[85]. 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, vekâletnamenin 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 iki 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 Komm., Art. 396, N. 14; **Künzle**, Der directe Anwendungsbereich des Stellvertretungsrechts, Bern 1986, s. 237; **Tandoğan**, II, s. 398-399; **Özkaya**, not 81'de age, s. 290; **Tanrıver**, not 81'de age, s. 41; **Karahasan**, 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 gerektirmeyen işlemler için geçerli olabilir[86].

— Yüksek Mahkeme'nin ikinci aşamaya ilişkin açıklamaları da yerinde gözükmemektedir. Gözden kaçırılan nokta şuradadır: BK. m. 388/III'deki sayıma bazı ilâveler yapılması söz konusu olduğu zaman, hareket noktası olarak, ister istemez kanunda açıkça öngörülen hallerin hangi kriterlere göre belli edilmiş olduğunu esas almak gerekir. Bu açıdan bakıldığı vakit, BK. m. 388/III'ün, "olayın" veya "vekâletname içeriğinin" değil, sadece temsilci tarafından yapılacak "işlemin" nitelik ve özellikleri ile ilgilendiği ve mal kaybına yol açabileceği için büyük önem taşıyan yahut vekâlet vereni (temsil olunanı) ciddi biçimde risk altına sokabilecek işlemleri[87] (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 sayılabilip 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), Medenî 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 hukukî 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. **Tanrıver**, not 81'de age, s. 41 ve orada anılan **Şenocak**.

çimde, temsil olunan açısından en az BK. m. 388/III'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 etmekte[88], böylece bir kimseye genel vekâletname vermiş temsil olunanın birdenbire kendisini yüksek miktarda bir kefalet borcunun borçlusu olarak bulma dehşetini yaşamasına kayıtsız kalmaktadır. Gerçi öğretide, üçüncü görüş taraftarı 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 çalışmışlardır[89]. Bizce, kefalet gibi bir çok gerçek veya tüzel kişinin felâketine 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 bağlıdır[90].

44 BK. m. 388/III hükmünün özel yetki aradığı hallerde, bu sınırlama iyiniyetli üçüncü kişilere karşı da sonuç doğurur[91]. 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 uygulanmaz[92]. Örneğin, ticarî mümessil, taşınmaz devri ve taşınmaz üzerinde sınırlı aynî 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 yapabilir[93].

---

88) Örnek olarak bkz. Yarg. 11. HD., 1.10.1985, E. 4637, K. 4942 (**Karahasan**, 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 lege ferenda*, BK. 388/III'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**, Ticarî 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. 46

3. Konu Dışında Kalan Esaslara Göre Yetkinin Kapsamının Belli Edilmesi

Burada çok çeşitli ihtimaller karşımıza çıkabilir. Örneğin *kişi* açısından sınırlama getirilebileceği gibi ("Şu malı sadece Ü'ye satmak üzere yetki veriyorum" veya "Ü dışında herhangi bir kimseye kiraya vermek üzere yetkilendiriyorum"), belirli bir yer için geçerli olmak üzere yetki verilmesi yoluna da gidilebilir ("Ankara şubemizin tüm işlerini görmek üzere yetkilendirilmiş bulunuyorsunuz"). Yetkinin belirli bir *süre* ile sınırlı olarak verilmesine, yahut bir *şarta* bağlanmasına da bir engel yoktur[94]. Yetkinin birlikte kullanılmak üzere birden fazla kimseye verilmesi, temsilciye bir başkasını temsilci olarak yetkilendirme imkânının tanınması, temsilcinin kendi kendisi ile veya iki tarafı temsilen işlem yapmasına izin verilmesi gibi haller de buraya girer. Son sayılan örnekleri aşağıda ayrı ayrı ele alıp inceliyoruz. 47

VI. Birlikte Temsil Yetkisi ve Alt Temsil Yetkisi

1. Birlikte Temsil Yetkisi

a. Genel Olarak

Temsil olunan, bir tek kişiye temsil yetkisi verebileceği gibi ("tek başına temsil"), birden fazla kişiyi de temsilci olarak tayin edebilir ("birlikte temsil"). Dikkat edilmesi gereken nokta şudur: Birlikte temsilden söz edebilmek için, birden fazla temsilcinin *aynı iş* için veya *aynı konularda işlem yapmak üzere* yetkilendirilmiş olması şarttır[95]. Örneğin, bir kimse T_1'i kiraları toplamak, T_2'yi taşınmazlarını satmak üzere yetkilendirmişse, birlikte temsilden bahsedilemez. Bu örnekte iki ayrı tek başına temsil vardır. Buna karşı, taşınmazları satmak üzere T_1 ve T_2 yetkilendirildiği vakit, her iki temsilci de aynı konuda yetkilendirildiği için, birlikte temsil olgusu gerçekleşmiştir. 48

b. Çeşitleri

Birlikte temsil iki biçimde karşımıza çıkabilir:

aa. Müteselsil (Dayanışmalı, Zincirleme) Temsil

Bu ihtimalde, temsilcilerden her biri, tek başına işlem yapmaya yetkili- 49

94) Bkz. **Zäch**, Art. 33, N. 110 vd.; **Eren**, s. 401.
95) **Zäch**, Art. 33, N. 62.

dir. Örneğin, T_1 ve T_2 taşınmaz satışı için müteselsil olarak yetkilendirilmişse, sadece T_1'in veya sadece T_2'nin temsil olunan A adına yaptığı işlem sonucu, A borç ilişkisinin tarafı olur.

bb. Elbirliğiyle (Ortaklaşa) Temsil

50 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 âdi yazılı şekilde yapılan bir sözleşmede son imzanın da tamamlanmasıyla) işlem, temsil olunan açısından hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar[96]. Öğretiye göre, bu rıza, yapılan işlemi ve içeriğini öğrendikten sonra, diğer temsilcilere veya üçüncü kişilere yöneltilecek bir icazet şeklinde de verilebilir[97]. 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 olmaz[98].

Bütün bu açıklamalar geçerliliği *resmî şekle* tâbi işlemler söz konusu olduğu zaman değerini kaybeder. Bu gibi işlemlerde, elbirliğiyle (ortaklaşa) temsil yetkisine sahip temsilcilerin hep birlikte resmî memur önünde hazır bulunmaları ve düzenlenecek resmî senedi imzalamaları gerekir[99].

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, T_1, T_2, T_3, T_4 ve T_5'den ikisinin, örneğin T_1 ve T_3'ün imzaladığı bir sözleşme geçerlidir[100].

---

96) **Zäch**, Art. 33, N. 70; **v. Tuhr/Peter**, § 42, X, s. 375.

97) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1431.

98) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1432; **Bucher**, AT, s. 636-637; **v. Tuhr/Peter**, § 42, X, s. 375-376; **Zäch**, Art. 33, N. 70.

99) Bu açıklıkla ifade edilmemiş olmasına rağmen, **Bucher** (AT, s. 637, not 131) ve (şekil hükümlerine ortaklaşa temsil yetkisine sahip tüm temsilcilerin uyması gerektiğini bildiren) **Zäch** (Art. 33, N. 70) tarafından yapılan açıklamalar ister istemez metinde belirtilen sonuca götürür.

100) **Zäch**, Art. 33, N. 64; **v. Büren**, s. 155; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1429. İsviçre Hukuku uygulamasında bu tip ("ikili") elbirliğiyle temsilin esas alındığı anlaşılıyor.

Ne vakit müteselsil, ne vakit (en ağır veya yumuşatılmış şekliyle) elbirliğiyle (ortaklaşa) temsil var sayılacaktır? Bu sorunun cevabını verebilmek için, temsil olunanın yetki vermeye yönelik beyanının incelenip yorumlanması gerekir. Yaygın olan bir düşünceye göre, temsil olunanın temsilcilerden her birine sadece onun adını taşıyan ayrı bir yetki belgesi vermesi 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 vekâlet ilişkisi ise, BK. m. 395/II uyarınca, aksi kanıtlanmadıkça, elbirliğiyle (ortaklaşa) temsil lehine bir karinenin varlığı kabul edilmek gerekir[102]. Öğretide, BK. m. 395/II'de öngörülen birlikte hareket etme karinesinin sadece vekâlet vereni (temsil olunanı) *borç altına sokacak işlemler* bakımından geçerli olduğu, buna karşı, vekâlet vereni (temsil olunanı) *korumak* üzere yapılacak işlemlerde, vekâlet sözleşmesine dayalı olarak yetkilendirilmiş temsilcilerden her birinin tek başına hareket edebileceği belirtilmektedir[103]. Nitekim HUMK. m. 64 uyarınca, birden fazla avukata vekâlet verildiği vakit, bu avukatlardan her biri vekâlet vereni temsil yetkisini yalnız başına kullanabilir. Birden fazla avukatın davayı takip konusunda yetkilendirilmesi, ister başlangıçta, ister sonradan (birinci avukatın rızası alınarak) gerçekleşsin, sonuç değişmez[104]. 51

Birden fazla temsilci arasında, sırf vekâlet konusu olan işi görmek üzere, bir âdi şirket ilişkisinin oluştuğu durumlarda[105] 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 âdi şirket hükümlerine mi üstünlük tanınacaktır? Tartışmalı olan bu konuda, biz, temsil olunanı koruyucu BK. m. 395/II hükmünü üstün tutan görüşe katılıyoruz[106]. 52

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) hukukî sonuç doğurur[107]. Bunun 53

101) **v. Tuhr/Peter**, § 42, X, s. 375; **Zäch**, 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. 11c; **Tandoğan**, II, s. 573; **Fellmann**, Art. 403, N. 172.
104) **Kuru**, cilt II, s. 1306.
105) Bkz. **Fellmann**, Art. 403, N. 137; **Tandoğan**, II, 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" açısından[108], elbirliğiyle temsilcilerden sadece bir tanesi tarafından öğrenilen bir olgu, temsil olunanca da biliniyor sayılır[109].

2. Alt Temsil Yetkisi

54 Temsilci, ilke olarak, temsil olunanı bizzat temsil etmelidir, zira, temsil yetkisi ona kişiliğine duyulan güven sonucu verilmiştir. Bununla birlikte, vekâlet hükümleri arasında yer alan ve yerine göre kıyas yolu ile uygulama alanı bulabilecek BK. m. 390/III'de öngörülen hallerde (temsil olunan onu bu konuda yetkili kılmışsa veya durumun gereği buna mecbur kalınmışsa yahut bu yolda bir âdet varsa), temsilci T_1, bir başkasına T_2 temsil yetkisi verebilir, yani bir alt temsilci tayin edebilir[110]. 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 edilemez[111].

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.

a. Gerçek Alt Temsil

55 Bu ihtimalde, temsil olunan A'nın temsilcisi olan T_1, sahip olduğu temsil yetkisine dayanarak T_2'yi, A adına ve A'yı doğrudan doğruya temsil etmek üzere alt temsilci olarak yetkilendirmiştir. Görüldüğü gibi, *alt temsilci T_2, kendisini yetkilendiren T_1'in değil, doğrudan doğruya temsil olunan A'nın temsilcisidir.* Onun, A adına yapacağı hukukî işlemler sonucu T_1 değil, fakat A alacaklı borçlu sıfatlarını elde edecektir[112]. Alt temsilciye verilen yetkinin kapsamı, yetkilendirme işlemini gerçekleştiren asıl temsilci

---

108) Bu kavram için bkz. yukarıda § 45, N. 5.

109) **Zäch**, Art. 33, N. 68.

110) 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. **Zäch**, Art. 33, N. 72).

111) **Zäch**, 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; **Zäch**, Art. 33, N. 71; Yarg. HGK, 13.12.1974, E. 973/T-523, K. 102, **Özkaya**, not 81'de age, s. 525. Kural olarak, alt temsilci (T_2)'yi yetkilendiren asıl temsilci (T_1)'in temsil yetkisi bu yetkilendirme dolayısıyla son bulmaz. Meğer ki, (T_1) sadece bir alt temsilci bulup ona yetki vermek için yetkilendirilmiş bulunsun. Bu ihtimalde, (T_2)'nin yetkilendirilmesi ile birlikte (T_1)'in yetkisi sona erer (**Larenz/Wolf**, § 47, N. 40; **Medicus**, AT, N. 950).

T_1'in beyanına göre belli edilecektir. Hiç kuşkusuz, T_1, alt temsilci T_2 lehine, kendi temsil yetkisinin sınırlarını aşan bir yetkilendirme yapmak imkânından yoksundur. Örneğin, belirli bir malı en fazla 1000 üzerinden satın alması için yetkilendirilen T_1, T_2'ye aynı malı dilediği fiyatla satın alması için yetki veremez. Buna karşı, T_1, T_2'ye verdiği alt temsil yetkisinin kapsamını kendi yetkisine nazaran daha dar tutmuş olabilir[113]. Şurasını ekleyelim ki, temsil olunan A, dilerse asıl temsilci T_1'e, kendi yetkisinden daha geniş kapsamlı bir yetki ile donatılmış bir alt temsilci tayin etme kudretini tanıyabilir[114]. Gerçekten, T_1'i temsilci olarak yetkilendirdikten sonra, aynı konuda daha geniş kapsamlı bir yetkiye sahip olacak bir başka temsilciye doğrudan doğruya yetki vermek imkânını muhafaza eden A'nın, bu yetkilendirmeyi temsilcisi T_1'in aracılığı ile gerçekleştirmesine bir engel düşünülemez. Bütün bu açıklamaların ışığında, örneğin A'nın T_1'i belirli bir konuda bir yıl için yetkilendirmesi üzerine, T_1'in aynı konuda alt temsilci T_2'yi beş yıl için veya süresiz yetkilendirmesi mümkün olmayacak; fakat A, bir yıl sonra çalışma hayatından çekileceğini bildiren T_1'e kendi yetki süresini aşan bir süre için alt temsilci tayin etme imkânını tanıdığı vakit, buna bir engel görülemeyecektir.

T_1'in temsil yetkisi, kendisinin ölümü, fiil ehliyetini kaybetmesi veya yetkisinin temsil olunan A tarafından geri alınması gibi sebeplerle son bulduğu takdirde, ilke olarak, T_2'nin temsil yetkisi ortadan kalkmaz. Zira, T_1 kendi yetkisi kapsamında T_2'yi yetkilendirince, T_2, A'nın temsilcisi olmuştur ve onun bu yetkisinin varlığını sürdürmesi kendisini yetkilendiren T_1'in yetkisinin devam etmesine bağlı değildir. Şu var ki, T_2'ye alt temsil yetkisi, asıl temsilci T_1'in temsil yetkisi devam ettiği sürece yürürlükte kalmak üzere verilmişse, T_1'in yetkisinin sona ermesi, T_2'nin de yetkisinin düşmesine yol açar[115]. 56

Acaba T_1 belirli bir süre ile sınırlı olarak yetkilendirildiği zaman, bu sürenin dolması üzerine onun arada yetkilendirdiği alt temsilci T_2'nin de yetkisi sona erer mi? Bu konuda bir ayrım yapılmalıdır: 57

— Gerek T_1 gerekse T_2 "aynı konuda" (örneğin belirli bir malı satmak üzere) yetkilendirilmişlerse bu soru anlamsızdır. Çünkü, yukarıda açıkladığımız gibi, T_1 temsil olunan A tarafından ayrıca izin verilmiş bulunmadıkça, kendi süresini aşan bir süre için alt temsilci tayin edemez. O, bu yola gittiği takdirde T_2'nin temsil yetkisi, T_1'in süresini aşan bölüm için zaten kısmî butlan (BK. m. 20/II) 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) **Zäch**, 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; **Zäch**, Art. 33, N. 73. –Başka türlü: **Becker**, Art. 35, N. 3.

— T_1 ve T_2'nin yetkileri "farklı konulara" ilişkin bulunuyorsa durum bu kadar basit olmayıp ayrıca incelenmesi gerekir. Örneğin, A şirketinin genel temsilcisi T_1, şirket lehine veya aleyhine açılacak davalarda şirketi temsil etmesi için yetkisi dahilinde bir avukata T_2 yetki vermişse, T_1'in bir ay sonra görev süresini tamamlayıp genel temsilcilikten ayrılması, bir ay önce yetkilendirilmiş avukat T_2'nin şirketi temsil yetkisini sona erdirmez. Bu örnekte, genel temsilci T_1 ve avukat T_2'nin yetkilerinin farklı konulara ilişkin olduğu açıkça görülmektedir. Herhangi bir şekilde avukat sıfatını taşımasına, hatta hukuk öğrenimi görmüş bulunmasına gerek bulunmayan T_1, şirketi mahkemeler ve hakem heyetleri önünde temsil edecek bir avukat bulup ona bu konuda yetki verecek, avukat T_2 ise T_1'in bizzat yapması söz konusu olmayan bir işi yapacak ve şirketle ilgili davaları yargı mercileri önünde takip edip sonuçlandıracaktır. Bu durumda, avukat T_2'nin, T_1'in yetkili olduğu süre içinde yetkilendirilmesi yeterlidir ve T_1'in süresi dolup genel temsilcilikten ayrılması hiçbir şekilde yetki konusu farklı olan avukat T_2'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 T_1'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 T_2'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 T_1'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 vekâletnameye 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 T_2'nin temsil yetkisi, temsil olunan A tarafından geri alınabileceği gibi, üstün tuttuğumuz görüşe göre, T_1'in yetki belgesinde bu konuda tersine bir açıklık olmayan hallerde, temsil yetkisi devam eden T_1 tarafından da geri alınabilir[116].

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 T_1, T_2'yi temsilci olarak yetkilendirirken, bunu temsil olunan A adına değil, fakat doğrudan doğruya *kendi adına* yapmıştır. Bir başka anlatımla, T_2, gerçek alt temsilden farklı olarak, A'nın değil, fakat T_1'in temsilcisidir. Bunun sonucu olarak, T_2, üçüncü kişi Ü ile sözleşmeyi T_1 adına yapmıştır. Bu durumda sözleşmenin hüküm ve sonuçlarının A'ya değil, sadece temsil olunan konumundaki T_1'e ait olması gerekirken, bu görüş taraftarlarına göre, durum

116) Bu konuda bkz. **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1450; **Medicus**, AT, N. 950; **Zäch**, Art. 33, N. 73; **Eren**, s. 402.

farklıdır. Zira, T_1 de A'nın temsilcisi olduğuna göre, T_2 ile Ü arasında yapılan sözleşmenin hüküm ve sonuçları bir an (mantıksal bir saniye için) bir "geçiş istasyonu" rolünü üstlenen T_1'e ait olmakla birlikte, hemen arkasından otomatik olarak A'ya geçecek ve sonuçta, dolaylı biçimde de olsa, T_2'nin T_1 adına yaptığı işlemden doğan hak ve borçlar yine kendiliğinden A'ya, yoksa T_1'e değil, ait sayılacaktır.

Alman öğretisinde *Flume*[117] tarafından bir çeşit mistisizm (gizemcilik) olarak nitelenip eleştirilen bu görüş, günümüzde çoğunluk tarafından yerinde olarak reddedilmektedir[118]. T_2, T_1'in temsilcisi olmuşsa, T_2'nin T_1 adına yaptığı işlemin sonuçları T_1'e ait olur. Bunların A'ya geçebilmesi için T_1 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, hukukî 60
işlemlerin geçerliliği bir şekle uyulmasına bağlı değildir. Kanunda, temsil yetkisinin verilmesini şekle bağlayan bir hüküm yer almadığına göre, temsilcinin bu yetkiye dayanarak yapacağı işlem bir geçerlilik şekline bağlı olsa bile, yetki verme işlemi, (ispat yönünden HUMK. m. 288 hükmü saklı kalmak üzere) herhangi bir şekle uymaksızın gerçekleştirilebilir. O halde, örneğin bir taşınmaz satışı veya satış vaadi, yahut kefalet sözleşmesi yapılması için bir temsilciye temsil yetkisi verilmesi, bu işlemlerden ilk ikisi resmî, üçüncüsü nitelikli bir yazılı şekle tâbi 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 öğreti ve uygulamasında hâkim olan görüş bu olduğu gibi[119], İsviçre Hukukunda Federal Mahkeme[120] de, eski öğreti ile birlikte[121] 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-

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. **Zäch**, Art. 33, N. 76; **v. Tuhr/Peter**, § 42, IX, s. 374 ve not 102a.

119) Örnek olarak bkz. Karahasan, 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.I.150; 99.II.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 sürmektedir[122].

61 Sözünü ettiğimiz görüş ayrılığının uygulamada en fazla önem taşıyan örneklerinden birisi, taşınmazlara ilişkin olarak tapu sicili müdürlüğü önünde resmî şekle bağlanması zorunlu tutulmuş işlemlerdir. Tapu Sicili Tüzüğü m. 13/IV hükmüne göre yazılı istem (talep) "vekâleten yapılmışsa, vekilden Noterlik Kanununa göre düzenlenmiş ve istem konusu işleri yapmaya yetkili olduğunu içerir vekâletname istenir". Oysa, Noterlik K. m. 89 uyarınca, aralarında "tapuda işlem yapılmasını gerektiren sözleşme ve vekâletnamelerin" de bulunduğu bazı işlemler, onaylama (imza tasdiki) yoluyla yapılamaz, bunların mutlaka noterlerce "düzenleme" şeklinde yapılması zorunludur. Hâkim ve isabetli olan görüşe göre, Noterlik K. m. 89 bir geçerlilik şartı getirmiş değildir[123]. Şu halde, taşınmazının satılması için T'ye temsil yetkisi veren A, yetkilendirme işlemini (vekâletnameyi) mutlaka noter önünde resmî şekilde düzenlettirecek ve T, tapu sicili müdürlüğünde temsilci sıfatını tevsik etmek (kanıtlamak) üzere bu resmî yetki belgesini (vekâletnameyi) ibraz etmek zorunda kalacaktır. Böylece, tapuda resmî şekilde yapılacak taşınmaz satışı için, sırf temsilcinin bu sıfatını ispat etmesine yönelik de olsa, noterde resmî şekilde bir yetki belgesi düzenlenmesi zorunluluğu ortaya çıkmakta ve temsil olunan, dolaylı biçimde de olsa, resmî şeklin koruyucu etkisinden yararlanmak imkânını elde etmektedir.

---

122) **Koller**, I, N. 1402; **Keller/Schöbi**, s. 81; **Watter**, Basler Komm., Art. 33, N. 14; **Zäch**, Art. 33, N. 57; **Künzle**, not 85'de age, s. 140-141 (Son iki 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 § 167/II'de yer alan açık hüküm gereği, temsilcinin yapacağı işlem kanun 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 durumlarda, BGB § 167 hükmünün sınırlanmasını, yani buna istisnalar tanınmasını kabul ediyorlar. Örneğin (İsviçre-Türk Hukuklarında mümkün olmayan biçimde) geri alınması imkânsız 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 tâbi 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 şekilde yapılması ve kefalet senedinde yer alması zorunlu tüm 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 tüm 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. 493/VI uyarınca kefalet sözleşmesi yapılması için verilen özel yetkinin kefalet için öngörülen şekil şartlarına uyması gerekiyor.

123) Örnek olarak bkz. **Karahasan**, TBH, GH, cilt 1 (2003), s. 380 ve not 326; Yargıtay İçtihadı 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 yetkisi vermiştir. T bu malı bizzat kendisi için satın almaya karar verirse, bu satış işlemi için bir yandan satıcı A adına temsilci sıfatıyla, diğer yandan da alıcı olarak kendi adına beyanda bulunarak sözleşmeyi kurabilecektir. Kural olarak, bir sözleşmede iki tarafın karşılıklı irade beyanı gerekli olduğu halde, bu ihtimalde, temsilcinin "kendi kendisiyle" işlem yapması söz konusudur, yani sözleşme "tek bir kişi" tarafından kurulmaktadır. 62

İkinci bir ihtimal şudur: Hem A_1, hem de A_2 temsilci olarak aynı kişiyi T'yi yetkilendirmiştir. Bu durumda A_1'in evini A_2'ye kiralamak için, T, hem A_1 hem de A_2 adına temsilci sıfatıyla beyanda bulunmakla yetinebilecektir. Burada T, "her iki tarafın temsilcisi" olarak karşımıza çıkmakta ve sözleşme yine "tek bir kişinin" iki taraf adına yaptığı irade beyanları ile meydana gelmektedir.

Her iki ihtimalde de, sözleşme, normal durumdan ayrılarak karşılıklı irade beyanında bulunan iki kişi bulunmaksızın "tek bir kişi" tarafından kurulduğundan, temsil olunan büyük bir tehlike altındadır. Zira, karşılıklı çıkarların her ikisinin korunması da tek bir kişiye, temsilciye emanet edilmiş bulunmaktadır. 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 edecektir[124]. 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 verilmemiştir[125]: 63

124) **Larenz/Wolf**, § 46, N. 125.

125) Özellikle bkz. **Schott**, Insichgeschäft und Interessenkonflikt, Zürich 2002, s. 30 vd., 46; **Fehlmann**, Art. 398, N. 106; BGE 127.III.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" suretiyle sözleşme yapabilmesi için izin vermiş olmasıdır. Bu izin, gerçekte, temsilciye bu konulara ilişkin olarak ek bir temsil yetkisi verilmesi yani onun yetkisinin genişletilmesi anlamını taşır[126] ve varması gerekli açık bir irade beyanı ile gerçekleşebileceği gibi, yerine göre güven ilkesine göre değerlendirilecek örtülü (zımnî) bir beyan da yetebilir[127].

İznin kapsamı değişik biçimlerde karşımıza çıkabilir. Belirli bir tek işleme yahut belirli bir türe dahil olan veya olmayan tüm işlemlere ilişkin olarak izin verilmesi mümkündür. Bunun gibi, sadece temsilcinin kendi kendisiyle işlem yapmasına veya sadece onun iki tarafı temsil etmesine izin verilmiş de olabilir. Geniş kapsamlı bir yetkiye sahip temsilcinin bu yetkisini, kendi kendisiyle veya iki tarafı temsilen işlem yapacağı zaman daha dar sınırlar içinde kullanabilmesi de öngörülmüş olabilir[128].

— *İkinci istisna*, yapılan işlemin niteliği gözönünde tutularak, temsilcinin kendi kendisiyle yahut iki tarafı temsilen işlem yapmasında temsil olunan açısından bir zarar görme tehlikesinin bulunmamasıdır. Bu konuda öğretide en sık verilen örneklerden birisi, temsilci tarafından satılacak veya satın 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 olamaz[129]. Bu görüşe kayıtsız şartsız katılmak mümkün değildir. Varılan sonuç ancak piyasa fiyatlarının istikrarlı olduğu, yani oynaklık arz etmediği durumlarda kabul edilebilir[130]. 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, kanun 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 katılmıyor ve etraflı bir tartışmaya girmeksizin, sadece mâlî 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, Bern 1940, s. 60; **Zäch**, Art. 33, N. 81, 90.

128) **Schott**, not 125'de age, s. 174; **Zäch**, Art. 33, N. 81.

129) **Watter**, Basler Komm., Art. 33, N. 19; **Zäch**, 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 imkânı 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 varılabilir[131].

Öğretide çok defa aranan bir başka şart ise, karşılıklı ifanın hemen gerçekleşeceği veya ödemenin derhal (peşin olarak) yapılacağı bir işlemin bulunmasıdır[131a]. Biz, bu konuda, katı bir kural koymaksızın meselenin çözümünü olayın özelliklerine göre belirlemeyi daha isabetli sayıyoruz[131b].

Yukarıda yazılı iki istisnadan birisi bulunmaksızın yapılan işlemler, 64
temsilcinin yetkisi bulunmaksızın yaptığı işlemlerdir. Bunlar hakkında Borçlar Kanununun yetkisiz temsile ilişkin hükümleri uygulanır (BK. m. 38-39). Şu halde, askıda hükümsüz olan işlem, temsil olunanın icazet vermesi halinde yapıldığı andan itibaren geçerlilik kazanır[132].

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 yatmaktadır. 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 ("şeklî" değil "maddî" 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 yapıyor, yani bu yoldan A, temsilci T'nin bankaya karşı borcu için, T'nin kefili durumuna sokuluyor. (Uygulamamızda kefalet için özel yetki şartı aranmadığından, bu örnekte temsilciye açıkça kefil olma yetkisi tanınmış olabileceği gibi, onun eline sadece genel bir vekâletname verilmiş olması da yeterlidir). İsviçre Hukukunda, Borçlar Hukuku yazarlarının büyük bir bölümü, bu ihtimalde A ile T arasındaki çıkar çatışması dolayısı ile, "kendi kendisiyle işlem yapma" yasağına ilişkin ilkeyi (temsilcinin tek başına her iki 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 varıyor[133]. Biz Alman öğretisi ve mah-

131) **Schott**, not 125'de age, s. 131 vd., özellikle s. 137. Öğretide, ayrıca temsilci tarafından yapılacak sözleşmenin tüm şartlarının önceden temsil olunan tarafından kesin biçimde tespit edilmiş olması halinde, ikinci istisnanın geçerli olabileceğine işaret edilmiştir (**Engel**, s. 414).

131a) **Guhl/Koller**, § 18, N. 15; **Schott**, not 125'de age, s. 134; **Eren**, 9. bası, s. 405.

131b) Ayrıca bkz. **Zäch**, Art. 33, N. 85.

132) **Zäch**, 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 gerekir (**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.

keme kararlarında hâkim olan görüş ile birlikte bu düşünceye katılmıyoruz[134]. Sözleşmenin tek başına temsilci tarafından kurulmadığı bu gibi durumlarda, inceleme konusu yaptığımız yasak hükmü değil, fakat kaynağını MK. m. 2/II'de bulan "temsil yetkisinin kötüye kullanılmasına" ilişkin hükümler uygulanır[135]. Bir an için, özel bir yetkisi olmadığı halde, kendi kendisi ile yahut her iki tarafı temsilen işlem yapan temsilcinin bu davranışının da bir çeşit yetkinin kötüye kullanılması olarak nitelenebileceği düşünülse bile, gerçek anlamı ile yetkinin kötüye kullanılması ve inceleme konusu yasak halleri arasında, aşağıda değindiğimiz önemli farklar vardır[136]:

— Temsil yetkisinin kötüye kullanılması olarak nitelenen hallerde, temsilci, temel (iç) ilişkiden doğan yükümlülüklerini çiğneyerek temsil olunanın çıkarlarına ters düşen bir işlemi üçüncü bir kişi ile yapmaktadır. Oysa, incelemekte olduğumuz "kendi kendisi ile" veya "her iki tarafı temsilen" işlem yapma hallerinde, sözleşmenin kurulması aşamasında, bir "üçüncü kişi" yoktur. Sözleşmenin her iki tarafı için de "tek bir kişi" (temsilci) irade beyanında bulunmaktadır.

