

T.C.
TÜRK-ALMAN ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

ŞEKLE AYKIRI SÖZLEŞMELERDE
İFANIN DÜZELTİCİ ETKİSİ
YÜKSEK LİSANS TEZİ

Burak ÇELİK

DANIŞMAN

Doç. Dr. Mesut Serdar ÇEKİN

İSTANBUL, Haziran 2019

T.C.
TÜRK-ALMAN ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

ŞEKLE AYKIRI SÖZLEŞMELERDE
İFANIN DÜZELTİCİ ETKİSİ
YÜKSEK LİSANS TEZİ

Burak ÇELİK

1581031105

DANIŞMAN

Doç. Dr. Mesut Serdar ÇEKİN

İSTANBUL, Haziran 2019

Öğrencinin,	
Öğrenci No	1581031105
Adı ve Soyadı	Burak ÇELİK
Anabilim Dalı	Özel Hukuk Bölümü / Medeni Hukuk Anabilim Dalı
Programı	Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı
Öğretim Yılı ve Yarıyılı	2018/2019 Bahar
Tez Başlığı	Şekle Aykırı Sözleşmelerde İfanın Düzeltici Etkisi
Danışmanı	Doç. Dr. Mesut Serdar ÇEKİN

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Yukarıda bilgileri belirtilen Yüksek Lisans öğrencisinin tez savunma sınavı, 19/06/2019 tarihinde, Sosyal Bilimler Enstitüsündetoplantı salonu..... salonunda, saat 09.00'da başladı ve saat ...10.30'da tamamlandı.

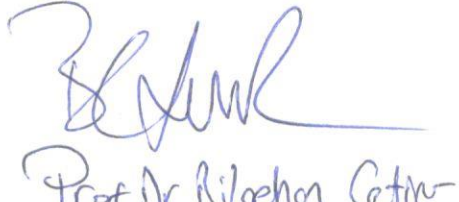
Öğrencinin tez çalışması hakkında jüri üyeleri tarafından **OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞU** ile aşağıdaki karar verildi.


Kabul

Ret

Düzeltme


Doç. Dr. Mesut Serdar Çekin
Jüri Başkanı


Prof. Dr. Bilgehan Çetin
Jüri Üyesi


Prof. Dr. Zekeriya Kurban
Jüri Üyesi

TAU LİSANSÜSTÜ EĞİTİM-ÖĞRETİM YÖNETMELİĞİ

MADDE 40 – (1) Yüksek lisans tez jürisi, tezin kendilerine teslim tarihinden itibaren en erken yedi en geç otuz gün içinde toplanarak öğrenciyi tez savunma sınavına alır.

(2) Jüri üyeleri, aralarından birini başkan seçer. Tez savunma sınavı, tez çalışmasının sunulması ve bunu izleyen soru-cevap bölümünden oluşur. İlgili enstitü yönetim kurulunun aksi yönde gerekçeli bir kararı bulunmadıkça sınav izleyicilere açıktır ve en az 45, en çok 90 dakikadır.

(4) Tez savunma sınavının tamamlanmasından sonra jüri, izleyicilere kapalı olarak tez hakkında oybirliği ya da salt çoğunlukla kabul, ret veya düzeltme kararı verir. Bu karar, jüri üyelerinin bireysel tez değerlendirme raporlarıyla birlikte ilgili jüri başkanı tarafından tez sınavını izleyen üç iş günü içinde enstitüye tutanakla bildirilir.

Enstitü Yönetim Kurulu Kararı

Tarih: 19/06/2019

Karar No:

Önsöz

İfanın şekle aykırı olarak kurulan sözleşmeler üzerindeki etkisi, günümüz uygulamasında hükümsüzlüğe ilişkin şekil düzenlemelerine karşılık halen önem arz etmektedir. Uygulamada, taraflar çeşitli gerekçelerle sözleşme kurarken şekil şartlarına dikkat etmemekte, fakat yüklenmiş oldukları sorumlulukları yerine getirmektedir. Hukuki geçersizlikle bir uyuşmazlık olması halinde yüzleşen taraflar, ifa ile ulaştıkları sonuçları korumak istemektedir. İfanın etkilerinin şekle aykırılığa rağmen nasıl korunacağı ise çalışma kapsamında ele alınacaktır.