— Temsil yetkisinin kötüye kullanılması halinde, "temsil olunanın" çıkarları açısından yapılan işlemi geçersiz saymak gerekir. Buna karşı, temsilcinin yetkisini kötüye kullanarak işlem yaptığı "üçüncü kişi", temsil yetkisinin varlığına haklı olarak güvenmişse, onun da, bu defa işlemin geçerli sayılmasında korunmaya değer çıkarı vardır. Bu iki zıt çıkar arasında bir denge kurmak için, bu konuda şu çözüm kabul edilmektedir: İlke olarak, temsilcinin yetkisini kötüye kullanmak suretiyle üçüncü kişiyle yaptığı işlem geçerlidir. Böylece, yetkinin kötüye kullanıldığını bilmeyen ve bilebilecek durumda olmayan üçüncü kişinin çıkarları korunmuş olmaktadır. Buna karşı, temsilci ile üçüncü kişi temsil olunanın aleyhine bir işlem yapmak hususunda anlaşmışlarsa (hileli anlaşma) veya böyle bir anlaşma bulunmasa bile üçüncü kişi kötüniyetli ise (yani temsil yetkisinin kötüye kullanıldığını bildiği veya bilmesi gerektiği anlaşılıyorsa) işlem sadece bu iki istisnadan birinin gerçekleştiği durumlarda geçersiz sayılacak ve bu defa temsil olunanın çıkarlarının korunmasına üstünlük tanınacaktır. Oysa, "kendi kendisiyle" veya "her iki tarafı temsilen" işlem yapılması hallerinde, sadece "temsil olunanın" çıkarlarının korunması söz konusudur, esasen bu tip olaylarda iyiniyeti korunacak bir "üçüncü kişi" mevcut değildir. Bunun sonucu olarak, yetkinin kötüye kullanıldığı hallerden farklı olarak, yapılan işlem ilke olarak geçersizdir. İstisna olarak, temsil olunanın rızası varsa veya onun için zarar görme tehlikesi mevcut değilse, işlem geçerli olur.

— Temsil yetkisinin kötüye kullanıldığını ileri süren kişi (temsil olunan), somut

---

129-130; **Bucher**, AT, s. 639; **Zäch**, Art. 33, N. 78. Anılan son yazar, temsilcinin kendi yararına yaptığı kefalet sözleşmesi örneğinden söz açmıyor, fakat verdiği diğer örnekler arasında temsilcinin, kendi borcu için temsil olunanın bir malını rehnetmesi örneği yer alıyor. Aksi görüşte: **Schott**, not 125'de age, s. 93 vd.; **Zobl**, Probleme der organschaftlichen Vertretungsmacht, ZBJV 125 (1989), s. 304 vd.; –Şurasını ekleyelim ki, **Schott** (s. 90), kıyas yolu ile uygulamanın, İsviçre Ticaret Hukuku literatürü tarafından da reddedildiğine işaret ediyor.

134) Bkz. **Larenz/Wolf**, § 46, N. 141; **Jauernig**, § 181, N. 8; **Medicus,** AT, N. 963; **Flume**, § 48, 5, s. 819. Ayrıca bkz. **Bucher**, AT, s. 639, not 141.

135) Bu kavramın incelenmesi için bkz. aşağıda § 50.

136) Bu açıklamalar için bkz. **Schott**, not 125'de age, s. 40, 48, 92; BGE 126.III.361. Şu noktayı gözden kaçırmamak gerekir ki, uygulanacak yaptırım bakımından "temsilcinin sözleşmenin her iki tarafı için de beyanda bulunması" ile, "temsil yetkisinin kötüye kullanılması" arasında fark yoktur. Zira, bu ikinci halde de sonuçta, MK. m. 2/II aracılığı ile yetkisiz temsile ilişkin BK. m. 38 hükmü uygulama alanı bulur (Bkz. aşağıda § 50, N. 7 vd.- Farklı: **Schott**, s. 93).

olayda, temsilcinin temel (iç) ilişkiden doğan sadakat borcunu çiğneyerek temsil olunan aleyhine hareket ettiğini ispat etmek zorundadır. Oysa, temsilcinin kendi kendisiyle veya iki tarafı temsilen işlem yaptığı durumlarda, geçersizlik iddiasında bulunan tarafın, somut olayda temsil olunanın çıkarlarına ters düşen biçimde hareket edilmiş olduğunu ispat etmesi gerekmez. Asıl olan, temsilcinin bu tip işlemlerinin her zaman geçersiz sayılmasıdır[137]. Ancak, temsil olunanın bu tip işlemlere izin verdiği veya somut olayda onun için bir zarar görme tehlikesinin bulunmadığı ileri sürülüyorsa, bu noktalara dayanan taraf iddiasını ispat yükü altındadır.

66 İncelediğimiz yasak hükmünü bertaraf etmek için bazı işlemler yapıldığı, örneğin, temsil olunan A'nın bir malını kendisi için satın almak isteyen temsilci T_1, vekâletnamesindeki yetkiyi kullanarak T_2'yi A'nın alt temsilci olarak yetkilendirdiği ve böylece satış sözleşmesi kendi adına beyanda bulunan T ile A adına beyanda bulunan T_2 arasında kurulduğu vakit, Alman Hukukunda hâkim olan görüş, kendi kendisiyle işlem yapma yasağına ilişkin BGB § 181 hükmünün kıyas yolu ile bu gibi hallerde de uygulanabileceğini kabul etmektedir[138]. Aynı çözüm Türk Hukuku için de geçerlidir.

67 Temsilcinin kendi kendisiyle veya her iki tarafı temsilen işlem yapmasına ilişkin yasak kuralı, ilke olarak, tüzel kişilerin temsil organlarına da kıyas yolu ile uygulanır[139].

§ 47. Doğrudan Doğruya Temsilin Hukukî Sonuçlarının Gerçekleşmesi İçin Aranan Şartlar

1 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

2 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

3 Bir kimse bir hukukî işlem yaptığı zaman, o, bu noktayı açıkça belirtmese bile, asıl olan onun "kendi 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 Komm., Art. 33, N. 19; **Schott**, not 125'de age, s. 76 vd.

139) **Zäch**, 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 hukukî sonuçları doğrudan doğruya kendisine 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 yaptığı işlem sonucu, hukukî ilişkinin 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 gerekir[1]. Buna "açığa vurma" veya Türk öğretisinde genellikle benimsenen deyim ile "açıklama ilkesi" denir[2]. 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 başka anlatımla sözleşme ilişkisinin karşı tarafında kimin yer aldığını bilmek istemekte haklıdır. Açıklama ilkesi sayesinde, onun, yaptığı işlemin hüküm ve sonuçlarının kendisi ile işlem yapan temsilci T'ye değil, temsil olunan A'ya ait olacağını öğrenmesi sağlanmaktadır[3].

4 Doğrudan doğruya temsilde ilke olarak, temsilcinin üçüncü kişi ile yaptığı işlem sonucu temsil olunan alacaklı ve borçlu sıfatlarını kazandığı için işlem hem onun "adına" hem de onun "hesabına" yapılmış olur. Bir hukukî işlemin bir başkası "hesabına" yapılması demek, o işlemden doğacak bir yandan "yararların ve hakların", diğer yandan ise "risklerin ve yükümlülüklerin" hesabına hareket edilen kişiye ait olması demektir[4]. Dolaylı temsil hallerinde, doğrudan doğruya temsil yetkisi bulunmayan bir vekil, "kendi adına", fakat "başkası (vekâlet veren) hesabına" hareket eder. O, kendi adına hareket ettiği için, yaptığı işlemden doğan tüm hukukî sonuçlar, ilk aşamada, vekâlet 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 vekâlet verene devredilmesi, yani işlemin sağladığı tüm yararlarla birlikte risk ve yükümlülüklerin de sonuçta vekâlet verene (dolaylı temsil olunana) geçirilmesi gerekir. Doğrudan doğruya (gerçek) temsilde, temsilci, temsil olunan adına hareket etmekle, daha baştan hem tüm hak ve çıkarların, hem de risk ve yükümlülüklerin (ikinci bir aşamaya gerek kalmadan) derhal temsil olunana

---

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 (**Zäch**, Art. 32, N. 54). Bunun tek istisnası, BK. m. 32/II çerçevesinde, işlemin temsilci veya temsil olunan ile yapılmış olmasının üçüncü kişi açısından farksız olmasıdır.

2) **Eren**, 9. bası, s. 390; **Esener**, Salâhiyete 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. "Açığa 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) **Bär**, s. 2; **Droin**, La représentation indirecte en droit suisse, Genève, 1956, s. 53-54.

ait olmasını sağlamıştır. Görülüyor ki, bu ihtimalde, başkası "adına" hareket, hiç değilse ilke olarak, başkası "hesabına" da hareket anlamını taşımaktadır. Ne var ki, öğretide, başkası adına işlem yapan temsilcinin ayrıca başkası hesabına hareket ettiğini de belirtmesine gerek bulunmadığına yerinde olarak işaret edilmiştir[5]. Gerek Borçlar Kanunumuz (m. 32/I) gerekse İsviçre BK m. 32/I ve BGB § 164/I, 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 kurması için yardım etmek isteyen A, ona verdiği bir temsil yetkisi ile Ü Bankasından kredi almasını sağlamıştır. Temsilci T'nin A adına Ü Bankası ile imzaladığı kredi sözleşmesinin tarafları hiç kuşkusuz A ile Ü'dür. Ne var ki, bu sözleşme A adına, fakat bizzat temsilci T hesabına yapılmış bir sözleşmedir. Bu sözleşmeye dayanılarak Banka'dan çekilecek para, A ile T arasındaki anlaşmaya göre tamamen T tarafından kullanılacak ve kredi 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 edilemiyeceği çok açıktır.

Öğretide ilk 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; **Karahasan**, TBH, GH, cilt 1 (2003), s. 371. –Alman, 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.; **Zäch**, 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 Medenî Hukuklarında Dolaylı Temsil, İstanbul 1983, s. 24, not 35), hâkim görüşün kendisini desteklediğini ileri sürmesi yanlış olduğu gibi, **von Tuhr** ve **Esener** gibi yazarları kendi görüşünün taraftarı 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[7]. 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 vekâleten 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 vekâlet vermektedir. Bu suretle yapılan intikalde arsa sahibi satıcı olarak gözükmekte 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 dayanılarak 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 taşır[9]. 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 yoktur[10].

Son olarak, şu noktayı ekleyelim ki, *Yavuz*'un, bu gibi durumlarda "başka (veya yanlış) ad altında hukukî işlem yapma"nın söz konusu olacağını ileri sürmesi de son derece isabetsiz bir düşüncedir. Aşağıda inceleyeceğimiz gibi[11], 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 "açık" 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 şıkkını seçen arsa sahibinin ortaya çıkacak hukukî sonuçlardan şikâyet etmeğe hakkı olamaz.

10) Bkz. yukarıda § 45, N. 3.

11) Bkz. aşağıda § 50, N. 19 vd.

çimde belirtmesi şart değildir. Borçlar Kanunu (m. 32/II, c. 2), üçüncü kişinin mevcut hal ve şartları değerlendirerek bunu anlayabilecek durumda olmasını yeterli görmüştür. Şu halde, "örtülü (zımnî)" bir açıklama da yeterlidir. Örneğin, bir banka gişesinde oturan kişinin bankayı temsilen hareket ettiğini ayrıca açıklamasına gerek yoktur[12]. Her halde kesin olan nokta şudur: Temsilcinin kendisi için mi, yoksa bir başkası adına mı hareket ettiğini anlamak için, onun dış dünyaya yansımamış "iç iradesi" esas alınmayacaktır. Burada da güven ilkesinden hareket edilecek ve karşı tarafın (üçüncü kişinin) kendisince bilinebilen bütün hal ve şartları dürüstlük kuralının (MK. m. 2/I) ışığında gereği gibi değerlendirerek, T'nin başkası adına hareket ettiği sonucuna varmakta haklı olduğu durumlarda, T gerçekte başkası adına hareket etme iradesini taşımasa bile, işlemin başkasını temsilen (başkası adına) yapıldığı kabul edilecektir[13,14].

Temsilcinin (örneğin bir âdi şirket ortağının) hem *kendisi*, hem de *başkaları* (bu örnekte diğer şirket ortakları) *adına* hareket ederek işlem yapması da mümkündür. Bu halde, gerek bizzat (yetkili) temsilci gerekse adına hareket edilen temsil olunanlar borç ilişkisinin tarafı olur. Buna karşı, diğerleri adına böyle bir işlemi yapmak için temsil yetkisi bulunmayan temsilcinin hem kendisi için hem de başkaları adına yaptığı işlem, sadece onun açısından geçerli, diğerleri (temsil olunanlar) bakımından ise yetkisiz temsil (BK. m. 38-39) hükümleri çerçevesinde askıda hükümsüz sayılır[15]. 7

Temsilci kendisini iyi ifade edememiş ve işlemi başkası adına yapmak istediği halde, güven ilkesine göre kendi adına hareket ettiği şeklinde anlaşılan bir beyanda bulunmuşsa, sözleşme ilişkisi üçüncü kişi ile temsilci arasında meydana gelir. Şu var ki, temsilcinin bu durumda beyan hatasına dayanarak sözleşmeyi iptal etmesi mümkündür[16]. 8

Temsilci, işlemi yaptığı tarihte henüz mevcut olmayan bir kişi (örneğin henüz kuruluş 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 9

12) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1331; **Eren**, 9. bası, s. 391.

13) BGE 120.II.197; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1335; **Zäch**, 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 halidir (BK. m. 32/II, c. 2). Bu halde, temsilcide fiilen temsil iradesinin bulunması aranmaktadır (Bkz. aşağıda N. 19 ve **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1335).

15) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1338a, 1437; **Koller**, I, N. 1384.

16) **Schwenzer**, N. 41.04; **Zäch**, Art. 32, N. 40; **Koller**, I, N. 1387 –Alman Hukukunda BGB § 164/II hükmü böyle bir iptale izin vermemektedir (**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 esası kabul edilmiştir. Ancak, anonim şirket kurulur 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 tutulur[17].

2. Açıklama İlkesinin İstisnası: İlgili İçin İşlem

10 Aşağıda incelenen iki halde, açıklama ilkesine istisna tanınmıştır. Bunlardan, kanunda düzenlenmemiş bulunan birincisinde sınırlı bir istisna söz konusudur. Borçlar Kanununda (m. 32/II, 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 adına hareket edilen başkasının kimliğini de açıklayacaktır. Şu halde, ilke olarak, "Ben bu hukukî işlemi başkası adına yapıyorum" demek yeterli olmayıp, "ben bu işlemi bay A adına yapıyorum" tarzında bir açıklama yapılması zorunludur.

Kanunda 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" denir[18]. Görüldüğü gibi, bu gibi durumlarda, T bir temsilci sıfatı ile hareket ettiğini bildirmiş, ancak kimin temsilcisi olduğunu açıklamamıştır. 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**, I, N. 1382, 1383, 1447; **Kutlu Sungurbey**, Yetkisiz Temsil, İstanbul 1988, s. 198 vd.; **Poroy/ 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. **Akünal**, Türk-İsviçre Borçlar Kanununda İlgili İçin İşlem Teorisi, İstanbul 1975, s. 11 vd.). –İlgili için "açık" ve "örtülü" işlemler ayrımı ile ilgili olarak bkz. **Larenz/Wolf**, § 46, N. 80, 83; **Köhler**, 28.A., § 11, N. 18, 21; **Jauernig**, § 164, N. 4-5; **Akünal**, 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 ilerde 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 bilmemektedir[19]. Şu halde, bu örnekte, belirsizlik ilgili herkes açısından geçerlidir. Hiç kuşkusuz, hiç kimseden bu konuda temsil yetkisi almamış T nin de, "nasıl olsa ilerde bana yetki verecek birisini bulurum" düşüncesi ile, kimliği daha sonra açıklanacak bir temsil olunan adına sözleşme yapmış olması da buraya girer. 13

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 imkân tanıyan sözleşmeler, Yüksek Mahkemenin fikrince ahlâka aykırı ve kesin hükümsüz sayılır[20].

— 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 maddî edimlere ilişkin" sözleşmelerin bu şekilde yapılabileceği, buna karşı vekâlet veya hizmet gibi sözleşmelerin bu yoldan kurulamayacağı sonucuna götürür[21]. İlgili için açık işlemlerin uygulama alanını, sağlam bir gerekçeye dayanmaksızın aşırı 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.I.397; BGE 84.II.21. Aynı yönde açıklamalar: **Esener**, not 2'de age, s. 109, 112-113, 114. Başka türlü: **Zäch**, Art. 32, N. 56.

21) Bu düşüncede: **Esener**, not 2'de age, s. 113.

— Resmî şekilde yapılması gereken bir sözleşmede (örneğin tapuda resmî 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 resmî senette belirtilmesi zorunludur[22]. Temsilci aracılığı ile düzenlenen ve resmî senede bağlanan bir sözleşmede, temsilci temsil olunanın kimliğini daha sonra açıklayacağını bildirmekle yetinmişse, işlem şekil yönünden geçersiz olur.

15 Bu engeli aşmak üzere, İsviçre öğretisinde şu görüş ortaya atılmıştır: Bu gibi durumlarda, temsilcinin temsil olunanın kimliğini açıklayan sonraki beyanı aynen sözleşmenin tâbi olduğu resmî şekilde yapılmak kaydı ile, her iki resmî senet bir arada şekil şartını gerçekleştirmiş sayılabilmelidir[23]. Bizce bu görüş yerinde değildir. Daha önce andığımız kanun ve tüzük hükümleri ile bağdaşmaması[24] bir yana, tüm resmî senetlerin düzenlenmesine hâkim olan "unitas actus" (işlemde birlik) kuralı da, bu görüş çerçevesinde çiğnenmektedir. Bu kural uyarınca, resmî senede ilişkin işlemlerin, hazır bulunması gereken bütün kişilerin huzurunda, ara vermeksizin ve bir bütün halinde yürütülüp tamamlanması şarttır[25]. Eleştirdiğimiz görüşte olduğu gibi, resmî 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 resmî senet ile "işlemde birlik" kuralının gerçekleşmesi mümkün olamaz.

16 Temsilci, temsil olunanın kimliğini hangi *süre* içinde açıklamalıdır? Onun bu konuda bir açıklama yapmaktan kaçınması halinde karşı taraf Ü 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 edilir[26].

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 (vekâletname) 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, vekâleten istemde bulunanlar, Noterlik Kanununa göre düzenlenmiş ve istem konusu işleri yapmaya yetkili olduklarını içerir vekâletname göstermek zorundadır. Aynı Tüzüğün 16. maddesine göre, "Akdi gerektiren işlemlerde resmî senet düzenlenir. Resmî senede tarafların kimlik bilgileri ve ikametgâh 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.II.332.

23) Bu düşüncede: **Zäch**, Art. 32, N. 125.

24) Bkz. not 22.

25) Bkz. yukarıda § 27, N. 8.

26) **Zäch**, Art. 32, N. 64.

ce, karşı taraf Ü ile temsilci T arasındaki ilişkide derhal geçerlilik kazandığı kabul edilmek gerekir.

Sözleşmede böyle bir düzenleme bulunmadığı takdirde veya bulunmadığı ölçüde aşağıdaki ilkeler uygulanır:

— Taraflarından birisi belli olmayan bir sözleşme kurulmuş sayılamayacağı için, sözleşmenin *varlığı* askıdadır. Durum bu açıdan, yetkisiz temsile (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 kazanacaktır[27].

— Temsilci ile karşı tarafın anlaştıkları andan itibaren bunlar, yani T ile Ü arasında, dürüstlük kuralı (MK. m. 2/I) gereği bir *güven ilişkisi* kurulmuş olup, bu ilişki sonucu temsilci T, Ü'ye karşı, sözleşmede bir süre öngörülmüşse bu süre içinde, aksi halde aşağıda ayrıca açıklayacağımız esaslar çerçevesinde temsil olunanın kimliğini bildirmek borcu altına girmiş sayılacaktır[28]. Yine sözü edilen güven ilişkisine hâkim 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 süremeyeceği 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 kolleksiyoncu 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) **Zäch**, Art. 32, N. 60. Ayrıca bkz. **Guggenheim**, s. 197.

betmeden" anlamına gelmek üzere) derhal itiraz etmek suretiyle bu bildirimi geçersiz kılabilir. Kendisine yapılan bildirimden sonra, vakit geçirmeden itiraz hakkını kullanmayan Ü ise, kimliği kendisine bildirilen kişiyi kabul etmiş sayılır[29].

— 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 öngörülmediği 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 gerekir[30]. Bu süre içinde bir belirleme yapılmadığı veya kimliği bildirilen kişi uygun olmadığı için derhal reddedildiği takdirde, sözleşmenin tamamlanması imkânı kalmaz ve temsilci, yine yetkisiz temsile ilişkin BK. m. 39 hükmü kıyas yolu ile uygulanarak karşı tarafa tazminat ödeme yükümlülüğü altına girer[31]. 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 gelebilir[32].

b. İlgili İçin Örtülü İşlem

18 Bu konuda kanunda açık hüküm vardır. Gerçekten BK. m. 32/II, c. 2

29) **Zäch**, Art. 32, N. 61.

30) Ayrıca bkz. **Zäch**, 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 mehlin sağladığı hukuk güvenliğinin yerini tutamaz.

31) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1332; **v. Tuhr/Peter**, § 45, III, s. 405; **Zäch**, 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 gerçekte temsilci sıfatı ile işlem yaptığını anlaması herhangi bir şekilde mümkün bulunmadığı zaman, "bunlardan biri veya diğeri ile akit icrası kendisince (yani "karşı tarafça") farksız bulunur ise", sözleşmeden 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 gerçek- 19
leşmesi gerekir:

— *Kendi adına işlem yapmış bulunan T, doğrudan doğruya temsil yetkisine sahip olmalıdır.* Bir zamanlar çok tartışılmış olmasına rağmen, bugün hâkim olan görüşe göre, dolaylı temsil halinde BK. m. 32/II, c. 2 hükmü uygulanmaz[33].

— *Temsilci, temsil ilişkisini hiç açıklamadan ve karşı tarafın bu ilişkiyi hal ve şartlardan anlaması imkânı bulunmadan, "kendi adına" hareket ettiği halde*, işlemi yaparken gerçekte "temsil olunan adına" hareket etmeyi istemiş, yani kendi *iç dünyasında kalan fiilî bir temsil iradesine sahip bulunmuş olmalıdır.* Federal Mahkemeye göre, ancak bu iç temsil iradesi tespit edilebildiği takdirdedir ki, üçüncü kişi açısından işlemi kiminle yaptığının farksız olması, temsil iradesinin "açıklama ilkesi" gereği açığa vurulmamış olmasının yerini tutar ve karşı taraf (üçüncü kişi) bir temsil ilişkisinin varlığından haberdar olmadığı halde temsilin hukukî sonuçları gerçekleşir[34].

— Sözleşmenin diğer tarafını oluşturan üçüncü *kişi açısından, karşı tarafın kimliği bir fark yaratmıyor olmalıdır.* Şu halde, o, kendi adına hareket eden T değil de, bir başka kişi karşısına çıksa idi, aynı sözleşmeyi onunla da yapardı sonucuna varmak mümkün bulunmalıdır. Burada bir problemle karşılaşıyoruz: Sözleşmenin gerçekte kiminle yapıldığının Ü açısından farksız olup olmadığı araştırılırken, sözü edilen farksızlık, *herkes* açısından mı, yoksa *sadece temsilci sıfatını bildirmeyen T ile, onun temsil ettiği A ile sınırlı olarak mı* incelenecektir? Federal Mahkeme, ikinci görüşü benimsenmiş 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) Özellikle bkz. **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1333; **Droin**, L'indifférence du tiers en matière de représentation, ZSR, N.F. 88 (1969), I, s. 458; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 189; **Akünal**, 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; **Guhl/Koller**, § 19, N. 21. Temsilci T ile 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 etmiştir[35].

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 sayılabilip 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 kimseyi 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 hükümdür[36]. 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 satışlardır[37]. Şu halde, hasta olduğu için evinden dışarı çıkamayan A, kendisini ziyarete gelen arkadaşı T'yi, eczaneden ilâç veya marketten gıda maddeleri almak üzere yetkilendirdiği ve T'nin, A adına hareket ettiğini bildirmeksizin Ü eczanesinden veya marketinden satın aldığı ilâçlar 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 fikrince, BK. m. 32/II, c. 2'nin uygulama alanı sadece karşılıklı borçların derhal ifa edildiği sözleşmelerle sınırlandırılamaz[38]. Herhalde, şekil kurallarının

35) Bkz. not 34'de anılan karar. Aynı yönde açıklamalar: **Schwenzer**, 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. **Schwenzer**, N. 41.05; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1333a; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 188.

38) Bkz. not 34'de anılan karar.

getirdiği engel aşılamayacağından, BK. m. 32/II, c. 2 hükmünün resmî şekle bağlı sözleşmelerde (örneğin bir taşınmaz satışı veya taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde) uygulanması söz konusu olamaz[39].

Federal Mahkemenin anlayışına uygun biçimde, taraflarca derhal ve karşılıklı olarak ifa edilmemiş olmasına rağmen, BK. m. 32/II, c. 2'nin kapsamına dahil sayılan bir sözleşmede, üçüncü kişi, bu sıfatını açıklamadan sözleşmeyi kendi adına kurmuş bulunan temsilciyi borcun ifası için dava ettiği vakit, temsilci BK. m. 32/II, 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 anlamını taşır[40].

§ 48. Temsil Yetkisinin Sona Ermesi

I. Genel Olarak

Borçlar Kanunu temsil yetkisinin sona ermesine ilişkin sebepleri iki ayrı maddede düzenlemiştir. Bunlardan birincisi, temsil yetkisinin temsil olunanca tamamen veya kısmen geri alınması üzerinde duran BK. m. 34 hükmüdür. Hemen arkadan gelen BK. m. 35 ise, sona erme sebepleri olarak, temsil olunan veya temsilciden birinin ölmesini, bunlar hakkında gaiplik kararı verilmesini, fiil ehliyetinin kaybını veya içlerinden birinin yahut her ikisinin iflâs etmesini, tüzel kişilerce veya tüzel kişilere verilen yetkilerde ise, tüzel kişiliğin son bulmasını göstermektedir. Görüldüğü gibi, kanun "temsil olunanın irade beyanıyla temsil yetkisinin geri alınması" ile "diğer son bulma sebepleri" arasında bir ayrım yapmıştır. Bu son gruba giren son bulma sebepleri için çok defa "kanun gereği gerçekleşen sebepler" de denmektedir. 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. 1

BK. m. 34 ve 35'e paralel hükümlere vekâlet sözleşmesinin son bulmasını düzenle- 2

39) Bkz. **Karahasan**, TBH, GH, c. 1 (2003), s. 375; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 168; **Akünal**, not 18'de age, s. 30.

40) Bkz. not 34'de anılan karar. Aynı yönde açıklamalar: **Akünal**, not 18'de age, s. 52-53 (Yazara göre, "muameleyi temsilci sıfatıyla yaptığını açıklamayan bir kimse, karşı tarafın bu beyana güvenmesinden doğan sonuçlara katlanmak zorundadır"). –BK. m. 32/II, c. 2 hükmünü, açıklama ilkesi bir yana bırakılarak, temsil sonuçlarının bu ilke uygulanmadan da doğmasına imkân 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. **Zäch**, Art. 32, N. 105 vd.

yen BK. m. 396, 397 hükümlerinde rastlıyoruz. BK. m. 396, vekilin vekâletten çekilmesini (istifa etmesini) veya vekâletten azledilmesini vekâleti sona erdiren sebepler olarak göstermektedir. Temsile ilişkin maddelerde, temsilcinin, temsilcilikten çekilerek bu sıfatına son verebileceğine ilişkin açık bir hüküm bulunmamasına rağmen, aşağıda göreceğimiz gibi, hâkim görüş ona bu imkânı tanımaktadır. BK. m. 396 hükmünde ise sadece "ölüm"den söz açılmış ve "gaiplik kararı" ayrıca anılmamıştır. Ne var ki "ölüme bağlı haklar, aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılır" diyen MK. m. 35 hükmü karşısında, gaiplik halinde de vekâletin 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 Kanunda yazılı olmamakla birlikte, temsilcinin, temsil olunana yönelteceği bir taraflı, varması gerekli ve yenilik doğuran bir irade beyanı ile temsilcilik sıfatına son verebileceği genellikle kabul edilmektedir[1].

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 verir[2].

2. Kanunda Öngörülen Sona Erme Sebepleri (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 alanı 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; **Zäch**, Vorbem. zu Art. 34-35, N. 5; **Eren**, 9. bası, s. 407; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 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.

görüş çerçevesinde BK. m. 35'de sayılan tüm sebepler için aynı şekilde geçerli olduğunu ileri sürmek mümkün değildir[2a].

a – Ölüm ve Gaiplik Kararı

aa) Temsil Olunanın Ölmesi

Temsil olunanın ölümü temsil yetkisini otomatik olarak sona erdirir. 6
Kural budur. Ancak, BK. m. 35/I bu kurala *iki istisna* getirmektedir:

— *Birinci istisna* uyarınca, işin niteliği (mahiyeti) bunu gerektirdiği zaman, temsil olunanın ölümüne rağmen temsilcinin yetkisi devam edebilir. Bu konuda, genellikle temsil olunanın kişiliğinin önem arz etmediği, ticarî bir işletme ile ilgili standardize nitelikteki ticarî işlerde bu istisnanın geçerlilik kazanabileceği belirtilmekte ve özellikle bankacılık işlemleri için verilmiş yetkilere işaret edilmektedir[3]. Bu gibi durumlarda, çok defa, mirasbırakana ait işletmenin kesintisiz faaliyetine devam edebilmesi, ancak onun tarafından hayatında verilmiş yetkilerin varlıklarını sürdürmesine bağlıdır[4]. 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 resmî 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 eder[5].

2a) Bkz. aşağıda N. 20, 28.

3) **Tandoğan**, II, s. 653; **Hofstetter**, s. 75. Ayrıca bkz. **Fellmann**, Art. 405, N. 87.

4) Bkz. **Zäch**, Art. 35, N. 43.

5) **Özkaya**, Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Ankara 1997, s. 718. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun, bu tür olaylarda vekâletin (temsil yetkisinin) ölümden sonra da devam edeceğine ilişkin sayısız kararın bulunduğunu açıkça ifade eden 25.9.1981 tarih ve E. 980/7-2406, K. 641 sayılı kararı için bkz. **Uygur**, cilt 8, s. 8951; **Karahasan**, 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, vekâlet verenin ölümü vekâlet ilişkisini ve ona bağlı temsil yetkisini sona erdiremeyecektir (**Tandoğan**, II, s. 653; **v. Büren**, s. 142). Bütün bu gibi hallerde, mirasçıların, temsilcinin temsil yetkisini geri alma hakları hiç kuşkusuz saklıdır. Oysa, İsviçre Hukukunda, Federal Mahkeme (BGE 111.II.39) ve öğreti (**Homberger**, Zürcher Komm., IV. Band Das Sachenrecht, 3. Abt., Zürich 1938, Art. 963, N. 8, 15; **Deschenaux**, Traité de Droit Privé Suisse, Le Registre foncier, Fribourg Suisse 1983, s. 231 ve not 42; **Zäch**, Art. 35, N. 53) temsilci, temsil olunanın ölümünden sonra tapu siciline tescil talebinde (istemin-de) 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 vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümleri arasında yer alan BK. m. 397/II uyarınca, vekâlet sözleşmesinin ölüm ile son bulması vekâlet verenin menfaatlerini tehlike altında bırakıyorsa, vekâlet verenin mirasçıları işe bizzat el koyabilecek duruma gelinceye kadar vekil vekâleti ifaya devam etmek zorundadır[6]. Burada, kural olarak BK. m. 397/I gereği vekâlet verenin ölümü ile son bulması gereken vekâlet ilişkisinin geçici bir süre için varlığını sürdürmesi söz konusudur[7]. Vekâletin konusunda, vekilin temsilci sıfatı ile bazı hukukî 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/I'de sözü edilen "işin mahiyeti" gereği yetkinin devam etmesi faraziyesi içinde ele almak yerinde olur.

— *İkinci istisna*, mirasbırakanın sağlığında işlem yapılması için gerçekleştirdiği bir yetkilendirme işleminde, bu yetkinin temsil olunanın ölümünden sonra da varlığını sürdüreceğinin (bir taraflı olarak) belirtilmiş olmasıdır. Her ne kadar kanun, aksi "kararlaştırılmış" ise yetkinin ölüme 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 kararlaştırmış olmaları mecburiyeti yoktur[8].

7 Gerçekte temsil olunanın ölümünden sonra var olabilen bir temsil yetkisi iki biçimde karşımıza çıkabilir[9]:

— 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/I 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 mirasçılarına 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 hâkim olduğunu hatırlatmakta yarar görüyoruz.

6) Biz, metinde, BK. m. 397/II hükmünü sadece vekâletin vekâlet verenin ölümü ile son bulması ihtimali açısından ve basitleştirerek ele alıyoruz. BK. m. 397/II gerçekte vekâleti sona erdiren tüm sebepleri içine almaya elverişli geniş bir ifade kullanmaktadır.

7) **Fellmann**, 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 vekâlet ilişkisinin geçici olarak devam ettiğinden, diğer yandan da, burada vekilin sadakat borcundan çıkan kanuna dayalı bir iş görme borcundan söz açan **Tandoğan** (II, s. 659, 660) açık bir çelişkiye düşmektedir.

8) Bu konuda bkz. **v. Tuhr/Peter**, § 42, not 6, 77.

9) Bu açıklamalar için bkz. **Zäch**, 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 ölümünden sonra kullanılmak üzere verilmiş bulunmaktadır (mandatum post mortem). BK. m. 35/I 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/I'de açıkça öngörülen ve (birinci ihtimalin kapsamına girerek) 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 hâkim olan (bizim de katıldığımız) görüşe göre, bir tek mirasçı bile yetkiyi geri aldığını bildirdiği 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 olabilecektir[10]. 8

Tartışmalı olan bir konu şudur: Temsilciye ölümden sonra da devam edecek temsil yetkisini kazandıran mirasbırakanın ölümünden sonra, "temsil olunan" sıfatının mirasçılara ait olacağı kuşkusuzdur. Gerçi temsil yetkisi temsilciye mirasbırakan tarafından verilmiştir". Ancak onun öldüğü andan başlamak üzere mirasçılar "temsil olunan" durumuna geçmişlerdir[11]. Ne var ki, temsil yetkisine esas teşkil eden temel ilişki niteliğindeki vekâlet ilişkisinin tarafı da, bundan böyle mirasbırakan değil mirasçılardır[12]. Şu halde, temsilci, mirasçılara karşı, vekâlet sözleşmesinden doğan sadakat 9

10) **Bucher**, AT, s. 608, not 38; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1370; **Zäch**, Art. 35, N. 73; **Guhl/Koller**, § 19, N. 10; **Schwenzer**, 4.A., N. 42.25; **Watter**, Basler Kommentar, Art. 35, N. 11; **Breitschmid**, Basler Komm., ZGB II, 2.A. Basel 2003, Vorbem. zu Art 467-536, N. 43; **Piotet**, Un des héritiers ou autres communistes peut-il révoquer la procuration donnée 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**, Berner Komm., Band III: Erbrecht I/1, Die Erben, Bern 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; **Zäch**, Art. 35, N. 60.

12) **Fellmann**, Art. 405, N. 70-71.

borcu ile (BK. m. 390/II) bağlıdır[13]. Bu durumda, yaygın olan görüşe göre, temsilcinin (derhal harekete geçmesini zorunlu kılan âcil bir durum yoksa) kendisine mirasbırakan tarafından verilmiş temsil yetkisinden mirasçıları haberdar etmesi, hatta daha ileri giderek, onlar vekâletin ifasına ilişkin olarak talimat vereceklerse veya kendisine verilen yetkiyi geri almak istiyorlarsa, bu haklarını kullanabilmeleri için uygun bir süre beklemesi gerekir[14]. 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, vekâlet ilişkisinden doğan borcunu çiğneyen 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 sayılmasıdır[15]. Şurasını önemle ekleyelim ki, temsilci açısından yukarıda 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 Hâkim olan görüşe göre, ölümden sonra da devam edecek bir temsil yetkisinin verilmesi, şekil yönünden, ölüme bağlı tasarruflara ilişkin kurallara tâbi değildir[16]. Buna karşı, (yukarıda "ikinci ihtimal" olarak ele aldığımız) sırf ölüm anında hüküm doğurmak (sadece ölümden sonrası için geçerli olmak) üzere yapılan yetkilendirmelerde ölüme bağlı tasarruf şekillerine uymak gereğinin bulunup bulunmadığı, hem Miras hem de Borçlar Hukuklarını 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**, II, s. 407.

14) **Flume**, § 51, 5, b, s. 850; **Hofstetter**, s. 76; **Fellmann**, Art. 405, N. 78; **Watter**, Basler Komm., Art. 35, N. 11; **Breitschmid**, not 10'da age, Vorbem. zu Art. 467-536, N. 43; **Koller**, I, 2.A., § 19, N. 23. –Temsilcinin böyle bir yükümlülüğünün bulunmadığı görüşünde: **Zäch**, 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 imkânı olmayabilir.

15) Özellikle bkz. **Flume**, § 51, 5, b, s. 850, 851; **Zäch**, Art. 35, N. 59, 65; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1370. –Temsil yetkisinin kötüye kullanılması kavramı, bunun şartları ve uygulanacak geçersizlik yaptırımı için bkz. aşağıda § 50.

16) Özellikle bkz. **Zäch**, Art. 35, N. 68.

bağlı tasarruf şekillerine bağlı olup olmadığı konusunda ileri sürülen görüşleri iki büyük grupta toplamak mümkündür[17]:

— Birinci grupta yer alan görüşlere göre[18], burada da, ölüme bağlı tasarruf şekillerine bağlı olmayan sağlararası bir işlem söz konusudur. Böylece, mirasbırakana 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. İkinci imkân ise, ölüme bağlı tasarruf şekillerine uyarak bir "vasiyeti yerine getirme görevlisi" (eski Medenî Kanundaki deyim ile "vasiyeti tenfiz memuru") tayin etmektir (MK. m. 550). Bu iki imkân arasında esaslı farklar vardır. Örneğin, birinci imkân 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 alabilir[19]. Oysa, mirasçılar, vasiyeti yerine getirme görevlisinin yetkilerine son veremezler. Vasiyeti yerine getirme görevlisi sulh hâkiminin denetimine tâbi olarak çalışır ve onun görevine son verme hakkı, sadece kanunda (MK. m. 555) öngörülen sebeplerin gerçekleşmesi halinde sulh hâkimine tanınmıştır. Öğretide işaret edilen diğer bir fark ise şudur: Sağlığında, sırf ölümünden sonrası için yetkilendirdiği kişi ile mirasbırakan arasında, şimdiden "temel ilişki" niteliğini taşıyan bir vekâlet 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 hâkimi 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)[19a].

Bu grupta yer alan yazarların bir bölümü[20] yukarıdaki açıklamalara bir istisna getiriyor. Buna göre, sırf ölümden sonrasına yönelik olarak bahşedilen bir temsil yetkisi gerçekte Miras Hukukuna ilişkin bir işlemin, yani ölüme bağlı bir tasarrufun (temsil kılıfı içinde) gerçekleşmesini sağlıyorsa, yetkilendirme yine ölüme bağlı tasarruf 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**, Vekâlet Akdinin Ölüm Nedeniyle Sona Ermesi ve Sonuçları, Temsil ve Vekâlete İlişkin Sorunlar Sempozyumu, İstanbul 1977, s. 31; **Esener**, Salâhiyete 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 (**Zäch**, Art. 35, N. 72).

19a) **Hofstetter**, s. 76; **Fellmann**, Art. 405, N. 76.

20) Bkz. not 18'de anılan **Fellmann**, **Weber**. Ayrıca bkz. **Tuor**, Berner Komm., Band III: Das Erbrecht, 1. Abt., 2.A., Bern 1952, Einleitung vor Art. 467, N. 3a, s. 92.

diği temsilci T, A'ya ait banka hesabından para çekip Ü'ye bir ödemede bulunacaktır. Açıktır ki, böyle bir yetkilendirme işlemi ile, sözü geçen miktarda paranın üçüncü kişiye vasiyet edilmesi arasında, başvurulan hukukî kalıpların değişik olması dışında pratik sonuçları bakımından esasta bir fark bulunmamaktadır. Getirilmek istenen istisna işte bu noktada karşımıza çıkıyor ve bu gibi "karşılıksız" (ivazsız) kazandırmaları yapmak üzere, sırf ölümden sonrası için hüküm ifade edecek tarzda gerçekleştirilen yetkilendirme işlemlerine, kıyas yolu ile, ifası bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlamalarla ilgili BK. m. 240/II hükmünün uygulanması ve bu yoldan, anılan madde uyarınca, ölüme bağlı tasarruf şekline uyulması gerektiği kabul ediliyor[21]. Şekil bir yana bırakılıp, işin esasına bakıldığı zaman ise, öğretide bu tip bir yetkilendirmenin bir vasiyeti yerine getirme görevlisi (vasiyeti tenfiz memuru) ataması olarak değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülüyor[22].

— İkinci grupta yer alan görüşler şu noktada birleşmektedir: Sırf ölümünden sonra geçerli olmak üzere verdiği temsil yetkisi ile mirasbırakan malvarlığı değil terekesi üzerinde tasarruf etmek amacını gütmektedir. Şu halde, böyle bir temsil yetkisinin verilmesi ancak ölüme bağlı tasarruf şekillerine bağlı kalarak gerçekleşebilir ve bazı yazarların açıkça belirttiği gibi içeriği açısından bir vasiyeti yerine getirme görevlisi (vasiyeti tenfiz memuru) atanması anlamını taşır[23, 24]. Mirasçıların üstün tutulması gereken çıkarlarını[25] en iyi koruyan görüşün bu olduğu kuşkusuzdur.

---

21) BK. 240/II'de "vasiyet" (İsviçre BK. 245/II'de "ölüme bağlı tasarruflar") hükümlerine yapılan yollamayı, ilke olarak, miras sözleşmesi hükümlerine yapılmış bir yollama olarak anlamak gerekir (**Kocayusufpaşaoğlu**, Miras Hukuku, 3. bası, İstanbul 1987, s. 126). Gerçi, bir temsilcinin yetkilendirilmesi (miras sözleşmesinden farklı olarak) bir taraflı bir işlem ile gerçekleşir. Ne var ki, mirasbırakanın vasiyetname şekillerinden herhangi birine uyarak yaptığı bir taraflı yetkilendirme işleminin çevirme (konversiyon) yolu ile ayakta tutulmasına hiçbir engel yoktur (**Piotet**, Traité de Droit Privé Suisse, IV, Droit Successoral, Fribourg 1975, s. 180; **Vogt**, Basler Komm., Art. 245, OR, N. 7). Diğer taraftan, BK. m. 240/II hükmünün yaptığı yollamanın sadece ölüme bağlı tasarruf şekillerine yapılmış bir yollamadan ibaret olmadığı, esasa ait hükümlerin de bu yollamanın kapsamına dahil olduğu bugün genellikle kabul edilmektedir. Şu var ki, Miras Hukukunun ölüme bağlı tasarruflara ilişkin hükümlerinin tümünün mü, yoksa sadece bazılarının mı uygulama alanı bulacağı tartışmalıdır. Federal Mahkemenin (BGE 89.II.91) kesin bir sonuca varmaktan kaçındığı bu konuda hâkim görüş, hiçbir ayrım yapmadan, tüm ölüme bağlı tasarruf hükümlerinin uygulanması gerektiğini kabul etmektedir ki, bu anlayışın sonucu olarak ortada BK. m. 240/II anlamında bağımsız bir kavram olarak ölüme bağlı bağışlama diye bir kavram kalmamaktadır (Özellikle bkz. **Piotet**, s. 178-179; **Vogt**, Basler Komm., Art. 245, OR, N. 8; **Cavin**, Traité de Droit Privé Suisse, tome VII, 1, La vente, l'échange, la donation, Fribourg Suisse 1978, s. 183-184; **Tandoğan**, I/1, s. 368-369; **Aral**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 7. baskı, Ankara 2007, s. 199; **Weimar**, not 10'da age, Einleitung vor Art. 467, N. 118, 123, s. 133-134, 135-136. Türk Hukukunda farklı görüşte olan **Serozan**'a göre ise, (not 14'de age, s. 59 vd., 70) "Ölüme bağlı bağışlama taahhüdüne kıyas yoluyla uygulanacak ölüme bağlı tasarruf hükümleri önsel (a priori) bir yargı ile belirlenemez; ancak münferit bir kazandırmayı kuşatıp kucaklayan özel hal ve şartlar da dikkate alınarak menfaatler durumuna uygun bir değerlendirmeyle ve tüme varım yöntemiyle seçilip derlenebilir".

22) **Fellmann**, Art. 405, N. 75; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 178, not 605.

23) **Piotet**, not 21'de age, s. 180; **Zäch**, Art. 35, N. 70; **Oğuzman**, Miras Hukuku, 6. bası, İstanbul 1995, s. 96; **Chappuis**, CR, Art. 35, N. 13; **Watter**, Basler Komm., Art. 35, N. 8; **Weimar**, not 10'da age, Einleitung vor Art. 467, N. 104, s. 128; **Eren**, 9. bası, s. 407-408. –Bu konuda ayrıca bkz. **v. Tuhr/Peter**, § 42, VI, 5, s. 369-370 ve not 78, 80; **Tandoğan**, II, s. 655 vd.; **Breitschmid**, not 10'da age, Vorbem. zu Art. 467-536, N. 43, 44; BGE 105.II.253 ve not 22'de anılan **Fellmann**.

24) Hukukî durumdaki karışıklık sebebiyle, İsviçre Bankacılar Birliği üyelerine gönderdiği

bb) Temsilcinin Ölümü

Kural olarak temsilcinin ölümü ile son bulan temsil yetkisinin, mirasbı- 12
rakanın yetkilendirme işleminde açığa vurulmuş 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 ihtimali son derece zayıftır. Zira, temsil olunanın, temsilcinin mirasçılarının onun ölümünden sonra temsilci yerine yetkili olacaklarını öngörmesi için, bu mirasçıların kimler olacağını önceden bilmesi ve onlara güven duyması gerekir. Temsilcinin ölümünde kimin ona mirasçı olacağının yüzde yüz bir kesinlikle bilinmesi mümkün değildir. Ayrıca, birden fazla mirasçı varsa, onların miras ortaklığı çerçevesinde karar alma ve uygulama mekanizmalarını işletmekte karşılaşacakları zorlukları da hesaba katmak icap eder. Öğretide verilen örnekler arasında en kolay kabul edilebilir olanları, vekâlet (BK. m. 397/II) ve âdi şirket (BK. m. 537/c. 2, 3) sözleşmelerinde, vekilin veya şirket ortağının ölümü üzerine, onların mirasçılarının geçici bir süre için işlere devam etmesini öngören kanun hükümleridir[26].

cc) Gaiplik Kararı

BK. m. 35/I uyarınca gerek *temsil olunan* gerekse *temsilci* için "gaiplik 13
hükmünün ilânından" itibaren temsil yetkisi son bulur[27]. Hukukumuzda mahkemece verilen gaiplik kararının ilân 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[2827a]. MK. m. 35 (eski MK. m. 34) uyarınca gaiplik kararının verilmesi üzerine ölüme bağlı haklar, aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılır[28]. 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 "mandatum post mortem" niteliğindeki bu gibi yetkileri kabul etmekten kaçınmaktadır (**Aubert/Béguin/Bernasconi/Graziano-von Burg/Schwob/Treuillaud**, Le secret bancaire suisse, Berne 1995, s. 364).

25) Bkz. **Zäch**, Art. 35, N. 60, 61.

26) Bu konuda bkz. **v. Tuhr/Peter**, § 42, VI, 5, s. 371; **Zäch**, Art. 35, N. 78.

27) İsviçre BK. m. 35/I'de, yerinde olarak gaiplik kararının "ilânından" değil "verilmesinden" söz açılmaktadır. "Gaiplik hükmünün ilânı" deyimi yanlış bir çeviri sonucu Borçlar Kanunumuza girmiştir.

27a) RG 23.11.2006, sayı 26355.

28) Bu açıdan, temsil yetkisinin sona ermesi için gaiplik kararının ilânını esas alan **Oğuzman/Öz** (4. bası, s. 184), **Esener** (not 18'de age, s. 195) ve **Tandoğan** (II, 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/II hükmü burada uygulanamayacaktır[29].

b. Tüzel Kişiliğin Son Bulması (BK. m. 35/II)

aa. Temsil Olunan Açısından

14 Temsil olunan bir tüzel kişi ise, tüzel kişiliğin son bulmasına yol açan bir sebebin gerçekleşmesi halinde temsil yetkisi son bulur. Gerçi, yeni Medenî Kanunumuza eklenen MK. m. 52'nin 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 öngörmüştür[30]. Bununla birlikte, yetkilendirme işleminde, temsilcinin yetkilerinin tasfiye aşamasında da tasfiye amacının sınırları içinde kalmak kaydı ile devam etmesi öngörülmüş olabilir[31]. Ne var ki, bu durumdaki temsilcinin yetkisi, tasfiye memurunca 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 sürdürebilir[32].

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 sürülmüştür[33].

bb. Temsilci Açısından

16 Temsilci durumundaki bir tüzel kişi açısından, tüzel kişiliği sona erdiren bir sebebin gerçekleşmesi temsil yetkisinin son bulması sonucunu doğurur (BK. m. 35/I).

---

29) **Zäch**, Art. 35, N. 6; **Oser/Schönenberger**, Art. 35, N. 5; **Watter**, Basler Komm., Art. 35, N. 2.

30) **Oser/Schönenberger**, Art. 35, N. 7; **Zäch**, Art. 35, N. 9. **Oser/Schönenberger**'e göre, BK. m. 40, şirket temsilcilerine ilişkin kanun hükümlerini saklı tutmak suretiyle (bizde Türk Ticaret Kanununda düzenlenmiş) ticarî şirketlere ilişkin hükümlere yollama yaptığından, (hiç değilse ticaret şirketleri açısından) BK. m. 35/I hükmünün gereksiz olduğu ileri sürülebilir.

31) **Zäch**, Art. 35, N. 10.

32) **Watter**, Basler Komm., Art. 35, N. 3; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 183, not 627.

33) **Zäch**, 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 birinci- 17
si, temsil olunan hakkında mahkemece kısıtlama kararı verilmesidir. İkinci ihtimalde ise, bir kısıtlama kararı mevcut değilken, temsil olunanın ayırt etme gücünden (temyiz kudretinden) yoksun kalmasıdır. Aşağıda bu iki ihtimali ayrı ayrı ele alıyoruz:

— Temsil olunan hakkında *kısıtlama kararı* verildiği vakit, bunun tem- 18
sil yetkisini sona erdireceği hakkında görüş birliği vardır. Azınlıkta kalan bir görüşe göre, BK. m. 35/I'de "medenî hakların kullanılması salâhiyetinin izaası" biçiminde ifade edilen "fiil ehliyetinin kaybından", sadece "kısıtlama kararı" anlaşılmalı, dolayısı ile temsil olunanca ayırt etme gücünün kaybı temsil yetkisinin sona ermesine yol açmamalıdır[34]. İsabetli saymadığımız bu görüş ile ilgili düşüncelerimizi aşağıda açıklıyoruz.

— Temsil olunanın *ayırt etme gücünden yoksun* duruma düşmesi halin- 19
de bir ayrım yapmak gerekir:

= Uyuşturucu etkisi altında kendinden geçme, sarhoşluk ve benzeri sebeplerle *geçici* olarak ayırt etme gücünün kaybedilmesi temsil yetkisinin son bulmasına yol açmaz[35].

= 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 fiilî durumların gerçekleştiği andan başlamak üzere[36] son bulur. Şu halde, "kısıtlama kararı" yanında, "ayırt etme gücünden sürekli biçimde yoksun kalma" da temsil yetkisinin (BK. m. 35/I) ve vekâlet sözleşmesinin (BK. m. 397/I) sona ermesine yol açar[37]. Gerek BK. m. 35/I, 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) fikrince, 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) **Zäch**, Art. 35, N. 14; **Fellmann**, Art. 405, N. 34; **Watter**, Basler Komm., Art. 32, N. 21.

36) Bkz. **Zäch**, Art. 35, N. 16, 19.

37) v. **Tuhr/Peter**, § 42, VI, s. 368; **Zäch**, Art. 35, N. 13, 16; **Fellmann**, Art. 405, N. 34; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 188.

bından" 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 durumdadır[38]. 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 vekâlet sözleşmelerinde veya banka işlemleri ile ilgili vekâletnamelerde sık sık rastlandığı gibi) vekâletnameye eklemişse, bu kayıt geçerli sayılabilir mi? Bu konu tartışmalıdır. Her ne kadar temsil yetkisi açısından BK. m. 35/I, vekâlet sözleşmesi açısından (burada sadece konusu hukukî işlem yapılması olan vekâlet sözleşmeleri yönünden ele aldığımız) BK. m. 397/I, 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 kayıtla, fiil ehliyetinin kaybı halinde temsil yetkisinin son bulmasının önlenebileceği izlenimi doğuyorsa da, bir görüşe göre kısıtlama kararı verilmesi ihtimali[39], üstün tuttuğumuz diğer bir görüşe göre ise, hem kısıtlama kararı 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[40,40a]. 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) **Zäch**, 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 alınıncaya 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) iradî temsilcilikler aynı zamanda ve yan yana bulunamayacağından, (hakkında kısıtlama kararı verilmiş) temsil olunanca yetkilendirilmiş temsilcinin temsil yetkisinin otomatik olarak son bulacağı düşüncesinde: **Zäch**, Art. 35, N. 19; **Guhl/Koller**, § 19, N. 12.

40a) Bir yandan BK. m. 35/I'in sözüne (lâfzına) aşırı 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.I.252), ayırt etme (temyiz) gücünün kaybedilmesi hali için aksi görüşü benimseyerek, vekâletnamede (yetki belgesinde) yer alan ve temsil 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 Komm., Art. 35, N. 4).

Temsil olunana bir *yasal danışman (kanunî müşavir)* tayin edilmesi halinde, BK. m. 35/I uyarınca temsil yetkisi son bulur mu? Bu sorunun cevabını verebilmek için yasal danışmanlığın, sadece ilk ikisi kanunda belirtilmiş (MK. m. 429) üç çeşidini ayrı ayrı ele almak gerekir: 21

— *Oy (iştirak) danışmanlığında*, yasal danışman kanunî (yasal) temsilci sıfatına sahip değildir[41]. O, sadece, MK. m. 429/I'de dokuz bent halinde ve sınırlayıcı biçimde sayılmış işlemler için görüşünü bildirir. Kendisine yasal danışman atanan kişi, bu işlemlerde yasal danışmanın olumlu oyunu (rızasını) almak zorundadır. Aksi halde işlem (tıpkı sınırlı ehliyetsizlerin yasal temsilcinin iznini almadan yaptıkları işlemlerde olduğu gibi) geçersiz (askıda hükümsüz) olur. İnceleme konusu yaptığımız BK. m. 35/I hükmü yasal danışmanlığın bu tipinin özellikleri dikkate alınarak kaleme alınmış bir hüküm değildir. Bu sebeple, kendisine mahkemece bir oy danışmanı atanan kişinin, daha önce bir başkasına vermiş bulunduğu temsil yetkisinin sona erip ermeyeceğini iki aşamada ele almak gerekir: 22

= İlk aşamada sorulacak soru şudur: MK. m. 429/I uyarınca, bu maddede dokuz bent halinde sayılan işlemlere ilişkin olarak bir yasal danışman atanması, fiil ehliyeti bu çerçevede sınırlanan kişinin, sözü 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 hukukî 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 olur[42]. Yasal danışman atanması, ilgili kişinin fiil ehliyetini ortadan kaldırmayıp, kısaca onu ehliyetsiz hale getirmeyip, sadece bu ehliyeti kanunda öngörülen biçim ve derecede sınırlar[43]. Yukarıda belirtildiği gibi, yasal danışman, MK. m. 429/I'de sayılan işlemler açısından (bunların arasında bir iradî temsilciye yetki verilmesi yer almamaktadır) bir kanunî (yasal) temsilci değildir. Yasal danışmanın, MK 429/I'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**, Berner Kommentar, Das Familienrecht, Band II, 3. Abteilung, 1. Teilband, Bern 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/Seliçi/Oktay**, Kişiler Hukuku, 7. baskı, İstanbul 2002, s. 55; **Dural/Öğüz/Gümüş**, Türk Özel Hukuku, cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2005, s. 730. –Başka türlü: **Dural/Öğüz**, Türk Özel Hukuku, cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2004, s. 60.

ehliyetli kişinin bizzat kendisi tarafından yapılabileceği, kanunî temsilciliğin söz konusu olmadığı bu alanda iradî temsile de yer bulunmadığı, bir başka anlatımla her türlü temsil imkânının 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 danışmanının atandığı sırada esasen mevcut bulunan bir temsil yetkisi* BK. m. 35/I 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/I'de sayılan işlemleri sınırlı ehliyetli kişi adına geçerli olarak yapamayacaktır*[45]. Görülüyor ki, MK. m. 429/I'in kapsamına 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/I'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 (idare) danışmanlığında* (MK. m. 429/II), kendisine yasal danışman atanan kişi, malvarlığının *gelirleri* üzerinde kimseye danışmadan veya izin almadan serbestçe tasarruf edebileceği halde, *sermaye* bölümüne ilişkin olarak, aynı zamanda yasal (kanunî) temsilci sıfatını taşıyan yasal danışmanın neredeyse vesayeti altına girmiş gibidir, yani bu açıdan bu durumdaki bir kişi ile kısıtlanıp vesayet altına girmiş kişinin hukukî durumlar arasında pek büyük bir fark kalmamıştır[46]. Bu sebeple, kendisine yönetim danışmanı atanan temsil olunanın, *malvarlığının 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: (Vekâlet sözleşmesine ilişkin BK. m. 397 hükmü ile ilgili olarak) **Fellmann**, Art. 405, N. 38. Krş. **Tandoğan**, II, s. 667. –Ayrıca bkz. ve krş. **Zäch**, Art. 35, N. 13.

46) **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, s. 506, 508; **Schnyder/Murer**, not 42'de age, Art. 395, N. 14, 118; **Deschenaux/Steinauer**, Personnes physiques et tutelle, 4. éd., Berne 2001, N. 173, 180, 196; **Oğuzman/Dural**, not 43'de age, s. 525.

işlemlere ilişkin olarak, atama işlemi ile birlikte, BK. m. 35/I uyarınca son bulur[47].

= *Karma (tam) danışmanlık* halinde, MK. m. 429'un birinci ve fıkraları bir arada uygulanır. Buna göre, temsil olunan, malvarlığının sermaye bölümünde kanunî temsilcisi olan ve vasiye benzer bir konum elde eden yasal danışmana tâbidir. 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. 397/II) "Kayyım veya yasal danışman atanmasına ilişkin karar, ancak vesayet makamının gerekli görmesi halinde ilân olunur" şeklindeki ifadesine rağmen, hâkim görüş yerinde olarak, bir ehliyet sınırlamasının söz konusu olmasından hareket etmekte ve yasal danışman tayininin (hiç değilse ilke olarak) her zaman ilân edilmesini gerekli saymaktadır[47a]. Bu durumda, kararın ilânından *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 olmaktan çıkar. Buna karşı, ilândan *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 açmaz[48]. 25

bb. Temsilci Açısından

Burada da, ayırt etme gücünün (temyiz kudretinin) kaybı ile kısıtlama ihtimallerini ayrı ayrı ele almak doğru olur. 26

— Ayırt etme gücünü *geçici* olarak kaybeden temsilci, bu süre içinde temsil olunan adına geçerli işlemler yapamaz. Fakat onun temsil yetkisi son bulmuş değildir[49].

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; **Deschenaux/Steinauer**, not 46'da age, N. 1147; **Oğuzman/Dural**, not 43'de age, s. 526.
48) **Zäch**, Art. 35, N. 13; **Watter**, Basler Komm., Art. 35, N. 4. **Fellmann**, Art. 405, N. 37.
49) **Zäch**, Art. 35, N. 14.

— Ayırt etme gücünün temsilci tarafından *sürekli* olarak kaybedilmesi, henüz bir kısıtlama kararı verilmiş olmasa bile, temsil yetkisini sona erdirir[50].

— Ayırt etme gücünü sürekli olarak kaybetmiş bir kimse hakkında *kısıtlama* kararı verilmesi onun ehliyet durumunda bir değişiklik yaratmaz[51]. 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 kararı 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 bulunduğuna göre[52], bu durumdaki bir temsilci hakkında sonradan kısıtlama kararı verilmiş olması daha önce verilmiş temsil yetkisinin son bulması sonucunu doğurmaz[53].

= Üstün tutulması gereken görüşe nazaran, yetkilendirildiği sırada tam ehliyetli olan temsilci sonradan kısıtlanırsa, bu durum, temsil olunanın ona karşı duymuş olduğu güveni sarsacağı için, BK. m. 35/I uyarınca temsil yetkisi son bulur[54]. 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) **Zäch**, Art. 35, N. 18; **Fellmann**, Art. 405, N. 29, 34.

51) Pratik açıdan, sürekli biçimde ayırt etme gücünü kaybetmiş bir kimse hakkında kısıtlama kararı verilmesinin en önemli sonuçları, bir yandan kısıtlama kararının ilânı üzerine artık üçüncü kişilerin iyiniyet iddialarının dinlenmemesinde (MK. m. 410/II), 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) **Zäch**, Art. 35, N. 18; **Fellmann**, Art. 405, N. 32; **Tandoğan**, II, 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 öngörmeye de bir engel yoktur (BK. m. 35/I)[55].

Yukarıdaki açıklamalar temsilciye (hangi çeşit olursa olsun) bir yasal danışman (kanuni müşavir) atanması için de geçerlidir. 27

d. İflâs

aa. Temsil Olunanın İflâsı

Temsil olunan iflâs edince, iflasın açıldığı andan başlamak üzere[56], yetkilendirme işleminde bunun aksini öngörmek imkânı bulunmaksızın, iflâs masasına dahil mal ve değerlere ilişkin olarak, onun tarafından verilmiş temsil yetkileri son bulur[57]. 28

İflâsın sonradan kaldırılması (İc. İf. K. m. 182) halinde, sona ermiş bulunan temsil yetkileri yeniden hayata dönmez[58].

İflâs masası *dışında* kalan konulara ilişkin temsil yetkileri, iflâsın açılmasına rağmen varlığını sürdürür[59].

bb. Temsilcinin İflâsı

Temsilcinin iflâsı halinde, temsil olunanın ona karşı duyduğu güven sarsılmış olacağından, BK. m. 35/I'de yer alan karine uyarınca, temsil yetkisi ilke olarak son bulur. Yetkilendirme işleminde bunun tersinin öngörülmüş olmasına hukukî bir engel yoktur[60]. 29

55) Özellikle bkz. not 54'de anılan **Zäch**.

56) **Oğuzman/Öz**'ün (4. bası, s. 184), temsil yetkisinin sona ereceği anı "iflâs kararının kesinleşmesi" anı olarak göstermelerine katılamıyoruz. İflâs, Asliye Ticaret Mahkemesinin (gün, saat ve dakikayı da belirtmek suretiyle) iflâs hükmünde gösterdiği anda açılır ve o andan başlayarak hukukî sonuçlarını doğurur (İc. İf. K. m. 165/I; **Kuru**, İcra ve İflâs Hukuku, cilt 3, 3. baskı, Ankara 1993, s. 2710 vd.; **Üstündağ**, İflâs Hukuku, 6. bası, İstanbul 2002, s. 36-37). Anılan yazarlardan **Kuru**'nun yerinde olarak belirttiği gibi, "İflâs kararı, hukukî sonuçlarını iflâs kararının taraflara tebliğinden veya kesinleşmesinden itibaren değil, iflâs kararında belirtilen iflâsın açılma anından (iflâs kararının tefhiminden) itibaren meydana getirir."

57) **Zäch**, Art. 35, N. 32, 87; **Tandoğan**, II, s. 670. Farklı: **Watter**, Basler Komm., Art. 35, N. 6; **Chappuis**, CR, Art. 35, N. 11; **Eren**, 9. bası, s. 408.

58) **Esener**, not 18'de age, s. 186; **Zäch**, Art. 35, N. 36.

59) Burada, iflâsın açılmasına rağmen, masa dışı konulara ilişkin temsil yetkilerinin ayrıca yetki belgesinde (vekâletnamede) bu yolda bir kayıt bulunmasına gerek bulunmaksızın, kendiliğinden varlıklarını sürdürmesi söz konusudur (Bkz. **v. Tuhr/Peter**, § 42, VI, 5, s. 370; **Zäch**, Art. 35, N. 33; **Engel**, s. 400; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 184; **Tandoğan**, II, s. 670; **Esener**, not 18'de age, s. 186. Farklı: **Becker**, Art. 35, N. 4.

60) **Zäch**, Art. 35, N. 34; **Esener**, not 18'de age, s. 196.

3. Temsil Yetkisinin Geri Alma Dışındaki Sebeplerle Sona Ermesinin Sonuçları

a. Durumun Özellikle BK. m. 37 Hükmü Açısından İncelenmesi

30 Yukarıda incelediğimiz sebeplerden biri ile sona eren bir temsil yetkisine dayanmak suretiyle temsilcinin yaptığı işlemler, kural olarak, yetkisiz temsil hükümlerine tâbi olur. Uygulanacak yaptırım BK. m. 38 gereği askıda hükümsüzlüktür.

31 Sözü geçen sona erme sebeplerinden birisi gerçekleştiği halde, bundan haberi olmayan ve temsil yetkisinin varlığını sürdürdüğü esasından hareket eden temsilci T, üçüncü kişi Ü ile temsil olunan A adına bir işlem yaptığı takdirde, bu işlemi yetkisiz temsil hükümlerine tâbi tutmaksızın geçerli saymak mümkün olur mu? Borçlar Kanunu (m. 37), hem *temsilcinin* hem de onunla işlem yapan *üçüncü kişinin iyiniyetli olmaları* şartı ile *(çifte iyiniyet)*, işlemin sanki temsil yetkisi devam ediyormuş gibi geçerli olmasını kabul etmiştir. Bu hüküm ilk plânda iyiniyetli temsilciyi korumak üzere kanuna eklenen, fakat dolaylı olarak üçüncü kişiyi de himaye eden bir hükümdür[61]. Gerçekten, BK. m. 37 hükmü olmasaydı, temsil yetkisinin BK. m. 35'de sayılan sebeplerden birine dayalı olarak son bulduğunu bilmeyen temsilci, üçüncü kişinin yetkisiz temsile ilişkin BK. m. 39/I, c. 1 hükmüne dayanarak kendisine yönelteceği (kusursuz sorumluluk esasına dayalı) tazminat 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 bilmesi gereken (kötüniyetli) üçüncü kişinin temsilciye karşı bir tazminat davası açmasına BK. m. 39/I, c. 2 hükmünün imkân vermemesine dayanmaktadır[62]. Görüldüğü gibi, ancak Ü iyiniyetli olduğu zamandır ki, iyiniyetli T'nin bir tazminat ödeme rizikosu altına girmesi söz konusu olabileceğinden, T'yi korumak üzere sevk edilen BK 37 hükmünün uygulama alanı bu amaca uygun biçimde, hem T'nin hem de Ü'nün iyiniyetli olmaları ihtimali 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 gösterselerdi 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. Halûk Tandoğan'a Armağan, Ankara 1990, s. 212; **Zäch**, 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 durumda olanların durumuna (MK. m. 3/II) hiç değinilmemiştir. Bir zamanlar çok tartışılmış olmasına rağmen, günümüzde daha ağır basan görüş, yerinde olarak (temsilcinin veya üçüncü kişinin) temsil yetkisinin son bulduğunu bilmeleri yahut bilebilecek durumda olmaları halinde, BK. m. 37 hükmünün uygulanamayacağını kabul etmektedir[63].

Hiç kuşkusuz, BK. m. 37 ile yetkisiz temsile ilişkin BK. m. 39 arasında uyum sağlanması en iyi bu şekilde gerçekleşebilir[64]. Kaldı ki, MK. m. 3/II hükmünü bu gibi durumlarda uygulamaktan kaçınmanın kabul edilebilir bir gerekçesi de yoktur.

Her ne kadar BK. m. 37 "yetkinin son bulduğunun" bilinmesinden söz açıyorsa da, gerçekte bakılacak husus "yetkiyi sona erdiren ve BK. m. 35'de sayılan sebeplerden birinin (örneğin kısıtlamanın veya iflâs 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 değildir[65]. 33

Bazı ihtimallerde, örneğin temsil olunanın kısıtlanması veya iflâs etmesi hallerinde, temsil yetkisine son veren kısıtlama veya iflâs kararlarının ayrıca ilân edilmesi öngörülmüştür (MK. m. 410/II, İc. İf. K. 166/II). Bu ilân üzerine herkesin bunları öğrendiği kabul edilir ve hiç kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz[66]. Bu gibi durumlarda, gerek temsilci gerekse onunla işlem yapan üçüncü kişi iyiniyetli sayılamayacaklarından BK. m. 37 hükmü uygulanamaz[67]. 34

Borçlar Kanununun vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümleri arasında yer alan ve vekilin vekâletin sona erdiğini öğrenmeden önce yaptığı işlerden vekâlet veren veya mirasçılarının, vekâlet devam ediyormuş gibi sorumlu olacaklarını bildiren hüküm, temsil yetkisi ile değil, sadece vekâlet sözleşmesinden doğan borçlarla (iç ilişki ile) ilgili bir hükümdür. Temsil yetkisi bakımından uygulanacak hüküm BK. m. 37 hükmüdür[68]. 35

BK. m. 37 hükmü, BK. m. 35'deki kanuna dayalı sona erme halleri dı- 36

---

63) Örnek olarak bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, not 61'de age, s. 212 vd.; **Zäch**, Art. 37, N. 8, 11; **Guhl/Koller**, § 21, N. 18; **Schwenzer**, N. 42.27; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 184; **Karahasan**, TBH, GH 1, 2003, s. 396-397. –Aksi görüşte: **Esener**, not 18'de age, s. 204 vd.

64) BK. m. 39/I, 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 eksikliğinin üçüncü kişi tarafından bilinmemesine rağmen "bilinebilir" olması halinde dahi, BK. m. 37/II çerçevesinde sözleşmenin geçerli sayılamayacağı ve yetkisiz temsil hükümlerine tâbi olduğu düşüncesine dayanmaktadır (Ayrıca bkz. **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1414, 1415).

65) **Zäch**, 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 Komm., Art. 37, N. 3; **Zäch**, Art. 37, N. 8.

68) **Fellmann**, Art. 406, N. 7; Yarg. 13 HD., 11.3.1982, E. 1370, K. 1643 (**Karahasan**, TBH, GH, 1, 2003, s. 399).

şında, 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 veriyoruz[69].

b. Bir Yetki Belgesi (Vekâletname) Düzenlenmiş Olması Halinde (BK. m. 36)

37 Elinde temsil olunan tarafından düzenlenmiş bir yetki belgesi (vekâletname) bulunan temsilci, temsil yetkisi BK. m. 35 çerçevesinde kanun gereği son bulduğu halde, bu belgeyi kullanarak temsil olunan adına işlem yapmaya devam ederse nasıl hareket edilecektir? Bu mesele BK. m. 36 tarafından şu çözüme bağlanmıştır: Temsil yetkisi son bulduğu vakit temsil olunan veya haleflerinin bu belgeyi 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 hukukî 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 gitmeksizin yetki belgesini mahkemeye tevdi etmek (BK. m. 36/I)[70].

38 Temsil olunan veya halefleri bu konuda ihmalci bir tutum içine girerlerse[71], temsilcinin elindeki yetki belgesine dayanarak üçüncü kişi ile yaptığı işlem (yetkisiz temsil hükümleri çerçevesinde) geçerli olmaz, fakat temsil olunan veya haleflerini bu belgeye güvenen iyiniyetli üçüncü kişiye karşı (*culpa in contrahendo* esasına dayalı) bir tazminat ödeme yükümlülüğü altına sokar[72]. Burada sözü edilen tazminat talebi, olumsuz zararların

---

69) Bkz. aşağıda N. 53.

70) Bu konuda seçim hakkının temsilciye ait bulunduğu hakkında bkz. **Zäch**, Art. 36, N. 16. -Alman Hukukunda, BGB § 176, Ticaret Hukukunda kıymetli evrakın iptaline ilişkin düzenlemeye paralel biçimde, yetki belgesinin mahkeme kararına dayalı bir ilân ile iptal edilebilmesine imkân tanıdığı halde, İsviçre-Türk Hukuklarında 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 (**Zäch**, Art. 36, N. 22; **Watter**, Basler Komm., Art. 36, N. 4). Şu noktayı ekleyelim ki, temsilcinin yetkisinin son bulması halinde, yetki belgesini geri verme yükümlülüğü sadece BK. m. 36 hükmünden değil, temel ilişkiden (örneğin vekâlet sözleşmesinde BK. m. 392/I hükmünden) çıkabilir (**Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1371a; **v. Tuhr/Peter**, § 42, VII, s. 371).

71) BK. m. 36/II, günümüz Türkçesinde hiç yeri olmayan "tekâsül ederlerse" deyimini kullanmıştır. "Tekâsül", kayıtsızlık veya ilgisizlik anlamına gelir. Kanunun ifadesinden de anlaşılacağı gibi, burada bir kusur sorumluluğu söz konusudur (**Zäch**, 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 gözüken bir görüşe göre, kanunda öngörülmemiş olmasına rağmen, hataya ilişkin BK. m. 26/II ve yetkisiz temsil hükümleri arasında yer alan BK. m. 39/II kıyas yolu ile uygulanarak, "hakkaniyet gerektirdiği takdirde", hâkimin olumsuz zarar miktarını aşan bir olumlu tazminata hükmedebilmesi mümkün olmalıdır[73].

Öğretide belirtildiği gibi, iyiniyetli üçüncü kişinin güveninin korunması iki yoldan gerçekleşebilir[74]. 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. 39

İlk bakışta sanılacak olanın aksine, *BK. m. 36 hükmünün uygulama alanı hayli dardır*. Gerçekten, bu hükmün uygulanabilmesi için yetkisiz temsilcinin elindeki yetki belgesini kullanarak yaptığı işlemin (iyiniyetin korunması yolu ile) geçerlilik kazanamamış olması şarttır. Oysa Borçlar Kanunu, m. 33/II, 34/III 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/II, 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/II, 34/III ve 37'de yer alan ve iyiniyetin korunması suretiyle yetkisiz temsilcinin yaptığı işlemlerin geçerli sayılmasını sağlayan hükümlerin uygulama alanı bulamadığı durumlarda devreye girebilen ikincil (tâli) bir hükümdür*[75]. 40

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; **Zäch**, 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: **Karahasan**, TBH, GH, 1. (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/III ile BK. m. 36'nın şartlarının aynı zamanda gerçekleştiği olaylarda, hâkim görüşten ayrılarak ve BK. m. 34/III'ün üçüncü kişiyi en geniş biçimde koruyucu amacına tamamen ters düşerek, çok yanlış biçimde, BK. 34/III 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 tazmin ettirebileceği iki kişi vardır. Bunlardan birincisi, temsil yetkisi son bulduğu halde, temsilcinin elindeki yetki belgesini geri almak için gerekeni yapmayı ihmal etmiş *temsil olunan veya onun halefleridir*. 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 olmayacaktır[76].

III. Temsil Yetkisinin Geri Alınması (BK. m. 34)

1. Genel Olarak

42 Bir kimseye 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, hukukî bir tasarruftan tevellüt eden temsil salâhiyetini her zaman tahdit veya ref edebilir"* diyerek, temsil olunana bu imkânı 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 hukukî 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 saklıdır[76a].

43 Anılan hükmün belirttiği gibi, geri alma "tam" olabileceği gibi "kısmî" de olabilir. Tam geri almada, temsil olunan, bir taraflı ve varması gerekli irade beyanı ile temsilcinin bu sıfatına son verir[77]. Yetkinin kısmen geri alınması ise, onun kapsamının daraltılması veya sınırlandırılması anlamını taşır[78]. Tam geri almayı sağlayan bir taraflı beyan, *bozucu* bir yenilik doğuran işlemdir. Buna karşı, yetkinin kısmen geri alınmasına ilişkin beyan

---

76) Bkz. **Zäch**, 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 alma beyanının temsilciye ulaştığı anda, ileriye doğru *(ex nunc)* hüküm doğurmak üzere, yetki son bulur veya sınırlanmış olur[79]. O andan başlamak üzere, temsilcinin temsil olunan adına yapacağı tüm işlemler yetkisiz temsile ilişkin BK. m. 38 çerçevesinde askıda hükümsüzdür. Kısmî geri almada, bu sonuç sadece geri alma beyanının çizdiği yeni sınırların dışında kalan işlemler için gerçekleşir[80].

Geri alma beyanının mutlaka *açık* olması gerekmez. Temsil yetkisinin 44
örtülü biçimde (zımnî olarak) geri alınması da mümkündür. Örneğin, temsil olunan daha önce vermiş bulunduğu yetki belgesinin (vekâletnamenin) geri verilmesini istediği veya belirli tek bir işlem için verilmiş bir yetki halinde, o işi temsilciye bırakmayıp bizzat kendisi yaptığı vakit durum böyledir[81].

Yetkilendirme işlemi bir geçerlilik şekline bağlı bile olsa, yetkinin geri 45
alınması geçerliliği açısından herhangi bir şekle bağlı değildir[82].

Borçlar Kanunu, verilen yetkinin serbestçe geri alınabilmesine o derece 46
önem vermiştir ki, ayrı bir hüküm sevk ederek *"Temsil olunan kimsenin bu hakkından evvelce feragat etmesi hükümsüzdür"* demek gereğini duymuştur (BK. m. 34/II). Maddedeki "evvelce (önceden)" deyimi öğretide haklı olarak eleştirilmiştir. Sadece "önceden" değil, "sonradan" geri alma hakkından vazgeçilmesi de geçersizdir. Geri alma hakkından hangi anda vazgeçilirse geçilsin geçersizlik söz konusu olacağına göre, maddede "evvelce=önceden" şeklinde bir kaydın yer alması gereksizdir[83].

Acaba, temsil olunan, temsil yetkisini geri alma hakkının *özünden* fera- 47
gat edecek yerde, bu hakkını *kullanmamayı* geçerli olarak taahhüt edebilir mi? Bu soruya olumlu cevap verilirse, taahhüdünü yerine getirmeyerek verdiği yetkiyi geri alan temsil olunandan (geri alma beyanı geçerli kalmakla beraber) *tazminat* talep olunabilecek, hatta geri alma halinde ödenmek üzere bir *cezaî şart* (BK. m. 158) öngörülebilecektir. Öğretide bir azınlık görüşünün[84] bu gibi kayıtları geçerli saymasına rağmen, çoğunluk[85] ve

---

79) **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1364; **Zäch**, Art. 34, N. 9.

80) Kural olarak durum böyle olmakla birlikte, geri alma beyanının karşı tarafa varmasından 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 imkânı açıktır (**Zäch**, Art. 34, N. 8, 9). Ayrıca bkz. aşağıda N. 53.

81) **Zäch**, 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; **Zäch**, Art. 34, N. 25.

84) Örnek olarak bkz. **v. Tuhr/Peter**, § 42, VI, 4, s. 368; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 183.

Federal Mahkeme[86], haklı olarak, aksi görüşe üstünlük tanıyorlar. Gerçekten, azınlık görüşü kabul edildiği takdirde, bir tazminatı veya cezaî 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 sınırlanmış olacaktır.

Yetkilendirme işleminde veya temel ilişki çerçevesinde, geri alma hakkının kullanılmayacağı, aksi halde tazminat veya cezaî şart olarak belirli bir tutar ödeneceği taahhüt edilmişse, bunun sonucu olarak yetkilendirme işlemi veya temel ilişki tümü ile geçersiz olmaz. Bu durumda, kısmî hükümsüzlük ilkesi (BK. m. 20/II) uygulanarak, sadece bu taahhüt geçersiz sayılır[87].

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 katılıyoruz[88].

49 Temsil yetkisinin temsil olunan tarafından geri alınması, temsilcinin *temel ilişkiye* dayanarak ileri sürebileceği hakları engellemez (BK. m. 34/I, c. 2). Örneğin, bir vekâlet sözleşmesine dayalı olarak verilmiş temsil yetkisi, aynı zamanda vekâlet 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 mümkündür[89].

2. Üçüncü Kişinin İyiniyetinin Korunması

a. Genel Kural

50 Temsil olunan bir kimseyi temsilci olarak yetkilendirdiğini "açıkça" veya "fiilen (davranışlarıyla)" üçüncü kişilere bildirmişse (dış temsil), bu yetkiyi geri aldığını da sözü geçen üçüncü kişilere bildirmelidir. Bunu yapmadığı takdirde, 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; **Zäch**, 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.II.309.
87) **Zäch**, Art. 34, N. 29.
88) Bu görüşte: **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1367. Aksi görüşte: **Zäch**, Art. 34, N. 27.
89) Bkz. **Zäch**, Art. 34, N. 23.

yetkisiz duruma düşmüş) temsilci ile yapacakları hukukî işlemlerle bağlı tutulur (BK. m. 34/III)[90].

BK. m. 34/III hükmünün uygulanabilmesi için, T'nin, Anın temsilcisi olarak yetkilendirildiği, *temsil olunan A tarafından* üçüncü kişiye bildirilmiş olmalıdır. Böyle bir bildirimde bulunmaya yetkisi bulunmayan kişilerin, "A, T'ye temsil yetkisi verdi" şeklinde Ü'ye ulaştırdıkları bilgi, BK. m. 34/III'ün uygulanmasına yol açmaz. Örneğin, bu bilgiyi Ü, bir öğle yemeğinde arkadaşından öğrenmişse veya bizzat temsilci T, herhangi bir yetki belgesi (vekâletname) ibraz etmeksizin A tarafından kendisine temsil yetkisi verildiğini Ü'ye beyan etmişse durum böyledir[91]. 51

Kanunda açıkça yazılı olmamakla birlikte, hâkim görüşe göre, temsil yetkisinin geri alındığı konusunda üçüncü kişileri uyaran bildirimin, temsilcinin yetkilendirildiğini haber veren önceki bildirim ile *eşdeğer* bir yoldan yapılmış olması gerekir. Eşdeğer yol denince, bundan, *geri alma beyanının üçüncü kişi tarafından öğrenilmesini, en az temsil yetkisinin verildiğini bildiren beyanın öğrenilmesi kadar garanti altına alan bir yola* başvurulması anlaşılır. Örneğin, A, T'yi temsilci olarak yetkilendirdiğini Ü'ye telefonla yahut bir faks mesajı ile bildirmişse, geri almayı da telefonla yahut bir faks mesajı ile hatta bir mektupla bildirmesi bu şartı gerçekleştirir. Buna karşı, üçüncü kişiye yazılı olarak (örneğin bir sirküler göndererek) yahut temsilci tarafından yetki belgesinin ibrazı suretiyle gerçekleştirilmiş bir bildirimin, umuma yapılan ilânlar (özellikle gazete ilânları) yolu ile geri alınmak istenmesi, eşdeğer bir vasıtaya başvurulması anlamını taşımaz. Zira, yetki verildiğini kendisine şahsen yapılan bildirim ile sağlam ve güvenilir biçimde öğrenen üçüncü kişinin, tüm gazete ilânlarını okuyup geri alma bildirimini öğrenmesi aynı derecede güçlü ve güvenilir bir ihtimal sayılamaz. Bu gibi durumlarda, ilân yolu ile yapılan geri almanın hüküm doğurması, ilânın sözü geçen üçüncü kişilerin bilgisine ulaştığının, yani onların fiilen bu ilânla ilgili olarak bilgi sahibi olduklarının ispatına bağlıdır ki, bunun gerçekleşme şansı çok zayıftır[92]. 52

---

90) İsviçre BK. m. 34/III hükmünde üçüncü kişinin "iyiniyetli" olması gerektiği açıkça ifade edildiği halde, bu sözcük BK. m. 34/III'de yer almamaktadır. Buna rağmen, hâkim görüş, BK. m. 34'ün temelinde yatan değerlendirmelere uygun biçimde, bizde de üçüncü kişinin iyiniyetli olması gerektiğini kabul etmektedir (Bkz. **Eren**, 9. bası, s. 407; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 197). Şu halde, temsil olunanın üçüncü kişiye geri alma beyanını haber vermeyi ihmal ettiği ihtimallerde de, yetkinin tamamen veya kısmen kaldırıldığını herhangi bir kaynaktan öğrenen veya MK. m. 3/II çerçevesinde bilebilecek durumda olan üçüncü kişi, BK. m. 34/III hükmünden yararlanamaz (**Zäch**, Art. 34, N. 59-60).

91) **Oser/Schönenberger**, Art. 33, N. 16; **Zäch**, Art. 34, N. 59.

92) Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, not 61'de age, s. 210-211; **Koller**, not 73'de age, N. 302; **v. Tuhr**, AT, II/2, s. 405; **Enneccerus/Nipperday**, § 186, not 13; **Zikos**, Die Vollmacht nach schweizerischem und griechischem Recht, Zürich 1966, s. 95. "Eşdeğer olma" şartının açıklanması için ayrıca krş. **Zäch**, Art. 34, N. 53 vd.–Derhal belirtelim ki, **Zäch**, hâkim görüşten ayrılarak, eşdeğer olma şartından tamamen vazgeçilmesine taraftardır.

b. BK. m. 37 Hükmü 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 (kanunda 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 savunuyordu[93]. Bu görüş bugün geniş ölçüde terk edilmiştir[94]. Geri alma beyanı temsilcinin iktidar alanına ulaştığı, yani varma gerçekleştiği halde, temsilci (kendisi açısından bir ihmal, 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 yarım 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 Tye ulaştığını ispat etmekle yetinecektir. Buna rağmen herhangi bir ihmali bulunmaksızın öğrenmenin gerçekleşemediği konusunda ispat yükü temsilci T'ye aittir[95].

c. BK. m. 34/III Çerçevesinde, Kendisine Bildirim Yapılan Üçüncü Kişi Hangi Andan İtibaren Kötüniyetli 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 (**Zäch**, 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 hâkim 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; **Zäch**, Art. 37, N. 5; **Guhl/Koller**, § 21, N. 20; **Karahasan**, 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.

mış olması, o bunu öğrenmemiş dahi olsa, kendisinin kötüniyetli sayılması ve BK. m. 34/III hükmünden yararlanmasına izin verilmemesi için yeterli sayılabilir mi? Bu soruya olumlu cevap veren yazarlar vardır[96]. Yeni eğilimlere göre, sözü geçen bildirimin hüküm doğurması ve BK. m. 34/III çerçevesinde üçüncü kişinin iyiniyetini bertaraf edebilmesi için, bu bildirimin karşı tarafa varması yeterli olmayıp, öğrenme şartının da gerçekleşmiş olması gerekir[97]. 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 bildirimi 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 (Vekâletnamenin) Üçüncü Kişiye İbraz Edilmesi Suretiyle Gerçekleşmiş Bulunması Halinin Özellikleri

Temsil olunan bir kimseyi temsilcisi olarak yetkilendirdiğini üçüncü ki- 55
şilere iki farklı yoldan birisi ile bildirmiş olabilir:

— 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* (vekâletname) düzenlemekle yetinmiştir. Üçüncü kişilere yapılan bildirim, temsil olunanın habercisi (muhbiri, ulağı) 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) **Zäch**, 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 vermekten ibarettir. Buna karşı, ikinci yol tercih edilmiş ve temsilcinin eline bir yetki belgesi verilmişse, temsil olunanın elinde iki imkân vardır:

— *Birinci imkân*, üçüncü kişilere değil, yetki belgesini (vekâletnameyi) 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 imkân* 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 imkândan, ancak yetki belgesinin gösterildiği *üçüncü kişileri bildiği ölçüde* yararlanabilir[98]. Yetki belgesinin kimlere gösterildiğini bilmeyen temsil olunanın yetkinin geri alındığını onlara haber vermesi mümkün değildir[99]. Bununla beraber, sadece "bilinen" üçün-

98) Bu görüş için bkz. **Bucher**, AT, s. 612 ve not 49; **Bär**, 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; **Karahasan**, TBH, GH, cilt 1 (2003), s. 403, not 350.

99) Gazetelere verilecek bir ilân ile yetkinin geri alındığının bildirilmesi, eşdeğer bir yola başvurulmamış olduğundan, ilke olarak, yeterli sayılamaz. Gerçekten kendisine ibraz edilen yetki belgesine (vekâletnameye) 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 ilânları takip edip öğrenmesi ondan istenemez ve beklenemez. Ancak, bazı özel durumlardadır ki, üçüncü kişinin ilânı gördüğü veya mutlaka görmüş olması gerektiği sonucuna varılabilir. Örneğin, ilân üçüncü kişinin her gün aldığı bir gazetede büyük puntolarla ve göze çarpacak biçimde yayınlanmışsa durum böyledir. *De lege ferenda*, modern teknolojiden yararlanarak, temsil yetkisinin geri alınmasına ilişkin beyanlar için Internet üzerinden bir çözüm aranması akla gelebilir. Bugünkü hukukî 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 alma beyanının kimlere karşı yapılacağı problemini kesin çözüme bağlar. Belgede adı geçmeyen üçüncü kişiler, bu belge kendilerine gösterilmiş bile olsa, BK. m. 34/III 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. **Zäch**, Art. 36, N. 22; **Watter**, Basler Komm., Art. 36, N. 4). Bu bakımdan bazı yazarların (**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 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 imkânı kalmadığı zaman, mahkemenin yetki belgesinin hükümsüz sayılmasına karar verebileceği şeklindeki görüşlerine katılamıyoruz.

cü kişilerle yetinmemek ve temsil olunanın (ayrıca bir araştırma 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 kolleksiyoncuya gösterilmiş olabileceğini hesaba katması beklenir. İşte, *temsil olunanın bildiği veya apaçık bilebilecek durumda olduğu üçüncü kişilere yetkinin geri alındığı bildirilmediği vakittir ki, bu yoldan yaratılan hukukî görünüş temsil olunana isnat edilebilir (bağlanabilir) ve BK. m. 34/III uygulanmak suretiyle yetkisi geri alınmış 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 hukukî görünüşün, temsil olunanca doğrudan doğruya onlara bildirimde bulunmak suretiyle ortadan kaldırılması, dolayısı ile temsil olunana isnat edilmesi (bağlanması) mümkün değildir. Bu gibi ihtimallerde, geri alma 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 (tâli) 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 kalabilir[100].

e. Bir Yetki Belgesinin Düzenlenip Temsilciye Verildiği Hallerde, BK. m. 33/II ile BK. m. 34/III Arasındaki İlişki

BK. m. 34/III'de öngörülen olguda, temsil olunanın habercisi olarak ha- **58**
reket eden temsilci, elindeki yetki belgesini (vekâletnameyi) üçüncü kişiye gösterdikten *sonra*, bu yetki temsil olununca geri alınmıştır. Şu halde, *belgeyi üçüncü kişiye ibraz ettiği tarihte, temsilci gerçekten yetkilidir.* Bu durumda, verdiği yetkiyi (temsilcisinin yetki belgesini ibraz etmesi suretiyle) bildirmiş olan temsil olunan, bunu geri aldığını üçüncü kişiye bildirmeyi ihmal ederse, (hiç değilse bildiği veya apaçık bilebileceği iyiniyetli üçüncü kişilere karşı) yetkisiz hale gelmiş temsilcinin yapacağı işlemlerle bağlı 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 (vekâletnameyi) 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 sıfatı devam ediyormuş 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 dolayısı ile 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 de[101] 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 bildirime muhatap olan kişinin bunu nasıl anlamış olması gerektiği esas alınarak belirlenir. Açıktır ki, kendisine temsilci tarafından temsil olunanca verilmiş bir yetki belgesi (vekâletname) 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 haklıdır[102]. Ondan, 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 hukukî görünüş yaratabileceğini çok iyi bilebilecek ve takdir edebilecek durumdadır. Buna ek olarak, o, üçüncü kişilere yetkinin geri alındığını bildirerek bu hukukî görünüşü ortadan kaldırabileceğinin de bilincindedir. Şu halde, yetkinin devam ettiği konusunda yaratılan ve üçüncü kişinin güvenine esas teşkil eden hukukî görünüş, pasif kalmayı 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/Schluep/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 aldığını (tıpkı BK. m. 34/III'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/III'de olduğu gibi) yetkisiz temsilcinin yetki belgesine dayanarak yaptığı işlemle bağlıdır*[103]. 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 imkânından 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 açısından hem BK. m. 34/III hem de BK. m. 33/II'nin uygulanması söz konusu olabilir. Örneğin, A, bazı taşınırlarının satımı için T'ye temsil yetkisi vermiş ve bu yetki bir belgeye bağlanmıştır. T bu mallardan birisini satmak için $Ü_1$ ile temas kurmuş ve yetki belgesini ibraz ederek temsilci sıfatını kanıtlamıştır. Ertesi gün, A, T'nin temsil yetkisini geri almış, fakat bu geri alma beyanı ile ilgili olarak kimseye bilgi verme gereğini duymamıştır. Bir kaç gün sonra, T elinde kalan yetki belgesi ile bir başka taşınırı satmak üzere $Ü_2$'ye başvurmuş ve aynı gün hem $Ü_1$ hem de $Ü_2$ ile satış sözleşmelerini gerçekleştirmiştir. Bu durumda iyiniyetli $Ü_1$ ile yapılan satış sözleşmesi açısından BK. m. 34/III, iyiniyetli $Ü_2$ ile yapılan satış sözleşmesi açısından da BK. m. 33/II uygulanacak ve A'nın yetki belgesinin hem $Ü_1$e hem de $Ü_2$ ye ibraz edileceğini bildiği yahut apaçık bilebilir olduğu ihtimallerde her iki sözleşme de geçerli sayılacaktır. Bu örnek, $Ü_1$ ve $Ü_2$ ile yapılan satış 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. 60

Yukarıda benimsediğimiz çözüm Türk öğretisinde hayli taraftar topladığı halde, İsviçre öğretisinde herkes tarafından kabul edilen bir çözüm değildir. Orada, (tartışmalı olmakla birlikte) yaygın biçimde ve aşağıda belirtilen farklı gerekçeler ile, geri alma 61

103) Aynı doğrultuda: **Zikos**, not 92'de age, s. 34; **Kutlu Sungurbey**, Yetkisiz Temsil, İstanbul 1988, s. 39; **Gauch/Schluep/Tercier**, La partie générale du droit des obligations, 2 éd., Zürich 1982, N. 1029; **Kocayusufpaşaoğlu**, not 61'de age, s. 226-227; **Oğuzman/Öz**, 4. bası, s. 192, not 670; **Karahasan**, 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/II 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, artık temsil olunanın iradesine dayanmadığı için yetkinin üçüncü kişiye bildirilmesi anlamını taşımaz[104]. 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 görüş[105] bir ayrım 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/II 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 kısmî 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. 33/II, bu görüş sahiplerinin ileri sürdüğünün tersine, üçüncü kişilerin yetki belgesini ibraz eden kişinin "haberci" sıfatına değil, onun tarafından gösterilen yetki belgesi uyarınca "temsilci" sıfatına duydukları 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 bulunduğuna ilişkin haklı güvenini esas almıştır[106].

---

104) **v. Tuhr/Peter**, § 42, s. 358, not 23. Her ne kadar, bu eserde, sözü edilen durumda BK. m. 34/III anlamında bir yetki bildiriminden söz açılamayacağı ileri sürülüyorsa da, bu anlayıştan, kaçınılmaz biçimde BK. m. 33/II'nin de (ortada bir yetki bildirimi bulunmadığından) bu gibi durumlarda uygulanamayacağı sonucu çıkar.

105) **Chappuis/Dätwyler**, Titre de procuration: La protection de la bonne foi selon les articles 33, 34 et 36 CO, Sem. Jud., 1987/16, s. 248 vd.

106) Öğretide, örneğin yetki 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 (vekâletnamede 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 hâkim olan anlayışla bağdaşmadığı pek açıktır. Bu tip sınırlamalarla yetki belgesi düzenleyen

— Bu konuda rastlanan üçüncü bir görüş, meseleye yine temsilcinin haberci sıfatını ön plâna çıkararak bakmakta ve (tartışmalı olmasına rağmen) hâkim düşünce tarafından benimsenmiş bulunan "haberci, bilerek ve isteyerek kendisine verilen mesajı başka şekilde naklederse, haberci aracılığı ile beyanda bulunan kişi, bu şekilde kasten değiştirilmiş mesaj ile bağlı tutulamaz" esasından hareket etmektedir[107]. Şu halde, yetkisi geri alınmış ve o andan itibaren elindeki yetki belgesini üçüncü kişilere gösterme imkânını hukuken kaybetmiş temsilci, bu belgeyi kullanmaya devam ederse; o, bilerek ve isteyerek yanlış mesaj nakleden bir kişi konumuna girdiğinden, yukarıda sözünü ettiğimiz esas kıyas yolu ile uygulanmak suretiyle, temsil olunanı bağlayıcı geçerli bir bildirimi gerçekleştirmiş sayılamaz ve BK. m. 33/II uygulama alanı bulamaz[108].

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 değişiklik dahi yapmamış, onu olduğu gibi nakletmiştir[109]. O, sadece, bu mesajın arkasında yatan "temsil yetkisinin geri alınmış bulunduğu olgusunu" gizlemekle yetinmiştir. Bu yüzdendir ki, bu engel, "kıyas" yoluna başvurmak suretiyle aşılmak istenmektedir. Oysa, aşağıdaki açıklamalarımızdan anlaşılacağı gibi, kendisine yetki belgesi verilmiş temsilcinin durumu ile, alelâde bir habercinin durumları kıyasa imkân vermeyecek ölçüde farklıdır.

= Yetkisi geri alındığı halde yetki belgesini muhafaza eden temsilci, "başkası tarafından haberci olarak görevlendirilmediği halde kendiliğinden onun habercisi kılığına girip uydurma bir beyanı karşı tarafa nakleden kişiye" de benzetilebilir[110]. 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 incelendiği vakit, bu açıdan da bir kıyasa yer olmadığı ortaya çıkmaktadır.

= İster kasten elindeki mesajı değiştiren haberciye, ister kendi kendisine haberci kılığına giren kişiye karşı, beyan sahibi tamamen çaresiz ve savunmasızdır. Bir mesajın haberci tarafından kasten değiştirilmesi, bir beyanın nakledilmesine ilişkin olarak, beyan sahibi tarafından üstlenilmesi gereken tipik bir risk değildir. Hiçbir beyan sahibinden, hayatta pek nadir olarak karşımıza çıkabilecek bu riski de hesaba katması beklenemez ve haberci tarafından kasten değiştirilmiş 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 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. yukarıda § 36, N. 48-49.

108) Örnek olarak bkz. **Koller**, not 73'de age, N. 254; **Watter**, Basler Komm., Art. 33, N. 33; **Zäch**, Art. 33, N. 145.

109) Bu konuda ayrıca bkz. **Schmidlin**, Art. 27, N. 14; **Oser/Schönenberger**, Art. 27, N. 2.

110) Bu konuda bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, not 61'de age, s. 225-226.

namaz)[111]. Aynı sonuç evleviyetle (a fortiori), beyan sahibinin haberi dahi olmadan, bir kimsenin onun habercisi kılığına girmesi halinde de geçerlidir. Bütün bu gibi durumlarda, olaylar tamamen kendi bilgisi dışında cereyan ettiği için beyan sahibinin yapabileceği bir şey yoktur. 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 kalktığını 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 çıkarmaz 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 yüzdendir ki, geri aldığı yetkiye rağmen, bildiği veya bilebileceği üçüncü kişileri uyarmayan temsil olunan (BK. m. 34/III'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 olur[112]. 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 ayrım yapılacaktır:

= Kötüniyetli temsilci, temsil yetkisi geri alındıktan *sonra*, yetki belgesini (vekâletnameyi) 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; **Schwenzer**, Basler Komm., Art. 27, N. 5. -Ayrıca 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 (vekâletnameyi) 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/II 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 yetinilir[113].

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 $Ü_1$'e ibraz etmiş, yetkisi geri alındıktan sonra ise hem $Ü_2$, hem de $Ü_3$'e göstermiştir. Yetkinin geri alınmasına ilişkin beyanından sözü geçen üçüncü kişilerden hiçbirini haberdar etmeyen temsil olunan A, yetki belgesinin $Ü_1$ ve $Ü_2$'ye gösterildiğini bildiği veya apaçık bilebileceği halde, bunun $Ü_3$'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 $Ü_1$, $Ü_2$ ve $Ü_3$ ile A adına sözleşmeler yaparsa, $Ü_1$ açısından BK. m. 34/III, $Ü_2$ açısından BK. m. 33/II, $Ü_3$ açısından ise BK. m. 36 uygulanacaktır. 63

§ 49. Yetkisiz Temsil

I. Kavram ve Uygulama Alanı

Başkasına adına işlem yapan temsilcinin, üçüncü kişi ile yapılan *sözleşmenin kurulduğu anda*[1] geçerli bir temsil yetkisine sahip olması ilke olarak zorunludur[2]. O, böyle bir yetkiye sahip olmaksızın üçüncü kişi ile 1

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) **Zäch**, Art. 38, N. 4; **Violand**, Die Stellvertretung ohne Ermächtigung, Bern/Stuttgart, 1988, s. 52.

2) Bu konuda krş. yukarıda § 47, N. 13.

işlem yaptığı takdirde, BK. m. 38-39 hükümleri tarafından düzenlenen yetkisiz temsil kavramı karşımıza çıkar. Yetkisi olmadan işlem yapan temsilciye "yetkisiz temsilci" *(falsus procurator)* denir. Yetkisiz temsil, özellikle şu gibi durumlarda söz konusu olur[3]:

1. Temsilciye hiç bir zaman bir temsil yetkisi verilmemiştir veya bir yetki verilmiş olsa bile yetkilendirme işlemi herhangi bir sebepten ötürü kesin hükümsüzdür. Yetkilendirme 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 kendisine verilen yetkinin sınırlarını aşarak üçüncü kişi ile bir işlem yapmıştır. Bu açıdan yetkinin başlangıçta sınırlı olarak verilmesiyle, sonradan (işlem yapılmadan önce) kısmen geri alınmış olması 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 plânda akla gelen bu ihtimallere, temsil olunanın hep birlikte hareket etmeleri kaydı ile yetkilendirdiği birden fazla temsilciden sadece birinin tek başına işlem yapması[4] veya (istisna durumlarından biri söz konusu olmaksızın) temsilcinin kendi kendisiyle yahut her iki tarafı temsilen hareket etmesi[5] yahut kendisine verilen talimata uymaması[6] veya temsil yetkisini kötüye kullanması[7] 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/Schluep/Schmid**, N. 1373 vd.; **Zäch**, Art. 38, N. 5 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 199.

4) Bkz. yukarıda § 46, N. 50.

5) Bkz. yukarıda § 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.

halde, elinde kalan yetki belgesi ile temsilci adına işlem yapmaya devam eden temsilcinin durumu yerine göre farklı olabilir. Şöyle ki, bu olguya, gerçekte ikincil (=tâli) 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.

II. 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. Bu sebeple, sözleşme kurulmuş olmasına rağmen *askıda hükümsüzdür*. İşlemin geçerli olması için kanun tarafından aranan "başkası adına hareket eden kişinin temsil yetkisine sahip olması" şartı gerçekleşmediğinden, gerek temsil olunan gerekse üçüncü kişi bu sözleşme ile hiçbir şekilde alacaklı, borçlu sıfatlarını kazanmamışlardır. Sözleşme her ikisi açısından da geçersizdir. Ancak bu geçersizlik kesin değildir, ortada bir 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 telâfi etmek üzere) *icazet* 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 değerlen- 4

8) **Zäch** (Art. 38, N. 33), icazetten önce işlemin ne geçerli ne de geçersiz olduğunu ve geçici olarak bir taraflı bağlamazlık yaptırımına tâbi olduğunu söylemektedir. (Benzer görüşte: **Esener**, Yetkisiz Temsil, II. 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 varmasına elverişli) bir süre tayin edip kararını bildirmesini ister[9]. 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 hükümsüzlüğe dönüşür. Süre susarak geçirilmişse, bu, ilke olarak icazet verilmediği anlamına gelir.

5 Kendisine kararını bildirmesi için bir süre tanınmayan temsil olunanın işleme icazet verme hakkının sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren bir yıllık hak düşürücü bir süreye tâbi olduğu yolunda ileri sürülen görüş[10], kanunda böyle bir hüküm yer almadığından, hukukî 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 yorumlanabilir[11].

7 İcazet verilmesine ilişkin beyan kurucu yenilik doğuran bir işlem niteliğini taşır. Bu beyanın karşı tarafa varıp sonuçlarını doğurmasından sonra, temsil olunanın bunu geri alması mümkün değildir. Gerek icazet vermeye gerekse icazetin reddine ilişkin beyanlar, hâkim görüşe göre, temsilciye karşı yapılabileceği gibi, *üçüncü kişiye* karşı da yapılabilir. Şu var ki, *üçüncü kişinin 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 olur[12].

---

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 (**Larenz/Wolf**, § 49, N. 12).

10) Bu düşüncede **Zäch**, Art. 38, N. 36, 42, 61.

11) **Zäch**, Art. 38, N. 55.

12) **Watter**, Basler Komm., Art. 38, N. 5; **Zäch**, Art. 38, N. 59; **Oser/Schönenberger**, Art. 38, N. 5. Farklı görüşte: **Violand**, not 1'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

İcazete ilişkin beyanların temsil olunan tarafından hem temsilciye hem de üçüncü kişiye yapılabilmesi bazı karışık ve tartışmalı problemlere yol açmaktadır. Gerçekten, henüz üçüncü kişi tarafından bir mehil tayin olunmadan, temsil olunan yetkisiz temsilciye karşı icazetin verildiğine veya reddine ilişkin bir beyanda bulunduğu halde, temsilci bunu üçüncü kişiye ulaştırmamış olabilir. Bu gibi durumlarda, üçüncü kişi BK. m. 38/I uyarınca temsil olunana uygun bir süre verip icazet verip vermeyeceğini bildirmesini 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 bildirmesi 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: 8

a – Birinci görüş, Alman Hukukunda, BGB § 177/II tarafından kabul edilen görüştür. Buna göre, üçüncü kişi temsil olunana bir süre tayin etme yoluna gittiği zaman, daha önce temsil olunanın temsilciye karşı yaptığı ister "icazet veriyorum" ister "icazet vermeyi reddediyorum" şeklindeki tüm beyanlar hükümsüz kalır ve sonradan verilen mehil içinde temsil olunan icazet verip vermemekte tamamen serbest olur[13]. 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 bağlanacaktır[14]. 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: **Zäch**, 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 etmektedir[15].

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 kuşkusuz ancak bundan haberi olmuş ise) temsil olunana ayrıca bir süre vermeksizin, temsilciye yapılan icazet beyanı ile sözleşmenin geçerlilik kazanmış olmasına dayanabilir[16]. Her ne kadar açıkça ifade edilmemiş bulunuyorsa da, aynı sonucun, temsil olunanca 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 kesinliği sağlama gücünden yoksundur.

9 Bizce, bütün bu görüşler arasında, "de lege ferenda" üstün tutulması gereken görüş BGB § 177/II tarafından benimsenen ve icazete ilişkin olarak temsilciye karşı yapılan beyanları tamamen bir köşeye bırakmayan birinci görüştür. Hukukî durumun ne olduğunu 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 beyanların hükümden düşmesi ve sonucun bu mehil üzerine temsil olunanca icazet verilip verilmemesine göre belirlenmesi bu kesinliği sağlar. Ne var ki, yürürlükteki hukukumuzda, mehil tayininden önce yapılmış tüm beyanların geçersiz sayılmasını öngören bir hüküm 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 sözleşmenin olduğu gibi kabul edilmesine yönelik bulunması gerekir[17]. Bazı değişiklikler yapılması isteğini içeren bir icazet, yeni bir sözleşme yapılmasına ilişkin bir icap olarak değerlendirilebilir[18].

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 vekâletsiz iş görme niteliğini taşıyacaktır. BK. m. 415 hükmüne göre, "İş sahibi yapılan işe icazet verirse, vekâlet hükümleri câri olur". Burada sözü edilen ve sırf "iç (temel) ilişkiyle" ilgili olan icazeti, "dış ilişkide" yer alan temsil yetkisine yönelik icazet ile karıştırmamak gerekir. Belirli bir olayda, icazetin sadece iç ilişkiye yönelik olarak verilmesi (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 anlamındaki "dış icazeti" de kapsadığı kabul edilmektedir. (**Schmid**, Zürcher Komm., V. Band, Obligationenrecht, Zürich 1993, Art. 424, N. 12, 27; **Zäch**, Art. 38, N. 32, 63, 68).

18) **Watter**, Basler Komm., Art. 38, N. 6; BGE 93.II.307

halde işlemin sadece *kısmen* kabul edilmesine ilişkin bir icazet geçersizdir. Şu var ki, *temsilcinin yetkisinin sınırlarının aşılması* biçiminde gerçekleşen yetkisiz temsil durumlarında, sözleşmenin bölünebilir olması kaydı ile, bu ilkeye bazı istisnalar tanınmaktadır[19]. Bu istisnaları iki grupta toplayabiliriz:

— *BK. m. 20/II'nin kıyas yolu ile uygulanmasına dayalı istisnalar:*

Örneğin temsilciye bir maldan 20 ton satın alınması için yetki verildiği halde, o yetkisini aşıp 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 doğurur[20].

— *BK. m. 25/II'nin kıyas yolu ile uygulanmasına 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 gerekir[21].

Temsil olunanın icazetin verilmesine veya reddine ilişkin beyanı bizzat 12
yapması şart değildir. Bu beyan, onun yetkili temsilcisi tarafından da yapılabilir. Burada karşımıza bir problem çıkar: *Temsil olunan, yetkisiz temsil-*

19) Bu konuda istisna tanınmaksızın kısmî 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; **Zäch**, Art. 38, N. 13; **Bucher**, AT, s. 642, not 152. İçerik değiştirici kısmî hükümsüzlük görüşü açısından, bu durumda 30 tona ilişkin geçersiz kaydın yerini, tarafların farazî (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. 25/II'den değil, duruma tam olarak uymayan BK. m. 389/II'den kıyas yolu ile yararlanıyor (keza: **Watter**, Basler Komm., Art. 38, N. 2) ve üçüncü kişinin beyanının temsil olunanın icazetin reddine ilişkin beyanından önce yapılması gerektiğini ileri sürüyorlar. Bizce, BK. m. 25/II'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 imkânı 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 imkân tanındığı halde[22], İsviçre Hukukunda konu tartışmalıdır[23]. Bizce, bu sorunun cevabını verirken bir ayrım yapılmalıdır:

— Temsilcinin sonradan yetkilendirilmesine ilişkin yetki belgesinde (vekâletnamede) 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 edilemez[24]. Sözü geçen biçimde tanınmış bir yetki, sadece *başkalarının* temsil olunan adına yetkisiz temsilci sıfatı ile yaptıkları işlemlere icazet verilmesi imkânını yaratır.

— Buna karşı, yetki belgesinde *temsilcinin bizzat kendisinin yetkisiz temsilci olarak yaptığı işlemlere* de icazet verme yetkisine sahip olacağı öngörülmüşse durum değişir. Bu halde, temsilci olarak yetkilendirilen kişi, daha önce yetkisiz temsilci olarak yaptığı işlemlere de temsil olunan adına icazet vermek hususunda yetkili sayılır. Bu görüşün gerekçesi şudur: Daha önce gördüğümüz gibi[25], temsilcinin "kendi kendisiyle" veya "her iki tarafı temsilen" temsil olunan adına işlem yapması, çıkar çatışması sebebiyle mümkün görülmüyor, ancak öngörülen iki istisnadan biri olarak, temsil olunan buna rıza 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 Komm., Art. 38, N. 5. Aksi görüşte: **Violand**, not 1'de age, s. 119 vd.; **Zäch**, Art. 38, N. 47.

24) Aynı yönde açıklamalar: **Violand**, not 1'de age, s. 121.

25) Bkz. yukarıda § 46, N. 62 vd.

lemlere icazet verip vermemek" hususunda da yetkilendirilmişse, "kendi kendisiyle işlem yapma" veya "iki tarafı temsilen işlem yapma" durumları için öngörülen çözümlere kıyasen, bu yetkilendirme ona kendi yaptığı işlemlere de icazet verme imkânını sağlar.

13 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 sayılabilip 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 bulunmasına dahi gerek kalmaksızın, tek başına askıda hükümsüz işlemi geçerli hale sokabilir mi?* Bu soruya olumlu cevap verilebilirse, yukarıda N. 12 altında yaptığımız açıklamaların her türlü pratik değerden yoksun kalacağı kuşkusuzdur. Bizce, ilke olarak, yetkisiz temsilcinin temsil olunan adına yaptığı işlemden sonra temsil olununca yetkilendirilmesi tek başına daha önce yapılmış askıda hükümsüz sözleşmeyi geçerli hale getirecek bir güce sahip değildir. Bir defa, yetkisiz temsilci tarafından kendi adına yapılmış işlemden haberi dahi olmayan temsil olunanın, bu defa onu yetkili kılacak bir vekâletname 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 vekâletnamede davacının namına "tahakkuk etmiş ve edecek hakedişleri ilgili dairelerden ahz-ü kabza" yetki verildiğini dikkate alarak "Böylece davacı, vekâlet verdiği Vehbi H.nın önceki tahsilâtına da icazet verdiği ortadadır" sonucuna varmıştır[26]. Görüldüğü gibi, bu olayda icazetin kabul edilmesi, sadece yetkisiz temsilci adına sonradan bir yetki belgesi düzenlenmesine değil, bu belgede sonraki tahsilât gibi, (vekâletnamenin verildiği tarihte tahakkuk etmiş bulunan hakedişlere ilişkin olarak) "önceki" tahsilât için de geçmişe dönük bir yetkilendirmenin yer almasına dayanmaktadır. Önceki tahsilât 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 vekâletname geldikten sonra, noterde esas inşaat sözleşmesi yapılacaktır. Yüksek mahkemeye göre "Davalı, protokolde öngörülen vekâletnameyi 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 vekâletname gönderilmesi olmayıp, bu vekâletnamenin 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[28]. Vekâletname önceki

26) Yarg. 15. HD., 7.3.1989, E. 1800, K. 1685 (**Karahasan**, SH, Sözleşmeler, s. 763-764).
27) Yarg. 15. HD., 10.5.1979, E. 703, K. 1083 (**Karahasan**, SH. Sözleşmeler, s. 769).
28) Kaldı ki, olayda, protokolün temsil olunan oğulun babasına vekâletname (yetki belgesi)

protokol ve içeriği bilinmeden gönderilmiş olsaydı varılacak sonuç hiç kuşkusuz farklı olurdu.

Bu konuda bir örnek de biz vermek istiyoruz: Yetkisiz temsilci ile yapılan askıda hükümsüz işlemden sonra üçüncü kişi temsil olunana bir süre tanıyıp icazet verip vermeyeceğini bildirmesini istemiştir. Bu süre içinde bir yetki belgesi (vekâletname) 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 yetkilendirmeye 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 ile uygulanan BK. m. 9 hükmü saklı kalmak üzere) bunun geri alınması mümkün değildir. Aynı ilke, icazetin reddine ilişkin beyan için de geçerlidir.

15 Hâkim 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 verilebilir[29]. Federal Mahkeme, kanun bir konuda yetkilendirme işleminin geçerli olmasını bir şekle bağlamışsa, icazetin de aynı şekilde verilmesi gerektiği kanısındadır[30]. 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 aranmalıdır[31].

3. Üçüncü Kişi Temsil Olunanın İcazet Vermesini Beklemeden Bir Taraflı İrade 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 kurulduğu anda temsilcinin yetkisiz olduğunu

---

göndermesi geciktirici şartına bağlı olarak yapıldığı ve vekâletname gelince şart gerçekleşmiş olacağından, onun, BK. m. 149/II hükmü gereği tarafların aksini istedikleri anlaşılmadıkça, ileriye doğru (ex nunc) hüküm doğurmaya başladığı da düşünülebilir. Ne var ki, bu anlayış çerçevesinde de, vekâletnamenin gönderilmesi bir icazet olarak değerlendirilemedikçe, Almanyadaki oğul bu protokol ile bağlı tutulamayacaktır.

29) Örnek olarak bkz. **v. Tuhr/Peter**, § 45, II, s. 400; **Karahasan**, TBH, GH, cilt 1 (2003), s. 408.

30) BGE 75.II.342, JdT 1950.I.366. Ayrıca bkz. **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1382; **Watter**, Basler Komm., Art. 38, N. 6.

31) **Zäch**, Art. 38, N. 56; **Köhler**, 28.A., § 11, N. 66.

bilmeyen üçüncü kişi, buna dayanarak, *icazet verilinceye kadar* sözleşmeden cayabilir, bir başka 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 kurtarmak imkânını kaybeder. İsviçre-Türk Borçlar Kanunlarında bu yolda bir hüküm mevcut değildir. Hâkim görüşün, kanunda dayanağı olmayan bu imkânı reddetmesine rağmen[32], azınlıkta kalan bazı yazarlar aksi görüştedir[33]. Bizce, (hâkim 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 zarfında icazet verilmediği halde, o kimse mülzem 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; **Zäch**, 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 1'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 **Zäch** (Art. 38, N. 35) tarafından **Bucher**'in görüşüne yöneltilen şu eleştirinin hiç de yerinde olmadığını belirtmekle yetineceğiz: Bu yazarın fikrince, 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 olacaktır[34]. Böylece, temsilcinin yetkisiz olduğunu bilmeyen üçüncü kişi, dilerse, temsil olunanca icazet verilmesinden önce sözleşmeden bir taraflı irade beyanı ile sıyrılabilecektir. Aksi halde, bugün olduğu gibi, temsil olunanın icazet verip vermeyeceği belli oluncaya kadar geçecek, yerine göre haftalar, belki de aylar sürecek 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, sözleşmeden bir taraflı olarak dönme hakkının İsviçre-Türk Borçlar Kanunları tarafından tanınmamış olması, öğretiyi, bu sonucu başka yollardan 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 sürülmüştür[35]. 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 yapılmıştır[36].

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 atılmıştır[37]. Ne var ki, yeni İsviçre öğretisi, üçüncü kişiye temel hatasına dayanarak sözleşmeyi iptal etme hakkını tanımamaktadır[38]. 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 1'de age, s. 114. –"De lege ferenda" İsviçre Borçlar Kanununa bu yolda bir hüküm eklenmesine karşı: **Zäch**, Art. 38, N. 35.

35) **Becker**, Art. 38, N. 3; **Watter**, Basler Komm., 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) **Zäch**, Art. 38, N. 34; **Gauch/Schluep/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 **Zäch**'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 imkânının da bulunmadığı sonucu çıkar[39].

Bizce, bu görüşe karşı, daha ilk bakışta yapılabilecek eleştiri, bunun yetkisiz temsil alanında karşımıza çıkabilecek ihtimallerden sadece bir tanesi ile ilgili olmasıdır. O da, bir kimsenin, kendisine herhangi bir yetki verilmediği halde, kendisini temsilci olarak tanıtıp işlem yapmaya kalkışmasıdır. Yetkili bir temsilcinin yetkisini aşarak işlem yapması ihtimali bu görüşte hiç dikkate alınmamıştır. Biz, aşağıda, her iki ihtimali de § 51 N 1göz önünde tutarak, temel hatası ve hile açısından durumu ayrı ayrı ele alıyoruz: 20

a – Üçüncü kişinin "temel hatası"na dayanarak sözleşmeyi iptal edebilip edemeyeceği incelenirken bir ayrım yapmak uygun olur: 21

— Temsil olunan tarafından kendisine *hiçbir temsil yetkisi verilmemiş* bir kişi, kendisini temsilci olarak takdim edip bir işlem yapmışsa, BK. m. 24/I, b. 4 hükmüne dayanıp onun temsil olunan adına 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 hâkim 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 vardır[40]: 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 olunan da bunu biliyor veya bilebilecek durumda sayılır[41]. 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 **Zäch** (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 olunanı, sözleşmenin kurulduğu anda tıpkı yetkisiz temsilci gibi bu noktayı biliyor veya bilebilecek durumda olarak kabul etmek imkânı yoktur. Görülüyor 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 ortaya çıkmaktadır. Açıktır ki bu sonuç, bizde de BGB § 178 gibi bir hükmün[41a] 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 durumlarda[42] 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) imkânı vardır. Bir başka anlatımla, yetkilendirme işleminde öngörülen sınırlama sadece temsilcinin yapabileceği "hukukî 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 oluştu-

---

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 çıkabilir (BK. m. 26/II).

ran temsil olunanca da bilindiği veya bilinmesinin gerektiği kabul edilebilir ve BK. m. 24/I, b. 4'ün uygulanmasına bir engel kalmaz. Şu var ki, kıyas yolu ile uygulanan BK. m. 25/II gereği[43], temsil olunanın derhal icazet vermek suretiyle iptali etkisiz hale getirme hakkı saklıdır.

b. Gerçekte yetkisini aştığını bilen temsilci, yerine göre aktif bazı dav- 22
ranışlar içine girerek veya aydınlatma yükümünün olduğu yerde susarak kendisinin yetkili olduğu izlenimini yaratmışsa, üçüncü kişinin "hile" sebebiyle sözleşmeyi iptal etmesi de (BK. m. 28) aşağıdaki ilkeler çerçevesinde mümkün olabilir:

— Hiçbir şekilde yetkilendirilmediği halde, (örneğin, sahte bir vekâletnameye dayanarak) temsilci olduğunu ileri süren yetkisiz temsilcinin hilesi "üçüncü kişinin hilesi" sayılacağından (BK. m. 28/II), bu yoldan kurulan sözleşmenin üçüncü kişi tarafından iptal edilebilmesi, diğer tarafın (temsil olunanın) bu hileyi bildiğinin veya bilebilecek durumda olduğunun ispatına bağlıdır[44]. 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 doğar[45].

III. Üçüncü Kişinin Yetkisiz Temsilciden Talep Edebileceği Tazminat

Bu konuyu, temsil olunan tarafından sözleşmeye icazet verilmiş olup 23
olmamasına göre ayrı ayrı ele almak gerekir. Derhal belirtelim ki, BK. m. 39, bu ihtimallerden sadece icazet verilmemiş olması faraziyesini öngörmüş ve onu düzenlemiştir.

---

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 imkânı 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 hâkim 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 ahlâka aykırı olması gibi *başka sebepler* de varsa, artık BK. m. 39 hükmüne dayanarak yetkisiz temsilciyi sorumlu tutmak imkânı 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 ayrım yapmıştır:

a. Kural: Yetkisiz Temsilcinin Kusuru Aranmaksızın Olumsuz Zararlardan Sorumlu Tutulması (BK. m. 39/I)

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 girer[47]. Diğer taraftan, bu fıkrada 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 fıkrada bir *kusursuz sorumluluk* hali öngörülmüştür[48].

27 Buradaki tazminat talebinin hukukî 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; **Zäch**, 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/I hükmüne paralel olarak yetkisiz temsilcinin kusursuz sorumluluğunu kabul eden BGB § 179/II açısından, öğretide, temsilcinin kendi yetkisizliğinin farkına varması onun görüş ve bilgi edinme ufkunun 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 yolundaki tartışmaların devam etmesine rağmen[49] Türk Hukukunda hâkim görüş, Alman Hukukunda olduğu gibi, *culpa in contrahendo*'ya dayalı sorumluluğu (kıyas yolu ile) sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerine tâbi olan bir sorumluluk çeşidi olarak kabul etmektedir[50]. Şu halde,

---

49) Bkz. yukarıda § 2, N. 9. Federal Mahkemenin, haksız fiil hükümlerinin mi sözleşmeye aykırılık hükümlerinin 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. **Zäch**, 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 görülüyor ki, bu anlayış ister istemez Yüksek Mahkemenin rotayı Alman ve Türk Hukuklarında hâkim olan görüşe çevirdiğini gösteriyor (Bkz. **Wiegand**, Basler Komm., Einl. zu Art. 97-109, N. 11; **Thévenoz**, CR, İntro. 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. (Hâkim 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 yükümlülüklere 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 tâbi 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 kanunî sorumluluk çeşidi olarak karşımıza çıkmaktadır (Bu konuda ayrıca bkz. **Gauch/Schluep/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" (responsabilité fondée sur la confiance) kavramının özel bir çeşidi veya görünümü olarak ele almaktadır. (Özellikle bkz. BGE 120.II.331; BGE 130.III.345, JdT 2004, I, 207. Ayrıca bkz. **Kramer**, Berner Komm., Allgemeine Einleitung in das Schweizerische OR, N. 151. –Krş. **Bucher**, Basler Komm., Art. 1, N. 69e). Burada ayrıntıları ile üzerinde durulmayacak olan bu kavramın esası ("güven sorumluluğu" veya "güvene dayalı sorumluluk" kavramı hakkında toplu bilgi için özellikle bkz. **Gauch/Schluep/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 etmelidir[51]. Bunun gibi, yardımcı kişilerden sorumluluk söz konusu ise, BK. m. 55 değil BK. m. 100 uygulanacak ve tazminat davasının zamanaşımı haksız fiillere ilişkin sürelere (BK. m. 60) değil, ilke olarak (yetkisiz temsil yolu ile kurulan sözleşme için kanunda daha kısa bir süre öngörülmemişse)[52] on yıllık zamanaşımı süresine (BK. m. 125) tâbi tutulacak; nihayet, yetkisiz temsilcinin sorumluluk ehliyeti açısından haksız fiil sorumluluğunda olduğu gibi ayırt etme gücü (temyiz kudreti) yeterli görülmeyecek (MK. m. 16/II) ve hukukî 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 getirmediği 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 kalır[53]. Bu çözümü, açıklamak için "ifaya ilişkin menfaatler (çıkarlar)" (Erfüllungsinteressen) ile "kişi ve mal bütünlüğünün muhafazasına (korunmasına) ilişkin menfaatler (çıkarlar)" (Integritätsinteressen) arasındaki ayrımdan 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 hasar 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 çiğnenmiştir[54]. Şu halde, "culpa in contrahendo" sonucu karşı tarafın beden bütünlüğüne veya malına zarar veren kişi, bu şekilde gerçekleşen "eksilmeyi" ister istemez tam olarak telâfi 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 imkânından 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 **Zäch**, Art. 39, N. 42.

53) Bu konuda bkz. **Larenz**, SR I, s. 112; **Gauch/Schluep/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 olmayan alacaklı, ifanın gerçekleşmemesi sebebiyle uğradığı çıkar kaybının tazmin edilmesini de ilke olarak 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 imkânlar tanıyan özel ve istisnaî hükümler bulunmadıkça) ifaya ilişkin menfaatlerini değil, sadece sözleşmenin geçerli olduğuna ilişkin güveninin boşa çıkması dolayısı ile ihlâl edilmiş menfaatlerinin, yani olumsuz zararının tazminine yönelik bir talep hakkına sahip olur[55].

b. İstisna: Yetkisiz Temsilcinin Kusurlu Olması ve Hakkaniyetin Gerektirmesi Halinde Hâkimin Daha Yüksek Bir Tazminata Hükmedebilmesi (BK. m. 39/II)

İki şartın gerçekleşmesi halinde hâkimin hükmedeceği tazminat olum- 29
suz zarar miktarını aşabilir. Bu şartlardan birincisi yetkisiz temsilcinin kusurlu olması, diğeri ise hakkaniyetin olayın özellikleri dikkate alınarak bu çözümü gerektirmesidir. Şu halde:

— Yetkisiz temsilci, BK. m. 39/I'de öngörülen halden farklı olarak, *kusurlu* 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 olunan adına hareket etmiş olmasıdır. Görüldüğü gibi, sırf *yetki eksikliğinin bilinmesine veya bilinebilir olmasına* yönelik bir kusur dikkate alınmaktadır[56].

— Yetkisiz temsilcinin kusurlu olması BK. m. 39/II hükmünün uygulanması için yeterli değildir. Ayrıca *hakkaniyetin* de olumsuz zararı aşan bir tazminatı haklı göstermesi gerekir. Ne vakit bu şartın gerçekleşeceği konusuda önceden kesin bir kural koymak mümkün değildir. Sonucu olayın özellikleri belirleyecek, ancak (zorunlu olmamakla birlikte) yetkisiz temsilcinin kusurunun ağır olması çok defa hakkaniyet şartının gerçekleşmiş sayılmasında büyük rol oynayabilecektir[57].

Bu şartlar gerçekleştiği zaman, olumsuz zararı aşan ve üst sınırı olumlu 30
zarar (ifa menfaatleri) olan bir tazminatın talep edilmesi mümkün olacaktır. Olumlu zarar miktarı sadece bir üst sınır oluşturduğundan, hâkimin olumsuz zarar miktarının üstünde, fakat olumlu zarar miktarının altında bir tuta-

---

55) Bu konuda özellikle bkz. **Anex**, L'intérêt négatif, sa nature et son étendue, Lausanne 1977, s. 79 vd. -Son olarak şu noktaya işaret edelim ki, **Koller**'in (I, N. 1752, 1789 vd. - Ayrıca bkz. **Guhl/Koller**, § 13, N. 7) mutlak hak konusu varlıklara (karşı tarafın kişi veya mal bütünlüğüne) verilen zararları, hâkim görüşün tersine, "culpa in contrahendo" sorumluluğu dışına çıkarmak istemesi isabetsizdir.

56) **Zäch**, Art. 39, N. 28; **Kutlu Sungurbey**, not 8'de age, s. 178; **Violand**, not 1'de age, s. 185.

57) Bu konuda bkz. **Violand**, not 1'de age, s. 184, not 199. Ayrıca krş. **Koller**, not 46'da age, N. 413.

ra hükmetmesi de mümkündür[58]. Bu görüşün temelinde, BK. m. 39/II'de sözü edilen "daha fazla zarar ve ziyan" deyimi ile olumlu zararların tazmininin kastedildiği düşüncesi yatmaktadır.

BK. m. 39/II hükmü, olumlu zararın genelde olumsuz zarardan daha yüksek olduğu esasından hareket edilerek kanuna konulmuş bir hükümdür. Somut olayda, olumsuz zarar olumlu zarardan daha yüksek ise, BK. m. 39/II uygulanarak daha düşük olumlu zarar değil, (hâkimin BK. m. 43 uyarınca indirim yapma yetkisi saklı kalmak üzere) BK. m. 39/I uyarınca daha yüksek miktardaki olumsuz zarar esas alınacaktır[59].

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 dönemeyecektir[60]. Bu görüşün hiç bir şekilde kabul edilemeyecek sonucu ise, örneğin BK. m. 39/II uyarınca olumlu zararının tazminini isteyen, fakat temsilcinin kusursuz olduğu sâbit olduğu için bu talebi reddedilen üçüncü kişinin, BK. m. 39/I'e göre olumsuz zararlarını tazmin ettirmek hakkından yoksun kalmasıdır[61]. 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 edilecektir[62].

32 Üzerinde durulması gereken diğer bir mesele şudur: Alman Hukukunda, BGB § 179/I uyarınca, temsil olunan icazet vermeyi reddederse, üçüncü kişiye, yetkisiz temsilciye karşı öne sürülebilecek seçimlik bir hak tanınmıştır:

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 olmasını şart koşmuştur. Yetkisiz olduğunu bilmeyen temsilciye karşı bu şıkkın seçilmesi mümkün değildir.

b) Temsilcinin yetkisiz olduğunu "bilmediği" durumlarda ondan (üst sınırı olumlu zarar miktarı olmak üzere) sadece olumsuz zararların tazmini talep edilebilir[63].

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) **Zäch**, Art. 39, N. 60.
61) Bu eleştiri için bkz. **Watter**, Basler Komm., Art. 39, N. 9.
62) Bu vesile ile şu noktayı hatırlatalım ki, Anayasa Mahkemesinin 20.7.1999 tarihli ve 1/33 sayılı kararı ile HUMK 87'nin son cümlesini iptal etmesinden sonra, davacının dava dilekçesinde gösterdiği talep sonucunu (tazminat miktarını) kısmî ıslah yolu ile artırmasına bir engel kalmamıştır (Bkz. **Kuru/Arslan/Yılmaz**, Medenî Usul Hukuku, 14. baskı, Ankara 2003, s. 665).
63) **Larenz/Wolf**, § 49, N. 18 vd.; **Leipold**, N. 877 vd.

nunlarında yer almamaktadır. Bu açıdan, böyle bir talep hukukumuza yabancıdır. Ne var ki, öğreti, hâkime tazminatın biçimini belirleme konusunda takdir yetkisi tanıyan ve BK. m. 98/II aracılığı ile uygulanan BK. m. 43/I'e dayanmak suretiyle, BK. m. 39/II uyarınca "nakden" değil "aynen tazmin" yoluna gidilebileceğini kabul etmektedir[64]. Böylece 1881 tarihli eski İsviçre Borçlar Kanununun hazırlık çalışmalarında (*Escher*'in Redaksiyon Komisyonundaki girişimi üzerine) Taslaktan çıkarılan "aynen ifa" talebine[65], 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. Gerçekten, Alman 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 edilmektedir[66]. Bu düşünceler, "aynen tazmin" kavramı altında yetkisiz temsilcinin aynen ifaya mahkûm 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, hâkim aynen tazmin kararı verirse, T, malın kendisine teslim edilmesi karşılığı, satış bedelini (görüldüğü gibi bir miktar "parayı") davacı Ü'ye ödemeye mahkûm edilebilecektir[67]. Aynen tazmin, yetkisiz temsilcinin bir miktar para ödemesi şeklinde gerçekleştiği zaman yürüyen bu sistem, ifanın "para" değil, "çeşit (nev'i) borcu"na konu olan mislî 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 mahkûm etmenin hiçbir anlamı yoktur. Bu örneğin de gösterdiği gibi, aynen tazmin kararı verilirken, yetkisiz temsilciden bunu yerine getirmesinin (bizim Alman öğretisinden bir adım ileri giderek benimsediğimiz formülle) "beklenebilir veya istenebilir" olup olmadığına bakmak gerekir. Kaldı ki, bu örnekte, aynen tazmine mahkûm edilen avukat T mahkeme kararını yerine getirmediği zaman, cebrî 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 mahkûm etmesi, (hele kendisini yetkili gösteren temsilciye güveni kalmayan kiraya verenin onu karşısında kiracı olarak görmeyi istemeyeceği de dikkate alınırsa) BK. m. 43/I'in hâki-

64) **Bucher**, AT, s. 644; **v. Tuhr/Peter**, § 45, III, s. 403; **Kutlu Sungurbey**, not 8'de age, s. 179; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 205; **Eren**, 9. bası, s. 416.

65) **Zäch**, Art. 39, N. 85.

66) **Medicus**, AT, N. 986 –Bu konuda, **Larenz/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 kararın doğuracağı sonuçları çok iyi tartıp değerlendirmesinde, hatta (olayın özellikleri farklı bir sonuca götürmedikçe) bu tip aynen tazmin kararları vermekten kaçınmasında büyük yarar vardır.

33 Son olarak belirtmek istediğimiz nokta şudur: Aynen tazmin yolu ile aynen ifaya karar verilmesi, ancak BK. m. 39/II uyarınca "temsilcinin kusuru" ve "hakkaniyet" şartları gerçekleştiği ve olumlu zarara hükmetmek imkânı doğduğu zaman söz konusu olabilir. Buna 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 kararı 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 ayırım yapmamıştır. 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 değildir[68]. 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 olmuştur[69].

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 göre[70] 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. **Zäch**, Art. 39, N. 20; **Bucher**, AT, s. 644; **Eren**, s. 416; **Kutlu Sungurbey**, not 8'de age, s. 181; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 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 Hukukundan gelen "zarar verenin kastı karşısında zarar görenin ihmali kural olarak gözönünde tutulmaz" kuralına dayanmaktadır. Nasıl zimmetine para geçiren bir veznedar, bu zararın zarar 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 varmadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz veya tazminat miktarında indirim yapılmasını isteyemez.

≡ İkinci istisna uyarınca yetkisiz temsilci üçüncü kişide özel bir güven yaratmışsa, 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, ahlâka aykırı bir fiil ile zarara uğratıldığını ileri sürebilir (BK. m. 41/II)[71].

— Federal Mahkeme[72] ve yeni İsviçre öğretisi[73] 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 (lâfzına) göre yorumlanır. Hukuku uygulayan merciler, normun gerçek anlamını ifade ettiği sürece, başka bir anlayışa imkân bırakmayan açık kanun hükümleri ile bağlıdır. Oysa, kanun yorumlanırken, sistematik yorum ilkesini de göz önünde tutmak ve ilgili hukuk normunun, imkân 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) **Zäch**, Art. 39, N. 20; **Koller**, not 46'da age, N. 381.
72) BGE 116.II.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, Berne 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 gerekir[74].

38 Bu kararda yer alan düşünceleri de göz önünde tutarak, biz BK. m. 39/I, c. 2 hükmü ile ilgili olarak şu *sonuçlara* varıyoruz:

= BK. m. 39/I, 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/II'de öngörülen "hakkaniyet" şartının olayda gerçekleşmediği sonucuna varırsa, kusurlu yetkisiz temsilci yine BK. m. 39/I 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 söylenemez. Sadece yetki eksikliğini *bilerek* işlem yapan üçüncü kişiler, bu yüzden gerçekleşebilecek zararları önceden görmüş ve kabul etmiş sayılabilirler.

= BK. m. 39/I 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 fikrince, BK. m. 39/II uyarınca, kusurlu yetkisiz temsilci hakkaniyet gerektiriyorsa daha fazla zararın (olumlu zararın) tazminine mahkûm 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 Hukukunun temel ilke ve değerlendirmelerine uygun düşmektedir. Buna karşı, bir tarafta *kusurlu yetkisiz temsilcinin, diğer tarafta ise yetki eksikliğini bilmemekle birlikte ihmali sonucu bunun (yetki eksikliğinin) 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 sınırlandırması gereken bir istisna hükmü unutularak, gereğinden fazla geniş biçimde formüle edilmiş, bir başka anlatımla amacının dışına taşan bir hükümdür, yani ortada bir "örtülü boşluk" vardır[75]. 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 varmamış davacı üçüncü kişi karşısında her türlü sorumluluktan kurtulamayacak* ve mahkemenin BK. m. 44 hükmü çerçevesinde davacı lehine indirimli bir tazminata hükmedebilme imkânı saklı kalacaktır.

2. Temsil Olunanın İcazet Vererek Sözleşmenin Geçerliliğini Sağlaması Halinde Yetkisiz Temsilciden İstenebilecek Geciktirme Tazminatı[76]

Burada sözü edilen tazminat tipi Borçlar Kanununda düzenlenmiş de- 39
ğildir. 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. Oysa buradaki durum, bunun tam tersidir. Sözleşme verilen icazet üzerine geçerlilik kazanmıştır. Ne var ki, bu aşamaya gelinmesi zaman almış, arada 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, Bern 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; **Zäch**, 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 telâfi 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 cezaî 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 zararını (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 mümkündür[77]. 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 kişinin, karşısındaki temsilcinin yetkisiz olduğunu *bildiği* ihtimallerde 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 Talepleri

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 olunandan *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 gelebilir[78]. 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 oluruna bırakmışsa, yine bir *culpa in contrahendo* sorumluluğu ortaya çıkabilir[79]. 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 kaçınmıştır[80]. 40

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 tutulup tutulamayacağı meselesi ancak "yardımcı kişi" konumunda olan yetkisiz temsilciler açısından söz konusu olur. BK. m. 100 41

78) **Enneccerus/Nipperdey**, s. 1122.

79) Krş. **Köhler**, § 18, N. 75; **Flume**, § 47, 3, d, s. 808.

80) **Zäch**, 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/II 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 şarttır[81]. 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 yardımcıları = *Verhandlungsgehilfen*) veya daha da ileri giderek ayrıca temsil olunan adına sözleşme yapmak yetkisine sahip olan kişiler (sözleşme kurma yardımcıları = *Abschlussgehilfen*)[82] açısından ortaya çıkar. Bu çerçevede sözü geçen yardımcılar içine yalnız temsilciler değil, sekreter, tercüman, tellâl 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 verilmemesi 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 karşılaşırız[83].

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 şıkkını seçmeye zorlayacaktır[84]. Ne var ki, biraz yakından incelendiği vakit,

---

81) **Weber**, Berner Komm., VI, 1, 5, Obligationenrecht, Die Folgen der Nichterfüllung, Bern 2000, Art. 101, N. 40; **Şenocak**, Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara 1995, s. 104, 151.

82) Bizim "sözleşme kurma yardımcıları" diye ifade ettiğimiz bu kavram yakın zamanlara kadar "in'ikad yardımcıları" diye ifade ediliyordu (**Şenocak**, not 81'de age, s. 266). Biz, günümüzde genç kuşakların "in'ikad" sözcüğünü anlayabileceğinden kuşku duyduğumuz için metindeki deyime üstünlük tanımış bulunuyoruz.

83) Özellikle bkz. **Medicus**, AT, N. 974; **Flume**, § 47, 3, d, s. 809.

84) Bu düşüncede: **Zäch**, 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 contrahendo'su* dolayısı ile sorumlu tutulması halinde[85] durum bundan farklı olmadığı halde, kimse, bunun temsil olunanın icazet verip vermeme konusundaki karar verme özgürlüğüne ters düştüğünü ileri sürmemiştir. Temsil olunanın kendi *culpa in contrahendo*'su için kabul edilen çözümden, yardımcı kişinin *culpa in contrahendo*'su durumunda ayrılmak için sebep yoktur.

— Büyük çoğunluk tarafından benimsenen ve bize de isabetli gözüken *ikinci görüş*, BK. m. 100 (Alman Hukukunda § 278) hükmünün, kıyas (örnekseme) yolu ile, bir hukukî işlem yapmaya yönelik sosyal temas ile gerçekleşen güven (görüşme, müzakere) ilişkisinin, bir görüşme (müzakere) yardımcısı tarafından ihlâl edilmesi halinde de uygulanmasını kabul etmektedir[86]. Şu halde, kendisine sadece görüşme (müzakere) yetkisi verilmiş kişi, buna yetkili olmadığı halde temsil olunan adına bir sözleşme kurduğu veya sözleşme kurma konusunda da yetkili olan yardımcı bu yetkisinin sınırlarını aştığı vakit, icazet verilmemesi üzerine, üçüncü kişinin BK. m. 100 hükmüne dayanarak temsil olunandan tazminat talep etmesine bir engel bulunmamaktadır. 43

Bu görüşü daha iyi anlayabilmek için şu noktadan hareket etmek gerekir: Temsil olunanca, aralarındaki (örneğin vekâlet 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 tarafları dürüst davranmaya, karşı tarafı zarara sokacak davranışlardan kaçınmaya zorlayacak güven ilişkisinin tarafları T ile Ü değil, A ile Ü'dür. Ne var ki, temsil olunan A, nasıl sözleşme görüşmelerine ilişkin güven ilişkisinden doğan yükümlülüklerini *bizzat* ihlâl ettiği zaman *culpa in contrahendo* esasına göre sorumlu 44

---

kaçınan **Gauch/Schluep/Schmid**'i de (N. 1388) hayli etkilediği anlaşılıyor. Şurasını ekleyelim ki, bu fikri savunan **Zäch**, 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) ihlâl edilmesi halinde de, bu defa BK. m. 100 gereği yine *culpa in contrahendo* kavramı çerçevesinde sorumlu olur[87]. Şurasını ekleyelim ki, bütün bu açıklamalar, bir sözleşme kurmak 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 taşır[88]. 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 hâkim olan "farazî 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 responsabilité précontractuelle, spécialement 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, Bern 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 "farazî 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 yardımcılarına uygulanmasını reddeden diğer bir görüş, bu konuda kanunda 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 gerektiğini ileri sürüyor[91]. 46

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. 47

V. Temsil Olunan ile Yetkisiz Temsilci Arasındaki İlişki

Temsil olunanın sözleşme görüşmelerine gönderdiği temsilcinin yetkisini aşarak bir işlem yapması halinde, bunlar arasında çok defa bir vekâlet veya hizmet sözleşmesi biçiminde karşımıza çıkan bir temel (iç) ilişki vardır ve aralarındaki hesaplaşma (temsil olunanın zarara uğraması halinde kusurlu temsilciden tazminat istemesi) bu ilişki çerçevesinde gerçekleşecektir. 48

Yetkisiz temsilci kendi kendisine temsilci süsü vermişse, temsil olunan ile onun arasında bir sözleşme ilişkisi mevcut olmadığından, buna ilke olarak BK. m. 410 vd. uyarınca vekâletsiz iş görme hükümleri uygulanacaktır. Yerine göre, haksız fiil veya sebepsiz iktisap hükümleri de uygulama alanı bulabilir[92].

---

90) Farazî 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, farazî 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 farazî kusur değerlendirmesinin 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. 43.11; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1422; **Zäch**, 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 kişinin yetkisiz temsilciye karşı açabileceği tazminat davalarını düzenlerken, bütün bu hallerde sebepsiz iktisap davalarının 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 sebepsiz iktisap davası açacaktır. Teslim edilmiş taşınır mal açısından durum tartışmalıdır. Taşınır mülkiyetini geçiren tasarruf işleminin soyutluğunu (mücerretliğini) kabul edenlere göre, burada da açılacak dava bir sebepsiz iktisap davası olacaktır. İsviçre Hukukunda hâkim olan, bizim de katıldığımız görüş illîlik (sebebe bağlılık) ilkesine üstünlük tanıdığından, verilen malın geri alınması bir istihkak davası ile gerçekleşecektir. Şu var ki, yetkisiz temsilci arada malı iyiniyetli üçüncü kişiye devredip onun mâlik olmasını sağlamışsa, yine yetkisiz temsilciye karşı açılacak bir sebepsiz iktisap davası ile yetinmek gerekecektir. Yetkisiz temsilcinin teslim aldığı malı tüketmiş olması halinde de durum böyledir[93].

§ 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 Temsilci, temsil yetkisini temsil olunanın çıkarlarına ters düşmeyecek biçimde kullanmalıdır. Bu yükümlülük, temsil yetkisinin dayandığı temel ilişkilerden kaynaklanır. Örneğin, temel ilişkinin hayatta en sık rastlanan örneği olan vekâlet sözleşmesinde, BK. m. 390/II gereği, vekil, vekâleti iyi bir surette, yani sadakat ve özen ile ifa etmelidir. Sadakatle ifa yükümlülüğünün sonucu olarak, o, kendisine güvenen vekâlet verenin menfaatlerini (çıkarlarını) sözleşme ile güdülen amaç 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 zorundadır[1]. O halde, *temsilci, kendisine verilen temsil yetkisinin sınırları içinde hareket etmekle beraber, yaptığı işlem temsil olunanın çıkarlarını açık biçimde çiğniyorsa,* temsil yetkisinin kötüye kullanılması söz konusu olur (MK. m. 2/II)[2]. Bunun uygulamada en çok rastlanan örneği, kendisine dilediği bedelle satma 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 kılınması, 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 hakkını 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)* ihtimalidir[4]. Bu ihtimalde, temsilci T ve onunla işlem yapan üçüncü kişi Ü, temsil olunan A aleyhine bir işlem yapmak için anlaşmakta, A'nın çıkarlarını birlikte çiğnemek hususunda tam bir işbirliği içine girmektedirler. Böyle bir anlaşma, hiç kuşkusuz, BK. m. 20/I (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**, II, s. 441; **v. Tuhr/Peter**, § 42, IV, 3, s. 363).

3) Yarg. HGK., 17.6.1992, E. 1992/1-27, K. 1992/391 (**Özkaya**, Vekâlet 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, vekâletnameyi 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 (**Özkaya**, not 3'de age, s. 684).

4) Üçüncü kişi aleyhine hileli anlaşma kavramı için bkz. **Karayalçın**, Muvazaa (Danışık)-Hileli Anlaşma-Miras Bırakanın Muvazaası, Prof. Dr. Selâhattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999, s. 355.

ahlâka aykırılık sebebiyle bâtıl olur ve bu butlan (aradaki sıkı bağlılık sebebiyle) temsilcinin Ü ile yaptığı işleme de bulaşarak onun da kesin hükümsüz olması sonucunu doğurur[5].

Öğretide rastlanan bir görüşün[6] ve Yargıtay'ın[7] 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 (tâli)" niteliğinin doğal bir sonucudur[8].

3 — Sadece *bir taraflı* olarak kaldığı (yani temsilci ile üçüncü kişi arasında işbirliği yapılmasına yol açan hileli bir anlaşma bulunmadığı) için daha hafif bir nitelik 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 yetinilmektedir[9]. Bu durumda,

---

5) **Zäch**, Art. 38, N. 18; **Sungurbey**, Medenî Hukuk Sorunları, VI, İstanbul 1994, s. 614; **Köhler**, 28.A., § 11, N. 63; **Flume**, § 45, II, 3, s. 788; **Larenz/Wolf**, § 46, N. 148; **Medicus**, AT, N. 966; **Schramm**, MünchKomm., § 164, N. 99. Hem ahlâka aykırılık, hem de MK. m. 2'ye dayanma imkânı 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, ahlâka 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 bağlılık dolayısı ile) kesin hükümsüz hale getireceği yukarıda anılan **Medicus**, **Schramm** ve bir Alman Federal Mahkemesi kararı (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 (ahlâka aykırılık) gündeme gelebileceği fikrinde: 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 I/1, Zürich 1998, Art. 2 ZGB, N. 27.

9) **Zäch**, 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**, MünchKomm., § 164, N. 103; **Palandt/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 katılamadığımız 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 lâyık çıkarları, tam yetkili olarak karşısına çıkan ve ibraz ettiği yetki belgesinde (vekâletnamede) 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, vekâlet verenin vekilden sadakat borcuna aykırı davranması dolayısı ile isteyebileceği tazminat açısından önem taşır. –Alman Hukukunda, sadece Ticaret Hukukunu ilgilendiren ve örneğin bizdeki "ticarî mümessili" (BK. m. 449 vd.) karşılayan "Prokurist" gibi, sahip oldukları 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 kararı (BGHZ 50, 114; 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 alelâde 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, Berlin 1988, N. 170). Bununla birlikte, şu noktayı gözden kaçırmamak gerekir ki, yetkinin kötüye kullanılmasının üçüncü kişi tarafından apaçık anlaşılabilir olduğu 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. **Zäch**, Art. 38, N. 14 vd.; **Medicus**, AT, N. 967; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 183; **Özkaya**, not 3'de age, s. 681; BGE 77.II.138; 119.II.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/II hükmüdür. Ne var ki, kendisine verilen dış temsil yetkisinin sınırları içinde hareket eden, özellikle ibraz ettiği yetki belgesinin (vekâletnamenin) 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, âdil 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 alınmıştır[11]. 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 *görülebilir ve anlaşılabilir* bir nitelik taşıması gerekir. Öyle ki, kendilerini kaçınılmaz biçimde empoze eden bu gibi kuşku doğurucu olgular dolayısı ile, üçüncü kişiden, makul düşünen bir kişi *(a reasonable man)* olarak, ya işlemden vazgeçmesi ya da bizzat temsil olunan ile temas kurarak, bunun yanında temsilciyi sorguya çekerek durumu aydınlatması beklenebilmelidir. "Apaçık" olan, yahut "apaçık biçimde yoğun şüphe uyandırması gereken" haller dışında, üçüncü kişiyi özen eksikliği sebebiyle kötüniyetli saymak imkânı yoktur[12]. 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; **Köhler**, 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). –Krş. **Zäch**, 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 araştırma 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**, Insichgeschäft 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 ihmalin 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 ihmali* sonucu özen gösterme yükümlülüğünü yerine getirmemiş ve kötüye kullanma olgusunun farkına varmamışsa kötüniyetli olarak damgalanabilir[13]. Ne var ki, öğretide, "apaçık olma" kriteri ile, (tamamen objektif bir değerlendirmeye 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 durumlarda, bunun dikkate alınmaması ağır bir ihmalin varlığına işaret eder[14].

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 göre[15], bu konuda gerçekleşmesi gereken şartlar şunlardır: a) Temsilcinin temsil yetkisi bulunmalıdır; b) dış temsil yetkisi temsilci tarafından temsil olunanın "irade beyanına" ve "çıkarına (menfaatine)" aykırı biçimde kullanılmış olmalıdır; c) temsilci ile işlem yapan üçüncü kişi kötüniyetli olmalıdır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun ifadesi ile "işte eğer temsilci, temsil 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 aşağıdaki noktalarda düzeltilmeye muhtaçtır: 5

= Temsil yetkisinin temsil olunanın "irade beyanına" (talimatına) aykırı biçimde kullanılması ile "çıkarına (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 (Ayrıca bkz. yukarıda anılan *Schott*). Federal Mahkemenin, yetkisiz temsilcinin "bilerek ve isteyerek" temsil olunan aleyhine yetkisini kötüye kullandığı durumlarda, üçüncü kişiden çok daha fazla dikkat ve özen beklemesi (ayrıca, bkz. **Zäch**, Art. 38, N. 20) yerinde değildir. Zira, üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmadığı onun bildiği ve bilebilecek durumda olduğu olgulara göre değerlendirilebilir. 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. (Ayrıca bkz. yukarıda not 9.) -Şu noktayı ekleyelim ki, Federal Mahkeme daha sonraki bir kararında (BGE 131.III.511; **Praxis**, 2006/6, s. 468 vd.) yukarıdaki düşüncelerini tekrar ettikten sonra, öğretide 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; **Enneccerus/Nipperdey**, s. 1125, not 25. Ayrıca bkz. **Kutlu Sungurbey**, Yetkisiz Temsil, İstanbul 1988, s. 15.

14) **Schramm**, MünchKomm., § 164, N. 104a, 104b, 105; **Schott**, not 12'de age, s. 97.

15) Örnek olarak bkz. not 7'de anılan Hukuk Genel Kurulu kararı 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 (Salâhiyete Müstenit Temsil, Ankara 1961, s. 86 ve Borçlar Hukuku I, Ankara 1969, s. 255) açıklamalarını esas almaktadır.

= Yetkinin temsil olunanın irade 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 imkân vermeyecek tarzda "apaçık" kötüye kullanılmış olmalıdır. Bu nokta, sadece "iyiniyet" şartından söz açan Yargıtay kararlarında yer almamaktadır.

— İkinci grupta yer alan çok sayıda kararda yer alan standart ifadeye göre vekâleten temsil yetkisi kural olarak vekâlet verenin yararına kullanılmalıdır. Eğer, temsilci, "vekâletnameye dayalı temsil yetkisini kasten vekâlet verenin zararına, kendisinin ya da iş ve elbirliği yaptığı saptanan başka birinin yararına kullandığı takdirde, yapılan işlem, temsil yetkisinin sınırları içinde kalmış olsa bile vekâlet vereni (temsil olunanı) bağlamaz. Böyle bir davranışıyla vekil, vekâlet 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 hukukî durumu açıklayan yazarlardan[17] 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 maddî veya manevî 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 görülmektedir[18]. 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, vekâleten temsil görevinin kötüye kullanıldığının kabulü için vekilin üçüncü kişi ile (somut olayda alıcı davalı ile) iş ve elbirliği yapması ve kasten (bilerek) vekâlet 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 vekâlet 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 vekâlet görevini kötüye kullandığını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa" denilmek suretiyle yine iki ihtimal arasında fark gözetilmiştir. Herhalde kesin

= Daha önce değindiğimiz gibi, öğretide hâkim olan görüşe göre, temsil yetkisinin kötüye kullanılmış sayılması için temsil olunanı zararlandırma kastı şöyle dursun, temsilcinin yetkisini kötüye kullandığının bilincinde olması dahi aranmaz. Kaldı ki, burada (doğrudan doğruya veya kıyas yolu ile) uygulanan hüküm hakkın kötüye kullanılmasını yasaklayan MK. m. 2/II hükmüdür. Oysa, bu hüküm çerçevesinde, hakkını kötüye kullananın genel olarak kusurlu olması, özellikle de zarar verme kastı ile hareket etmesi (1 Ocak 2002'den önce yürürlükte olan MK. m. 2/II'nin zihinlerde karışıklık yaratmaya elverişli ifadesi ve Türk öğretisinde zaman zaman rastlanan değişik düşüncelere rağmen) hiçbir şekilde gerekmez. Özellikle 1 Ocak 2002'de yürürlüğen giren yeni MK. m. 2/II'nin, İsviçre'deki aslına uygun biçimde "Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz" diyen ifadesi karşısında, böyle bir düşünce bundan böyle hiç ileri sürülemez[19].

= Temsilcinin sadakat borcuna aykırı davranmış, yani kendisinin veya bir üçüncü kişinin çıkarlarına üstünlük tanıyarak temsil olunanın çıkarlarına açık biçimde ters düşen bir işlem yapmış olması yeterlidir[20]. Yoksa, tazminat davalarında olduğu gibi, zarar hesapları yapılarak temsil olunanın uğradığı zarar miktarının tespit edilmesi söz konusu değildir. Nasıl gabin (sömürme) halinde (BK. m. 21) sadece edimler arasındaki açık nispetsizliğin 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 davranış içine girerek, temsil olunanın (yerine göre maddî veya manevî) çıkarlarını MK. m. 2/II'nin uygulanmasını haklı gösterecek ölçüde çiğnemiş olup olmadığının incelenmesinden ibarettir: Nihayet, bu konuda uygulanan MK. m. 2/II hükmü açısından, esasen zarar verme şartının bulunmadığını hatırlatmakta yarar vardır[21]. Ayrıca belirtelim ki, Yüksek Mahkemenin temsil yetkisinin

---

olan nokta şudur ki, üçüncü kişinin sadece temsilcinin yetkisini kötüye kullanarak temsil olunanı zarara soktuğunu bilmesi veya bilebilecek durumda olması, her zaman onun da bu konuda temsil olunana zarar vermek kastı ile hareket ederek temsilci ile işbirliği içine girdiği anlamını taşımaz.

19) Özellikle bkz. **Akipek/Akıntürk**, Türk Medenî Hukuku, Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku, 5. bası, İstanbul 2004, s. 195-196; **Oğuzman/Barlas**, Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 13. bası, İstanbul 2006, s. 194; **Zevkliler/Acarbey/Gökyayla**, Medeni Hukuk, Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, 6. baskı, Ankara 1999, s. 182. –İsviçre öğretisinde de, MK. m. 2/II'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. **Zäch**, Art. 38, N. 20.

21) 1 Ocak 2002'den önceki dönemde, eski MK. m. 2/II'de yer alan "bir hakkın sırf gayri izrar eden suistimali" ibaresi dolayısı ile bu konu tartışmalıydı. "Zarar verme" veya hiç değilse "zarar verme tehlikesi yaratma" unsurunu zorunlu gören birçok yazar bulunmakla birlikte (örnek olarak bkz. **Tekinay**, Medenî 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**, Medenî Hukuka Giriş, 5. bası, İstanbul 1986, s. 321) yerinde olarak, kanunumuzu İsviçre Medenî Kanunundaki aslına göre anlamak gerektiğini belirtmek suretiyle böyle bir şarta yer vermiyorlardı. Başkasına zarar vermekten hiç söz etmeyen yeni MK. m. 2/II 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

vekâlet verenin zararına kullanılmasından söz açarken, "zararına" deyimini teknik anlamda değil, "vekâlet 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 ahlâka aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz olacağını (BK. m. 20/I) 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 ciddî bir yanılgıya düşülerek, temsil olunana bir fesih (bozma) hakkı tanınmaktadır[22]. 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 imkânları 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, *sırf o olaydaki kullanıma ilişkin olmak üzere* hakkın sınırları aşılmış olur. Hak özü itibarı ile ve tümü ile ortadan kalkmadığı için, (niteliği elverişliyse) başka (bu defa MK. m. 2/II'ye ters düşmeyen) kullanım imkânları ortadan kalkmış değildir. Ne var ki, kötüye kullanıldığı olay ile sınırlı kalmak üzere, sınırları aşılan haktan yoksun kalınmıştır[23].

9 Bu açıklamalar karşısında, hâkimin 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, hukukî durumlara, hukukî kurumlara ve hukuk normlarına içkin (immanent) bir içerik sınırlaması oluşturduğu, bu sebeple de hakkın kötüye kullanıldığını ileri sürmenin bir def'i değil itiraz olarak nitelendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir (**Jauernig/Vollkommer**, § 242, N. 33; **Palandt/Heinrichs**, 64.A., § 242, N. 96).

ötürü) gözününde tutabilmesini açıklamak için uygulamamızda yapıldığı gibi, mutlaka MK. m. 2'nin kamu düzenine ilişkin bir hüküm olduğu gerekçesine dayanma zorunluluğu bulunmadığı görülür. Zira, kötüye kullanılan hakkın o olay açısından sınırları aşılmış ve bu şekilde bir haksızlık durumu meydana gelmiş bulunduğundan, bunun ileri sürülmesi bir defi değil, hâkimin re'sen dikkate alabileceği bir itiraz oluşturur[24].

Yukarıdaki düşünceleri kötüye kullanılan temsil yetkisine uyguladığımız vakit varılacak sonuç şudur: Temsil yetkisinin kötüye kullanılması halinde, sırf o olaydaki kullanıma ilişkin olarak bu yetkinin sınırları aşılmış ve bir yetkisiz temsil durumu gerçekleşmiştir[25]. 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 sayılacaktır[26]. Hiç kuşkusuz, temsil olunan icazet vermekten 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 kalmayacaktır[27]. 10

II. Temsilcinin Temsil Olunan Tarafından Verilmiş Talimata Uymaması

1. Talimat Kavramı

Temsil olunan, aralarındaki temel ilişkiye dayanarak, temsilciye temsil yetkisinin kullanılmasına ilişkin emir ve direktifler verebilir. Bunlara talimat denir[28]. Burada, temsil olunanın bir taraflı ve varması gerekli irade 11

24) Bkz. **Merz**, Art. 2 ZGB, 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 kötüniyetli 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. **Zäch**, 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 ahlâka aykırılık (BK. m. 20/I) sebebiyle kesin hükümsüz olur.

27) **Köhler**, 28.A., § 11, N. 63.

28) Talimat daima emredicidir. Bu sebeple, "emredici olmayan" talimat tiplerini içeren ayrımlar yerinde olmadığı gibi, "emredici talimat" deyimi de, emredicilik esasen talimat

beyanı ile verilen direktifler söz konusudur[29]. Örneğin, temsil olunan, temsilciden taşınmazını hiçbir zaman belirli bir miktarın altında bir fiyattan satmamasını veya taşınmazı dilediği kimseye satmakta serbest olmakla birlikte, onun Ü adlı kişiye satılmasını kesinlikle istemediğini belirtebilir. Özellikle, 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 (vekâletname) vardır. Ne var ki, genellikle bir vekâlet sözleşmesi biçiminde kendini gösteren temel ilişkiye dayanarak, temsil olunan temsil yetkisinin kullanılmasını yetki belgesine yansımamış 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 imkânsız olurdu[30]. Talimat temsil olunanca her zaman geri alınabilen veya değiştirilebilen bir beyan olduğu için[31], başta üç taşınmazının satışına ilişkin olarak temsil yetkisi veren temsil olunanın, sonradan vereceği bir talimatla, şimdilik bunlardan sadece bir tanesinin satışına izin verdiğini açıklaması da[32] buraya girer.

2. Temsilcinin Talimata Uymadan İşlem Yapmasının Hukukî 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 vekâlet sözleşmesine dayalı olarak temsil yetkisi verilmişse yalnız vekâlet 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; **Hoftstetter**, s. 101. Şurasını ekleyelim ki, Borçlar Kanunumuzda vekâlet 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 vekâlet 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 girmeleri, yani bir hileli anlaşma yapmaları halidir[33].

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 çıkarmayı zorunlu kılacak herhangi bir hukukî dayanak gösterilemez, bir başka anlatımla hukuk dogmatiği böyle bir sonucu empoze etmez[34]. 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 reddetmiştir[35]. Alman Hukukunda da, genellikle talimat sırf temel ilişki çerçevesinde ele alınmakta, fakat üçüncü kişi kötüniyetli ise işlemin geçerli olamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır[36]. 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 ta- 13
rafından benimsenen *ikinci görüş* açısından durum şöyledir: Temsil olunan, temsilciye verdiği bir talimat ile "800.000 liradan aşağıya satmayacaksın" veya "Ü dışında istediğin kimseye satabilirsin" şeklinde bir talimat verdiği zaman, bu talimat sadece temel ilişki bakımından temsilciyi talimata uygun davranmak yükümlülüğü altına sokmakla kalmaz, *doğrudan doğruya temsil yetkisi üzerinde de etkili olarak, bu yetkinin talimat çerçevesinde sınırlandırılması sonucunu* doğurur[37]. Gerçekten, verdiğimiz örneklerde, temsil

33) **v. Tuhr/Peter**, § 42, 3, s. 362; **Tunçomağ**, s. 416; **Engel**, s. 388. Yargıtay da, bir kararında bu görüşü benimsemiş ve sırf temel ilişki ile ilgili saydığı talimata aykırı işlemlerden ötürü "vekâletin 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. **Karahasan**, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, cilt 2, İstanbul 2002, s. 1019'da, aynı içerikte bir kararın tarihini 1992, 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/Schluep/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 iki hali birbirinden ayırmak ve "verilen talimat sırf iç (temel) ilişkiye yöneliktir" veya "bununla aynı zamanda temsil yetkisi de sınırlandırılmıştır" biçiminde kesin bir sonuca varmak hemen hemen imkânsız 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 karşılaşılacak 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 (vekâletname) 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 çıkılmışsa, 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 gibi[38], temsilciden bir yetki belgesi (vekâletname) 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; **Zäch**, Art. 33, N. 106; Art. 38, N. 12; **Weber**, Basler Komm., Art. 397, N. 13; **Fellmann**, Art. 397, N. 26; **Hofstetter**, s. 105-106 ve not 83. -Yeni Türk öğretisimde 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/Dätwyler**, 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. **Zäch**, 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 (vekâletname) 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 dayanamaz[39].

= *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 tutulacaktır[40].

Yukarıda sözünü ettiğimiz her iki ihtimalde de, üçüncü kişi iyiniyetli değilse, yani talimatla getirilen sınırlamayı bildiği veya bilebilecek durumda olduğu anlaşılıyorsa, doğrudan doğruya yetkisiz temsil hükümlerine (BK. m. 38-39) göre hareket edilecektir.

3. Talimata Aykırı İşlemler Temsil Yetkisinin Kötüye Kullanılmasının Özel Bir Çeşidi Sayılabilir mi?

Bu soruya verilecek cevap, yukarıdaki açıklamalarımızdan anlaşılacağı gibi, talimatın doğrudan doğruya temsil yetkisi üzerinde etkili olup olmadığı yolundaki tartışmada varılacak sonuca bağlıdır. Gerçekten, 15

— Bazı hukukçular, bir Federal Mahkeme kararı ve Yargıtay, temsilcinin kendisine verilen talimata aykırı davranmasını temsil yetkisinin kötüye kullanılması halinin özel bir çeşidi olarak ele almaktadır[41]. Bu görüşte olan-

39) Bkz. yukarıda § 46, N. 10 vd.

40) Bkz. yukarıda § 48, N. 42 vd.; 50 vd.

41) **Enneccerus/Nipperdey**, s. 1125; **Kutlu Sungurbey**, not 5'de age, s. 13; **Tanrıver**, Noterlik Açısından Vekâlet (Temsil), 2. baskı, Ankara 2001, s. 83; BGE 77.II.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 kararı. – **Tanrıver, Esener** ve Yargıtayın, dış temsil yetkisinin temsil olunanın "irade beyanına" aykırı kullanılmasından

ların 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 buna 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 başvurmaktan başka yapılacak bir şey kalmamaktadır.

16 — Talimatın sadece temel (iç) ilişkide temsilciyi buna uygun davranmak borcu altına sokmakla kalmayıp, *doğrudan doğruya temsil yetkisini de sınırladığı* yolundaki (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 vardır[42]. Bu sebeple, üçüncü kişinin iyiniyetli sayılabilip sayılamayacağı araştırılırken genel kurallar uygulanır, yoksa temsil yetkisinin kötüye kullanılmasında olduğu gibi "apaçık olma" veya "ağır ihmal" kriterleri esas alınmaz.

17 Durum genellikle böyle olmakla beraber, şu ihtimali de gözden kaçırmamak gerekir: Bir olayda, temsilci kendisine verilen talimatın dışına çıktığı halde, böyle bir talimatın varlığı yahut üçüncü kişinin bu talimatı bildiği veya bilmesi gerektiği ispat edilemeyebilir. Buna rağmen, talimata aykırı davranan temsilci olayda apaçık biçimde mtemsil olunanın çıkarlarına aykırı 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. (Ayrıca bkz. yukarıda N. 5).

42) Özellikle bkz. **Zäch**, 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 olacağından, dosyadan anlaşılan hakkın kötüye kullanılmasını re'sen (kendiliğinden) göz önünde tutabilen hâkim, 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 yazarlarca[43] ve konuya ilişkin Yargıtay kararlarının bir bölümün- 18
de[44] temsil yetkisinin "amaca aykırı" olarak kullanılması hali de yetkinin kötüye kullanılması kavramı içinde ele alınmaktadır. Amaca aykırılık için, bir Federal Mahkeme kararından[45] esinlenerek şöyle bir örnek verilebilir: Temsilciye (gayet iyi bildiği veya güven ilkesi uyarınca bilebilecek durumda olduğu biçimde) sırf bazı taşınmazların satılması için verilen, ancak bu sınırlamayı açık biçimde belirtmeyen geniş kapsamlı bir vekâletnameye dayanılarak temsil olunanın bir bankadaki parası üzerinde tasarruf edilmesi, hiç kuşkusuz temsil yetkisinin veriliş amacının sınırları dışına çıkmak anlamını taşır. Şu var ki yetkinin veriliş 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 uygulanır[46]. Gerçi, "talimat" ve "yetkinin veriliş 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 "... Selâhiyetin veriliş amacına göre kullanılması istenebilir. Vekilin bu sınırlama ve amaca aykırı olarak vekil eden aleyhine bir işlem yapmasında da vekâlet görevinin kötüye kullanılmasından söz edilir".

45) BGE 112.II.450.

46) Bkz. **Zäch**, Art. 38, N. 23.

iradesinin bulunmasını gerektirir. Temsil olunanın, beyan iradesi olmaksızın dış dünyaya yansıyan davranışları[47] temsil yetkisinin (güven ilkesinin ışığında temsilci tarafından anlaşılabilir tarzda) belirli bir amaçla sınırlı olarak verildiğini gösteriyorsa, artık bir talimattan söz edilemez[48]. 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, temsilci T, işlem yaptığı üçüncü kişi Ü'nün karşısına, kendisine A tarafından verilmiş temsil yetkisine dayanarak "Ben A adına hareket ediyorum" diye çıkar. Oysa, şimdi incelediğimiz ihtimalde durum farklıdır: *T, Ü'ye, A adına hareket ettiğini söylememekte, tam tersine "Ben A'yım" diyerek A adına, şu halde kendisini A olarak tanıttığına göre, görünüşte "kendi adına" işlem yapmaktadır*[49].

20 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 mevzuat gereği kimlik kartını ibraz etmesi gerekmeyen bir ülkede, bir otel müşterisi T, sırf gerçek kimliği bilinmesin diye, A diye herhangi bir isim uyduruyor ve bu ad altında rezervasyonunu yaptırıp otel resepsiyonunda bilgi formunu dolduruyor. Bu ihtimalde, müşterinin hangi ad altında sözleşmeyi yaptığı hukuken hiçbir önem taşımaz. Zira, *sözleşmenin her iki tarafı da, hukukî ilişkinin fiziksel varlığı ile bizzat otele gelip yerleşen kişi olan T ile kurulduğu hususunda tam bir görüş birliği içindedir*[50].

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 tarafını 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, öğretideki açıklamalardan yararlanarak konuyu aşağıdaki ayrımlar çerçevesinde inceliyoruz.

1. Karşı Karşıya Olan Kişiler Arasında

a. A'nın Adını Kullanan T'nin Sözleşmeyi Kendisi İçin İstediği Durumlarda

Karşı karşıya olan kişiler arasında kurulan sözleşmelerde ilke olarak, karşı tarafın kimliğini belirleyen husus, onun *fiziksel varlığı*dır. Şu halde, kendisini A olarak tanıtan T, Ü ile karşı karşıya gelip bir sözleşme yaptığı zaman, borç ilişkisi *Ü ile T arasında* kurulur. İstisna olarak, *T'nin kullandığı ad, onun Ü karşısında kimliğini belirlemede, fiziksel varlığına nazaran daha ağır basıyorsa*, sözleşme Ü ile A arasında kurulmuş sayılacaktır[51]. Durumu şu örneklerle açıklayabiliriz[52]: 21

= Satıcı Ü ile karşı karşıya gelen T kendisini, belki de gerçekte hiç mevcut olmayan bay A (Konya esnafından Ahmet Akın) olarak tanıtıyor. Ü, bu isimde kimseyi tanımamaktadır ve "Konya esnafından" açıklaması onun zihninde A'yı belirli ve somut bir kişilik olarak bireyselleştirip tasavvur etmesine imkân 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 tanıtıyor 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.; **Koziol/Welser**, 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 sayılacaktır[53]. Derhal belirtelim ki, hâkim olan görüşe göre, *başkasının adı altında yapılan sözleşmelerde, sözleşmenin karşı tarafını belirlemede kullanılan ada üstünlük tanındığı vakit, Borçlar Kanunu'nun 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.

b. A'nın Adı Altında Hareket Eden T'nin Sözleşmeyi Kendisi Değil Doğrudan Doğruya A İçin İstediği Durumlarda

22 Normal olarak, temsilci sıfatı ile A için bir işlem yapmak isteyen kişi bunu A adına yapar. T, A'nın temsilcisi olarak değil de, "Ben A'yım" diye ortaya çıktığı ve senedin altını doğrudan doğruya A'nın adı ile imzaladığı vakit nasıl hareket edilecektir?[55].

Daha önce belirtmiş olduğumuz gibi, Alman Hukuku öğreti ve uygulamasında hâkim 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 sayılmaktadır[56]. Olayımızda ise, T, temsilci sıfatını gizleyip "Ben A'yım" diye ortaya çıktığı için durum biraz farklıdır. Alman öğretisinde, hiç değilse şu ihtimalde, bu şekilde gerçekleşen işlemin geçerli sayılabileceği ileri sürülmüştür: Yetkili temsilci T, işlemi gerçekten A için yapmak istediği ve bu iradesini onun adını kullanmak, yani kendisini A 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" *(falsa 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; **Schwenzer**, 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 kalmamıştır[57].

Bütün bu düşünceler, (hiç değilse, *geçerliliği şekle bağlanmış* sözleşmeler açısından) İsviçre-Türk Hukuklarında hâkim olan görüşe yabancıdır. Gerçekten, BK. m. 14/I hükmüne göre *"İmza, üzerine borç alan kimsenin el yazısı olmak lâzımdır"*. 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 nın adı ile imza attığı vakit, kanunun aradığı şekil şartı yerine gelmiş sayılamayacağından işlem geçerli olmaz[58]. 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 yansıması resmî senet kavramına dahil olduğundan, resmî senetler için evleviyetle (öncelikle, *a fortiori*) geçerlidir[59].

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 imkân hazırlayabilir.

2. Karşı Karşıya Olmayan Kişiler Arasında

Sözleşme, örneğin mektup, telgraf, telefaks, E-Posta aracılığı ile kurulmuş ise[60], tartışmalı olmakla birlikte, bize daha uygun gözüken görüşe 23

57) **Larenz/Wolf**, § 46, N. 89. Bu görüş çerçevesinde, T'nin *yetkisiz temsilci* olarak A'nın adı ile imza atmış olması durumunda, yetkisiz temsile ilişkin hükümler uygulanacak ve sözleşmenin geçerlilik kazanabilmesi için A'nın buna icazet vermesi gerekecektir.

58) **Jäggi**, Art. 13, N. 32; **Schmidlin**, Allgemeine Erläuterungen zu Art. 12-15, N. 17-18; **v. Tuhr/Peter**, § 44, II, 6, s. 395. Anılan yazarlardan ilk ikisinin İsviçrede tersine bir âdetin hüküm sürdüğü yöreler için bir istisna tanımaları 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 resmî 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 imkânı olmadığından) karşı karşıya olmayan kişiler arasında kurulmuş sözleşmelerin statüsüne tâbi sayılmalıdır (Ayrıca bkz.

göre, burada karşı tarafın kimliğini belirleyen husus onun *kullandığı addan* ibarettir[61]. Şu halde, ünlü iş adamı babası A'nın adını kullanan T'nin yazışma yolu ile Ü ile anlaşması halinde, bu yoldan kurulan sözleşmenin taraflarını 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 esasından hareket eden diğer bir anlayışa nazaran, Ü'nün işlemin karşı tarafını A'nın oluşturduğu yolundaki haklı güveni korunarak[62], 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 telâfi edebilir, yoksa bunun şekil noksanına dayalı butlanı düzeltmesi söz konusu olamaz.

24 Bazı hallerde, sözleşmenin kurulması iki aşamadan geçebilir. Birinci aşamada, taraflar karşı karşıya gelmedikleri halde, ikinci aşamada karşı karşıya gelme durumu gerçekleşebilir. O zaman nasıl hareket edilecektir? Bunun öğretide verilen en güzel örneklerinden birisi şudur: Ü Şirketinin verdiği ilân üzerine A, bir işe girmek üzere istenen belgelerle birlikte başvuruda bulunmuş, daha sonra, ilk incelemeyi başarı ile atlatan A, diğer bir kaç aday ile birlikte şirket yetkilileri önünde mülâkata (görüşmeye) davet edilmiştir. Çok heyecanlı bir tip olan ve kendine fazla güvenmeyen A, çok daha başarılı olacağına inandığı arkadaşı T'den, kendisinin yerine mülâkata 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 kararı daha çok A'nın yazılı başvurusunda sunduğu dosyaya (kimlik, özgeçmiş,

---

Köhler, 28.A., § 11, N. 23). BK. m. 4/II hükmü, bu hükmün kanuna konuluş amacı dışında kalan olayımızdaki gibi olgulara uygulanamaz. Şu halde telefonda karşı taraf kendisini kim olarak göstermiş (kimin adını kullanmış) ise, asıl olan, sözleşmenin adı verilen kişi ile kurulmuş olmasıdır. Meğer ki, onun (örneğin sesinden, şivesinden) o kişi olmadığını diğer taraf anlayabilecek durumda bulunsun.

61) Özellikle bkz. **Larenz/Wolf**, 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, mülâkat sırasındaki başarı ön plânda tutularak bu sonuca varılmışsa, adayın kimliği mülâkat 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 sayılacaktır[63].

Biz, hiç değilse incelediğimiz örnek açısından, bu görüşe katılamıyoruz. Her ne kadar mülâkat sırasında Ü Şirketi yetkililerinin karşısına çıkan kişi T ise de, onlar, önlerinde duran dosyaya bakarak T'yi bu dosyada kimliği, özgeçmişi, diplomaları, olumlu referansları bulunan A olarak görmekte ve T'nin görüşme sırasındaki başarısını A'nın başarısı olarak değerlendirmektedir. Nitekim, mülâkattan 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. Mülâkat sırasındaki sahtekârlık ortaya çıktığı vakit, Ü'nün, karşı tarafını A'nın oluşturduğu sözleşmeyi hile veya hata sebebiyle iptal hakkı saklıdır.

§ 51. Temsile İlişkin Özel Hükümlerin Saklı Tutulması

BK. m. 40, "Mahfuz hükümler" kenar başlığı altında şu hükmü getir- 1
mektedir:

"Şirket mümessil ve memurlarının ve tüccar vekillerinin salâhiyetleri hakkındaki hükümler mahfuzdur".

Bu hükmün kaynağını oluşturan İsv. BK. m. 40 ise şöyledir:

"Saklı Tutulan Hükümler"

Madde 40 – Şirketlerin temsilci ve organlarının, ticarî mümessillerin ve diğer ticarî vekillerin yetkilerine ilişkin özel hükümler saklıdır".

Görüldüğü gibi, bizdeki metin "şirket organlarını" yanlış olarak "memurları" biçiminde ifade etmekte, "ticarî 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, IV, s. 779.

metin de yalnız ticaret şirketlerinin değil, Medenî Hukuk tüzel kişileri olan dernekler ve vakıfların da organları bulunduğunu gözden kaçırmıştır[1].

2 İsviçre ve Türk Borçlar Kanunları arasındaki bütün bu farklara rağmen, her iki ülkede de hukukî durum aynıdır. Medenî Hukuk tüzel kişilerinin organlarına yollama yapılmasının unutulmuş olması da önemsizdir. Kaldı ki, tüzel kişilerde, sadece organların temsil yetkisi düzenlenmiş olup, bunun dışında diğer temsilcilerin yetkilerine ilişkin özel hükümler de yoktur[2]. 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 sürülmüştür[3].

3 Biz aşağıda, kanunda özel olarak düzenlendiği için veya düzenlendiği ölçüde genel hüküm niteliğindeki BK. m. 32-40'a tâbi tutulmayan hallere ilişkin olarak şu örneği vermekle yetiniyoruz[4]:

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 imkân 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 imkânından yoksundur[5].

---

1) **Zäch**, Art. 40, N. 2; **Oser/Schönenberger**, Art. 40, N. 3.
2) **Oser/Schönenberger**, Art. 40, N. 2.
3) **Zäch**, 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. Ticarî 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. 1802; **Kınacıoğlu**, Kıymetli Evrak Hukuku, 5. baskı, Ankara 1999, s. 125 vd.; **Zäch**, Art. 39, N. 88; BGE 85.II.28.

EK

"Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik", kitabımızın basılma aşamasına girdiği bir dönemde, 9.10.2007 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 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 (j) 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 imkân 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 ticarî 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 verilip ondan yazılı teyit alınmadıkça sözleşme akdedilemez denmesine rağmen, Yönetmelik m. 6'nın yeni şeklinden 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

ifa edileceği o tarihte taraflarca bilindiğine ve buna bağlı olarak ifa 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. 11). Yeni metne göre "Mesafeli sözleşmenin, tüketici tarafından kullanılabilir 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 formunun ve sözleşme metninin tüketiciye ulaştırılmasına ilişkin yükümlülüklerini eksiksiz yerine getirmediği 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. yukarıda § 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 III. fıkrası şu şekle sokulmuştur:

"Satıcı veya sağlayıcı mesafeli sözleşme konusu malın veya hizmetin tüketiciye teslimi veya ifasından önce 5 inci maddede yer alan bilgiler ile 7 nci maddede yer alan sözleşmeyi tüketiciye vermek ve 5 nci 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 tâyin olunmaksızın hazır olan bir şahsa karşı vâki olan icap derhal kabul olunmadığı taktirde, onu yapan bağlı kalmaz.* *İki taraf yahut 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: Ismarlanmamış 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 baptaki hakları mahfuz olduğunu sarahaten beyan eder, yahut akdi iltizam etmemek niyetinde olduğu gerek halin muktezasından gerek işin hususî mahiyetinden istidlâl olunursa, icap lüzum ifade etmez.

Tarife ve cari fiyat irsali icap teşkil etmez.

Semenini göstererek emtia teşhiri, kaideten 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 kurallarına uygun olarak yapılan giderleri ödemekle yükümlüdür. Ancak, bir ya da birden çok kişiye ödenecek giderlerin toplamı, ödülün değerini aşamaz.

	Ödül sözü veren, giderlerinin ödenmesini isteyenlerin beklenen sonucu gerçekleştiremeyeceklerini ispat ederse, giderleri ödeme yükümlülüğünden kurtulur.
Mülga Borçlar Kanunu	*Madde 8: Bir iş veya bir şey mukabilinde ilân suretiyle bir bedel vaadeden kimse, vaadine tevfikan o bedeli vermeğe mecburdur.* *O iş veya o şey husule gelmeksizin o kimse vaadinden nükûl ederse vaadettiği bedeli tecavüz etmemek üzere diğerinin hüsnüniyetle yaptığı masrafı ödemeğe mecburdur. Fakat umulan muvaffakiyetin elde edilemeyeceğini vaadi yapan kimse ispat ettiği surette, bu mecburiyete mahal 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 yapılan 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: Tahrirî olması icabeden akitlerde, borç deruhte edenlerin imzaları bulunmak lâzımdır.* *Hilâfı kanunda yazılı olmadıkça imzalı bir mektup veya aslı borcu üzerine alanlar tarafından imza edilmiş olan telgrafname tahrirî 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 alan kimsenin el yazısı olmak lâzımdır. Güvenli elektronik imza elle atılan imza ile aynı ispat gücünü haizdir.

Bir âlet vasıtasıyla vazolunan imza, ancak örf ve âdetçe kabul olunan hallerde ve hususiyle çok miktarda tedavüle çıkarılan kıymetli evrakın imzası lâzım geldiği taktirde, kâfî 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 20: Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz.

	Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez. Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz. Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine 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 imkânı 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	Madde 22: Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. 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 koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme 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 yoktur.*
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 krş. § 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 mutazarrırın müzayaka halinde bulunmasından veya hiffetinden yahut tecrübesizliğinden istifade suretiyle vukua getirilmiş ise, mutazarrır bir sene zarfında 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 I'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 başlayan beş yıllık hak düşürücü süre tanınmıştır.

(Bkz. § 39, N. 1 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: ...

4- Hata ettiğini iddia eden tarafça akdin lüzumlu vasıflarından olarak nazara alınmasına ticarî doğruluğun müsait olduğu şeylerde hata edilmiş olması.

Akdin yalnız saiklerine taallûk 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 aranmıştır.

(Bkz. § 36, N. 21-32)

Yürürlükteki Borçlar Kanunu

Madde 38: Korkutulan, içinde bulunduğu durum bakımından kendisinin veya yakınlarından birinin kişilik haklarına ya da malvarlığına yönelik ağır ve yakın bir zarar tehlikesinin doğduğuna inanmakta haklı ise, korkutma gerçekleşmiş sayılır.

Bir hakkın veya kanundan doğan bir yetkinin kullanılacağı korkutmasıyla sözleşme yapıldığında, bu hakkı veya yetkiyi kullana-

cağını açıklayanın, diğer tarafın zor durumda kalmasından aşırı bir menfaat sağlamış olması hâlinde, korkutmanın varlığı kabul edilir.

Mülga Borçlar Kanunu

Madde 30: İkrah olunan taraf, hal ve mevkiine nazaran kendisinin yahut yakın arkabasından birinin hayat veya şahıs veya namus yahut malları ağır ve derhal vukubulacak bir tehlikeye maruz olduğuna kanaat getirdiği takdirde ikrah, muteber addolunur.

Bir hakkın veya kanunî salâhiyetin isteneceği ve kullanılacağı tehdidi ile müzayakaya düçar olan kimsenin yaptığı akit, tehdit eden için fahiş menfaatler temin etmiyorsa; bu tehdit, ikrahı muteber addolunmaz. Fakat fahiş menfaatler istihsali 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: Hâkim, hal ve mevkiin icabına ve hatanın ağırlığına göre tazminatın suretini ve şumulünün derecesini tâyin eyler.

Zarar ve ziyan irad şeklinde tâyin olunduğu takdirde borçludan icabeden teminat alınır.

Açıklama

Eski düzenlemede hâkimin tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini belirlerken "hatanın" ağırlığını göz önüne alacağı ifade edilmişken, TBK. m. 51 I'de "kusurun" ağırlığı kavramı kullanılmıştır.

(*Bkz. § 2, N. 24*)

Yürürlükteki Borçlar Kanunu

Madde 69: Bir binanın veya diğer 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 diğer kişilere rücu hakkı saklıdır.

Mülga Borçlar Kanunu

Madde 58: Bir bina veya imâl olunan herhangi bir şeyin maliki, o şeyin fena yapılmasından yahut muhafazadaki kusurundan dolayı mes'ul olur.

Bu cihetten dolayı kendisine karşı mes'ul olan şahıslar aleyhindeki rücu hakkı mahfuzdur.

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 oldukları 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 namiyle nakdi bir meblâğ tediyesine müteallik dâva, mutazarrır olan tarafın zarara ve failine ittılaı tarihinden itibaren bir sene ve her halde zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren on sene mürurundan sonra istima olunmaz.

Şu kadar ki zarar ve ziyan dâvası, ceza kanunları mucibince müddeti daha uzun müruruzamana tâbi cezayı müstelzim bir fiilden neşet etmiş olursa şahsî dâvaya da o müruruzaman tatbik olunur.

Eğer haksız bir fiil, mutazarrır olan taraf aleyhinde bir alacak tevlit

etmiş olursa, mutazarrır kendisinin tazminat talebi müruruzaman ile sâkıt olsa bile o alacağı vermekten imtina edebilir.

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 krş. § 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 âharın zararına mal iktisabeden kimse, onu iadeye mecburdur. Hususiyle muteber olmayan veya tahakkuk etmemiş bulunan bir sebebe yahut vücudu nihayet bulmuş olan bir sebebe müsteniden ahzolunan şeyin, iadesi lâzımdır.

Açıklama

Eski düzenlemeden farklı olarak, başkasının malvarlığından zenginleşen yanında başkasının emeğinden zenginleşenin de bu zenginleşmeyi geri vermekle yükümlü olduğu ifade edilmiş; "başkasının (âharın) 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 ahlâka (âdaba) 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 hâkim, 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 verdiğini istirdada hakkı olduğuna ıttılaı tarihinden itibaren bir sene müruriyle ve her halde bu hakkın doğduğu tarihten itibaren on senenin müruriyle sâkıt olur. Eğer mal iktisabı mutazarrır olan taraf aleyhinde bir borç teşkilinden ibaret ise, mutazarrırın hakkı mürüruzaman ile sâkıt 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 hâlde 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, bâtıldır.

Hafif kusur halinde, borçlu iptidaen mes'uliyetten beraati tazammun eden şartın dermeyanı sırasında alacaklı borçlunun hizmetinde ise veya mes'uliyet hükûmet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir san'atın icrasından tevellüt ediyorsa; haiz olduğu takdir salâhiyetine istinat ile hâkim, 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 hâkime 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 yardımcılarına 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 hakkın kullanılmasını kendisi ile beraber yaşayan şahıslara veya maiyetinde çalışanlara velev kanuna muvafık surette tevdi eden kimse, bunların işlerini icra esnasında ika ettileri zarardan dolayı diğer tarafa karşı mes'uldür.

Bunların fiilinden mütevellit mes'uliyeti, evvelce iki taraf arasında yapılan bir mukavele tamamen veya kısmen bertaraf edebilir.

Alacaklı, borçlunun hizmetinde ise veya mes'uliyet hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir san'atın icrasından tevellüt ediyorsa; borçlu mukavele ile ancak hafif bir kusurdan mütevellit mes'uliyetten kendisini 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 hâllerde temerrüt için bildirim şarttır.

Mülga Borçlar Kanunu

Madde 101: Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarı ile mütemerrit olur.

Borcun ifa edileceği gün müteffikan tâyin 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 sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle

borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder. Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır.

Borçlu ifanın imkânsızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür.

Mülga Borçlar Kanunu

Madde 117: Borçluya isnat olunamıyan haller münasabetiyle borcun ifası mümkün olmazsa, borç sâkıt olur.

Karşılıklı taahhütleri havi akitlerde bu suretle berî olan borçlu haksız iktisaplara müteallik hükümlere tevfikan almış olduğu şeyleri iadeye mecbur ve kendisine henüz tediye edilmemiş bulunan şeyi istemek hakkından mahrum olur. Kanun veya akit ile, borcun ifasından evvel bile vukua gelen zararın, alacaklıya tahmil edilmiş olduğu haller bundan müstesnadır.

Açıklama

Yeni düzenleme uyarınca, borçlu, ifanın imkânsızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmezse ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa bundan doğacak 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 hüsnüniyet kaidelerine muhalif bir hareketle mâni olursa, o şart tahakkuk etmiş addolunur.

Açıklama

Yeni düzenleme uyarınca, taraflardan birinin dürüstlük kurallarına aykırı biçimde koşulun gerçekleşmesini sağlaması halinde de koşul gerçekleşmemiş sayılır.

Yürürlükteki Borçlar Kanunu

Madde 207: Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme 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 nakleylemek borcunu tahammül eder.

Hilâfına âdet veya mukavele mevcut değil ise satıcı ile alıcı borçları aynı zamanda ifa etmekle mükelleftirler.

Hale göre tâyini mümkün 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, satıcının 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 ayrık 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 hususî şartlardan mütevellit istisnaların maadasında, satılan şeyin nefi ve hasarı akdin in'ikadı anından itibaren alıcıya intikal eder.

Bununla beraber yalnız nev'en tâyin edilmiş olan satılanın ayırdedilmiş olması da lâzımdır ve başka bir yere gönderilecek ise satıcının bu maksatla satılan üzerinden yedini ref'etmiş bulunması da şarttır.

Talikî şart ile yapılan akitlerde temlik edilen şeyin nefi ve hasarı ancak şartın tahakkuku ânından itibaren iktisap 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, satılandaki 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

Madde 200: Alıcıyı iğfal etmiş olan satıcı, ayıbın kendisine vaktinde ihbar edilmemiş olduğunu ileri sürerek mesuliyetten kurtulamaz.

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.

Alıcının 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.

Alıcının, 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 muhayyerdir. Dilerse satılanı redde hazır olduğunu beyanla satımın feshedilmesini, dilerse, satılanı alıkoyup kıymetinin noksanı mukabilinde semenin tenzil olunmasını dâva eder.

Hâkim, alıcının satılanı ret dâvası üzerine hal icabı satımın feshini muhik göstermiyorsa semenin tenzili ile iktifa edebilir.

Kıymetinin noksanı satılanın semenine müsavi ise alıcı ancak satımın feshini talep edebilir.

Madde 203: Satılan miktarı muayyen mislî şeylerden ise alıcı dilerse fesih veya semenin tenzilinden hiçbirini talep etmeyip satılanın ayıptan âri misliyle değiştirilmesini dâva edebilir.

Satılan, başka bir yerden gönderilmiyorsa satıcının da alıcıya derhal ayıptan âri mislini teslim ve alıcının düçar olduğu zararı tamamen tazmin ederek aleyhine ikame edilecek dâvadan kurtulmağa salâhiyeti 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, hâkimin satış bedelinin indirilmesine veya (eski hükümden farklı olarak) satılanın onarılmasına karar verebileceği kabul edilmiştir. Eski hükme göre, satılandaki 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)

Yürürlükteki Borçlar Kanunu

Madde 231: Satıcı daha uzun bir süre için üstlenmiş olmadıkça, satılanın ayıbından doğan sorumluluğa ilişkin her türlü dava, satılandaki 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 dâva, satılandaki ayıp daha sonra meydana çıksa bile alıcıya teslim vukuundan itibaren bir sene geçmekle sakıt olur.

Fakat alıcının, satıcı tarafından aleyhine ikame edilen dâvaya karşı satılanın teslîminden itibaren bir sene geçmeksizin ihbar ettiği ayıptan dolayı defi hakkı sene geçmekle sakıt olmayıp devam eder.

Satıcı alıcıyı iğfal etmiş ise bu bir senelik müruruzamandan 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. Hükmün ikinci fıkrasına göre, satıcı satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise, iki yıllık zamanaşımı süresinden yararlanamaz. Eski hükümde ise bu düzenleme ancak satıcının 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 ayni 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 taahüdünün muteber olması tahrirî olmasına mütevakkıftır.

Bir gayrimenkulün yahut gayrimenkul üzerindeki aynî bir hakkın bağışlanması taahhüdü, ancak resmî senetle yapılmış ise muteber olur.

Bağışlama taahhüdü, tenfiz 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 vücut bulur.

Gayrimenkulün veya gayrimenkul üzerindeki aynî hakların bağışlanması, ancak tapu siciline kaydedilmekle tamam olur.

Bu tescil, ancak muteber 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: Vekâlet akdinin şümulü mukavele ile sarahaten tesbit edilmemiş ise taallük eylediği işin mahiyetine göre tâyin edilir.* *Vekâlet, vekilin takabbül eylediği işin yapılması için icap eden hukukî tasarrufları ifa salâhiyetini şâmildir.* *Hususi bir salâhiyeti haiz olmadıkça vekil, dâva ikame edemez, sulh olamaz, tahkim edemez, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, bağışlayamaz, bir gayrimenkulü temlik veya bir hak ile takyit edemez.*
Açıklama	**Vekilin özel olarak yetkili kılınmadıkça yapamayacağı işlemler arasında eski düzenlemede yer alan işlemlerin yanında iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato talep etme ile kefil olma işlemleri de sayılmıştır.** *(Bkz. ve krş. § 46, N. 37)*

Yürürlükteki Borçlar Kanunu	Madde 506: Vekil, vekâlet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür. 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 menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür. Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır.
Mülga Borçlar Kanunu	*Madde 390: Vekilin me'suliyeti, umumî surette işçinin mes'uliyetine ait hükümlere tâbidir.* *Vekil, müvekkile karşı vekâleti iyi bir suretle ifa ile mükelleftir.* *Vekil, başkasını tevkile mezun veya hal icabına göre mecbur olmadıkça veya âdet başkasını kendi yerine ikameye müsait bulunmadıkça müvekkilünbihi kendisi yapmağa mecburdur.*
Açıklama	**Eski hükümde vekilin sorumluluğu açısından işçinin**

hizmet sözleşmesindeki sorumluluğuna ilişkin hükümlere atıfta bulunulurken, yeni hüküm uyarınca üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet 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, tahrirî şekle riayet etmeğe ve kefilin mes'ul olacağı muayyen bir mikdar iraesine mütevakkıftır.

Açıklama

Eski düzenlemeden farklı olarak, 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 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)

Yürürlükteki Borçlar Kanunu	Madde 604: Kumar ve bahisten doğan alacak hakkında dava açılamaz ve takip yapılamaz. Kumar veya bahis için bilerek verilen avanslar ve ödünç paralar ile kumar ve bahis niteliğinde oldukları takdirde, borsada işlem gören malların, yabancı paraların ve kıymetli evrakın fiyat farkı esası üzerine yapılan vadeli satışlar hakkında da aynı hüküm uygulanır.
Mülga Borçlar Kanunu	*Madde 504: Kumar ve bahis, bir alacak hakkı tevlit etmez. Kumar yahut bahis için bilerek yapılan avanslar ve ödünç verilen akçeler hakkında ve kumar ve bahis vasfını haiz olduğu takdirde borsaya dahil olan emtia ve kıymetli evrakın fiyat farkı esası üzerine yapılan vâdeli alış verişlerde dahi, hüküm böyledir.*
Açıklama	**Kumar ve bahisten doğan alacak hakkında eski hükümde alacak hakkı tevlit etmeyeceği (doğurmayacağı) ifadesi yer alırken, yeni hükümde bu alacak hakında dava açılamayacağı ve takip yapılamayacağı belirtilmiştir.** *(Bkz. § 5, N. 17 vd.)*

Yürürlükteki Borçlar Kanunu	Madde 605: Kumar oynayan veya bahse giren kişi tarafından imzalanmış adi borç veya kambiyo senedi üçüncü bir kişiye devredilmiş olsa bile, hiçbir kimse bunlara dayanarak dava açamaz ve takip yapamaz. Kıymetli evrakın iyiniyetli üçüncü kişilere sağladığı haklar saklıdır. Kumar ve bahis borcu için isteyerek yapılan ödemeler geri alınamaz. Ancak, kumar veya bahsin usulüne göre yürütülmesi beklenmedik olayla veya diğer tarafın fiiliyle engellenmişse ya da diğer taraf kumar veya bahse hile karıştırmışsa, isteyerek yapılan ödeme geri alınabilir.
Mülga Borçlar Kanunu	*Madde 505: Kumar oynayan veya bahis eden kimse tarafından imza edilmiş âdi borç veya kambiyo senedi üçüncü bir şahsa devir edilmiş olsa bile bunlara müsteniden hiç bir kimse bir hak talep edemez. Kıymetli evrakın hüsnüniyet sahibi üçüncü şahıslara bahşettiği haklar mahfuzdur.* *Kumar veya bahsin usulü dairesinde cereyanına kazaen veya diğer tarafın fiili neticesi olarak bir mâni haylûlet etmiş veya bu diğer taraf hile ve desise ika etmiş olmadıkça bilihtiyar verilen kumar akçesi geri alınmaz.*

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 açılamayacağı 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 girişen şerik, bu üçüncü şahsa karşı yalnız kendisi alacaklı ve borçlu olur. Şirket veya bütün şerikler namına üçüncü bir şahıs ile şeriklerden biri muameleye giriştiği halde diğer şerikler ancak temsil hakkındaki hükümlere tevfikan üçüncü şahsın alacaklı veya borçlusu olurlar. Kendisine idare vazifesi tahmil edilen şerik şirketi ve bütün şerikleri üçüncü şahıslara karşı temsil etmek hakkını 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)

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:

(...)

(...)

Şifahen, telefon veya telgrafla yapılan mukavelelerin veya beyanların muhtevasını 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

Madde 25:

(...)

1. ...

2. ...

3. ...

4. Borçlar Kanunu'nun 207 nci maddesindeki müruruzaman müddeti tüccarlar arasındaki ticari satışlarda altı aydır. Şu kadar ki; bu müddet azaltılabilir.

5. ...

Açıklama

Tacirler arasındaki ticari satışlarda zamanaşımı süresini altı ay olarak kabul eden düzenlemeye yeni hükümde yer verilmemiştir.

(Bkz. ve krş. § 36, N. 37 dn. 45, § 36, N. 40)

Yürürlükteki Ticaret Kanunu

Madde 856:

(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

Madde 768:

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.

(...)

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.

(Bkz. ve krş. § 10, N. 8, § 11, N. 6)

Yürürlükteki Ticaret Kanunu	Karşılığı yoktur.
Mülga Ticaret Kanunu	*Madde 990:* *Geminin bulunduğu yerin mahkemesi bilirkişi dinliyerek ve varsa Türk Konsolosunun mütalâasını alarak satışta kati zaruret bulunduğuna karar vermedikçe kaptan gemiyi satamaz.* *Geminin bulunduğu yerde mahkeme veya tahkikat yapabilecek başka bir makam yoksa kaptan hareketini haklı gösterecek bilirkişi raporu almak, bunu da imkân 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 tahsil eden donatan, bu yüzden rehin haklarını tamamen veya kısmen kaybetmiş olan gemi alacaklılarına karşı, tahsil ettiği nispette şahsan mesuldür; şu kadar ki; donatanın alacaklılardan her birine karşı olan bu mesuliyeti, tahsil olunan paranın kanuni sıra gereğince paylaşılması halinde her birine isabet edecek olan miktarı geçemez.* *Donatanın kendi hesabına gemiye yüklettiği mallar için yükleme yerinde ve yükleme zamanında ödenmesi mûtat olan navlun hakkında da 1 inci fıkra hükmü tatbik 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 ncı maddelerde yazılı hallerde satış bedelini tahsil ederse cebrî icra veya zaruri satış neticesinde yahut ilân yoluyla davet sonunda verilen iptal kararı sebebiyle rehin hakları düşmüş olan gemi alacaklılarına karşı 1252 ve 1253 üncü maddelerde yazılı olduğu gibi şahsen 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 mânaya gelir.*
Açıklama	**"Mukavele sözünün manası" kenar başlıklı mülga TTK m. 1464 hükmünün yürürlükteki TTK'da karşılığı bulunmamaktadır.** *(Bkz. ve krş. § 11, N.9)*

Yürürlükteki TKHK	Karşılığı yoktur.
Mülga TKHK	*Madde 4:* *(...)* *Tüketici, malın teslimi tarihinden itibaren otuz gün içerisinde ayıbı satıcıya bildirmekle yükümlüdür.* *(...)*
Açıklama	**Mülga TKHK m. 4'de tüketiciye, malın teslim tarihinden itibaren otuz gün içerisinde ayıbı satıcıya bildirme külfeti yüklenmişken, yürürlükteki TKHK'da ayıplı maldan sorumluluğa ilişkin hükümler arasında tüketicinin ayıbı satıcıya bildirme külfetine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir.** *(Bkz. ve krş. § 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 dengesizliğe 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, tüketicinin anlaya bileceği açık ve anlaşılır bir dilin kullanılmış olması gerekir. Sözleşmede yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi hâlinde; bu hüküm, tüketicinin lehine yorumlanır.

(5) Faaliyetlerini, kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle 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 kuruluş anına göre belirlenir.

(7) Sözleşme şartlarının haksızlığının takdirinde, bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olmak koşuluyla, hem sözleşmeden 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.

Mülga TKHK

Madde 6:

Satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır.

Taraflardan birini tüketicinin 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 şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir.

Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden, standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının 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.

6/A, 6/B, 6/C, 7, 9, 9/A, 10, 10/A ve 11/A maddelerinde yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen tüketici sözleşmeleri en az oniki punto ve koyu siyah harflerle düzenlenir ve sözleşmede bulunması gereken şartlardan bir veya birkaçının bulunmaması durumunda eksiklik sözleşmenin geçerliliğini 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 esasları belirler.

Açıklama

Haksız şart tanımı yapılırken, tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil 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 yapmayacak 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 hâlinde, bu hükmün tüketici lehine yorumlanacağı; sözleşme şartlarının haksızlığının takdirinde, bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olmak koşuluyla, hem

sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki hem de mal veya hizmetin piyasa değeri ile sözleşmede belirlenen fiyat arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamayacağı.

(Bkz. ve krş. § 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) ...
Mülga TKHK	*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 kaçınamaz.* *(...)*
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 krş. § 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 öngörülen kredi şartları, 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 ayrım 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 krş. § 42, N. 50a)

Madde 48:

Yürürlükteki TKHK

(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 hâlükârda 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 hâlükârda bu süre cayma süresinin bittiği tarihten itibaren bir yıl sonra sona erer. Tüketici, cayma hakkı süresi içinde malın mutat kullanımı sebebiyle meydana gelen değişiklik ve bozulmalardan sorumlu değildir.

(5) Oluşturdukları sistem çerçevesinde, uzaktan iletişim araçlarını kullanmak veya kullandırmak suretiyle satıcı veya sağlayıcı adına mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık edenler, bu maddede yer alan hususlardan dolayı satıcı veya sağlayıcı ile yapılan işlemlere ilişkin kayıtları tutmak ve istenilmesi hâlinde 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 araçları kullanılarak ve tüketicilerle karşı karşıya gelinmeksizin yapılan ve malın veya hizmetin tüketiciye anında veya sonradan teslimi veya ifası kararlaştırılan sözleşmelerdir.

Mülga TKHK

Mesafeli satış sözleşmesinin akdinden önce, ayrıntıları Bakanlıkça çıkarılacak tebliğle belirlenecek bilgilerin tüketiciye verilmesi zorunludur. Tüketici, bu bilgileri edindiğini yazılı 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.

Satıcı veya sağlayıcı elektronik ortamda tüketiciye teslim edilen gayri maddi malların veya sunulan hizmetlerin teslimatının ayıpsız olarak yapıldığını ispatla yükümlüdür.

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 hükümler dışında kapıdan satışlara ilişkin hükümler mesafeli sözleşmelere de uygulanır.

Satıcı veya sağlayıcı cayma bildiriminin kendisine ulaştığı tarihten itibaren on gün içinde almış olduğu bedeli, kıymetli evrakı ve tüketiciyi bu hukuki işlemden dolayı borç altına sokan her türlü belgeyi iade etmek ve yirmi gün içerisinde de malı geri almakla yükümlüdür.

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 dâhil 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 temliki	Alacağın devri
Alacağın temliki vaadi	Alacağın devri sözü verme
Alacaklıların arasında teselsül	Müteselsil alacaklılık
Alenî icap	Herkese açık öneri
Ariyet akdi	Kullanım ödüncü sözleşmesi
Ayıba karşı tekeffül	Ayıptan sorumluluk
Bağışlama vaadi	Bağışlama sözü verme
Başkası lehine şart	Üçüncü kişi yararına sözleşme
Başkasının fiilini taahhüt	Üçüncü kişinin fiilini üstlenme
Bâtıl	Kesin hükümsüz
Bey'i bilvefa	Geri alım hakkı
Birden ziyade şeylere taallûk eden borç	Seçimlik borç
Borcun nakli	Borcun üstlenilmesi
Borç ikrarı	Borç tanıması
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 satım	**Cebri artırma yoluyla satış**
Cezaî şart	Ceza koşulu
Cismanî zarar	**Bedensel zarar**
Emtia	Mal
Evlenme tellâllığı	**Evlenme simsarlığı**
Gabin	Aşırı yararlanma
Gaipler arasında	**Hazır olmayanlar arasında**
Gayrimenkul	Taşınmaz
Gayrimenkul müzayedesi	**Taşınmazın açık artırma yoluyla satışı**
Geçmiş günler faizi	Temerrüt faizi
Haksız bir fiil ile mal iktisabı	**Sebepsiz zenginleşme**
Haksız muamele	Haksız fiil
Hasılat kirası	**Ürün kirası**
Hata	Yanılma
Hiffet	**Düşüncesizlik**
Hile	Aldatma
Hukuki muamele	**Hukuki işlem**
Hükmî şahıs	Tüzel kişi
Hüsnüniyet	**İyiniyet**
Iztırar hali	Zorunluluk hali
İcap	**Öneri**
İcazet	Onama
İfa/Tediye	**Ödeme**
İhtirazî kayıt	Çekince
İkrah	**Korkutma**
İlân suretiyle vuku bulan vaat	İlân yoluyla ödül sözü verme
İlliyet	**Nedensellik**
İltizamsız icap	Bağlayıcı olmayan öneri
İnfisahî şart	**Bozucu koşul**

İstihdam edenlerin mes'uliyeti	Adam çalıştıranın sorumluluğu
İstisna akdi	Eser sözleşmesi
İştira hakkı	Alım hakkı
İtibar emri	Kredi emri
İtibar mektubu	Kredi mektubu
Karz akdi	Tüketim ödüncü sözleşmesi
Kaydı hayat ile irat	Ömür boyu gelir sözleşmesi
Kazaî temlik	Yargısal devir
Kısmen tediye	Kısmen ifa
Mahdut zaman için kefalet	Süreli kefalet
Mahdut olmayan zaman için kefalet	Süreli olmayan kefalet
Memur ve müstahdem hakkında kefalet	Çalışanlara kefalet
Menkul satımı	Taşınır satışı
Mes'uliyetten beraat şartı	Sorumsuzluk anlaşması
Meşru müdafaa	Haklı savunma
Muaccel borç	Süreye bağlanmamış borç
Muavin şahısların fiilerinden mes'uliyet	Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk
Muayyen olmayan bir şeye taallûk eden borç	Çeşit borcu
Muhbir	Haberci
Muhik sebep	Haklı sebep
Munzam zarar	Aşkın zarar
Müeccel borç	Süreye bağlı borç
Mükellefiyetli bağışlama	Yüklemeli bağışlama
Mümessil	Temsilci
Müruruzaman	Zamanaşımı
Müruruzamanın kat'ı	Zamanaşımının kesilmesi
Müruruzamanın tatili	Zamanaşımının durması
Mütekabil taahhüdatı ihtiva eden akit	Karşılıklı borç yükleyen sözleşme

Müvekkil	Vekalet veren
Müzayaka halinde bulunma	Zor durumda kalma
Neşir mukavelesi	Yayım sözleşmesi
Nümune üzerine satım	Örnek üzerine satış
Pey akçesi	Bağlanma parası
Rekabet yapmak memnuiyeti	Rekabet yasağı
Rızadaki fesat	İrade bozukluğu
Rüçhan hakları	Öncelik hakları
Salâhiyete müstenit temsil	Yetkili temsil
Salâhiyeti natık vesika	Yetki belgesi
Salâhiyetin fıkdanı	Yetkisiz temsil
Salâhiyetin tahdidi	Yetkinin sınırlanması
Salâhiyetin ref'i	Yetkinin geri alınması
Semen	Satış bedeli
Şart	Koşul
Şuf'a hakkı	Önalım hakkı
Tahrirî şekil	Yazılı şekil
Taksimi kabil olmayan borç	Bölünemeyen borç
Talikî şart	Geciktirici koşul
Tazminatın tenkisi	Tazminatın indirilmesi
Tecdit	Yenileme
Tecrübe ve muayene şartıyla satım	Beğenme koşuluyla satış
Tecrübesizlik	Deneyimsizlik
Tellâllık akdi	Simsarlık Sözleşmesi
Temyiz kudreti	Ayırt etme gücü
Temyiz kudretini haiz olmayanların mes'uliyeti	Hakkaniyet Sorumluluğu
Ticari mümessil	Ticari temsilci
Trampa	Mal değişim sözleşmesi

KURAL DİZİNİ

Türk Borçlar Kanunu*

1 (1): § 1 N 3, § 8 N 1/2, § 10 N 4, § 11 N 4, 8, § 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 N 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): § 19 N 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 Kanunu'nun hükümlerini, parantez içindeki madde numaraları ise bu hükümlere karşılık gelen 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu hükümlerini göstermektedir.

31 (24/I b.1-3, III): § 22a N 15, § 36 N 7/8, 12-15, 18/19, 44, 51,

32 (24/I b.4, II): § 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): § 2 N 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, § 38 N 14, § 42 N 29, § 46 N 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 1, § 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 10, § 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, § 50 N 14

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, § 50 N 14

43 (35): § 48 N 1/2, 5-8, 13, 16, 18-26, 29, 31, 33, 36/37, 53, § 49 N 1

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 10, § 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, § 10 N 4, § 11 N 4, 8, § 49 N 2, § 51 N 1-3

49 (41): § 1 N 3, § 2 N 8, 11, 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, 11, § 8 N 1/2, § 37 N 28, 33, § 39 N 31/32, § 49 N 27

77 (61): § 2 N 25, § 8 N 1, § 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, 11/11a, 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 (106/II, 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, § 5 N 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/I, 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 10, 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 (256/I): § 2 N 13

319/320 (251/I): § 2 N 13

328 (262/I): § 2 N 6

329 (262/II b.1, 2): § 2 N 6

330 (262/II b.3): § 2 N 6

331 (264): § 2 N 6

334 (266/I, 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 (323/III): § 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): § 14 N 1

487 (372): § 11 N 40

502 (386): § 11 N 12, , § 41 N 21, § 45 N 10, § 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 1

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/III): § 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): § 5 N 16/17, § 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