Bu incelemelere geçmeden, öncelikle tez konumun belirlenmesinde engin birikimi ile yol gösteren, Türk-Alman Üniversitesi'nin bütün imkanlarını tez hazırlık aşamalarında kullanmamı kolaylaştıran Rektörümüz ve Kürsü Hocamız Sayın Prof. Dr. Halil AKKANAT'a saygılarımı sunarım. Konunun belirlenmesi sonrasında gerek tez araştırmalarımda gerekse de asistanlık görevim ve kendimi geliştirmem konusunda asla desteğini esirgemeyen Danışmanım Sayın Doç. Dr. Mesut Serdar ÇEKİN'e de teşekkürü bir borç bilirim. Henüz lisans ikinci sınıftayken tanışma fırsatı bulduğum ve tanıştığım günden beri her zaman akademiye ve akademisyenliğe olan inancımı taze tutan, bana yol gösteren Sayın Prof. Dr. Zekeriya KURŞAT'a da gerek bugüne kadar bana açtığı ufuk, gerekse de tez jürisinde yer almayı kabul etmesi dolayısıyla minnetlerimi sunarım. Asistanlığa başlamam ile tanışma fırsatı bulduğum ve yine tez jürisinde olmayı kabul ederek beni onurlandıran Sayın Prof. Dr. Bilgehan ÇETİNER'e de ne kadar teşekkür etsem azdır. Ayrıca kürsü hocamız Sayın Prof. Dr. Zafer ZEYTİN'e de çalışmalarımda bana verdiği destek için teşekkür etmek isterim. Son olarak, tezimin hazırlanmasında ihtiyacım olan her zaman gerekli her desteği sağlayan, gerektiğinde tezimi tekrar tekrar okuyarak adeta bir ağabey gibi benimle ilgilenen Araş. Gör. M. Tolga ÖZER ve Araş. Gör. Dr. Murat SARIKAYA'ya ; kürsü çalışmalarında her zaman yardımcı olan ve benim için bu süreci kolaylaştıran Araş. Gör. Gökcen DOĞAN'a, Araş. Gör. M. Hamza ARSLAN'a, Araş. Gör. Muhammet Ali ÇOBAN'a ve Araş. Gör. Bahar KAYA'ya destekleri için teşekkür ederim.

İçindekiler

SAYFA NO

ÖNSÖZ	İ
İÇİNDEKİLER	İİ
ÖZET	V
ABSTRACT	VI
KISALTMALAR	VII
BÖLÜM 1: GİRİŞ VE AMAÇ	1
BÖLÜM 2: 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA	
DÜZENLENİŞ BİÇİMİYLE ŞEKİL ŞARTLARI	3
2.1. Türk Borçlar Kanunu'nda Genel Kural: Sözleşme Serbestisi.....	3
2.1.1. Genel Olarak	3
2.1.1.1. Sözleşme Kurma Özgürlüğü	4
2.1.1.2. Sözleşmeyi Değiştirme ve Sonlandırma Özgürlüğü	6
2.1.1.3. Sözleşmelerde Şekil Özgürlüğü	6
2.2. Şekil Serbestisinin İstisnası Olarak Kanunda Düzenlenen Şekil Şartları	7
2.2.1. Genel Olarak	7
2.2.2. Şeklin Yararları ve Beraberinde Getirdiği Zorluklar	9
2.2.2.1. Şeklin Yararları	9
2.2.2.1.1. Tarafları Düşünmeye Sevk Etmesi.....	9
2.2.2.1.2. Açıklık ve Kesinlik Sağlaması	10
2.2.2.1.3. İspat Kolaylığı Sağlaması	11
2.2.2.1.4. İşlem Güvenliğinin ve Aleniyetin Sağlanması.....	11
2.2.2.2. Şekil Şartlarının Beraberinde Getirdiği Zorluklar.....	12
2.3. Şekle Aykırılığın Müeyyidesi	13
2.3.1. Genel Olarak	13
2.3.2. Yokluk	14
2.3.3. Kesin Hükümsüzlük.....	15

2.3.4. İptal Edilebilirlik.....	20
2.3.5. Şekle Aykırı Sözleşmelerin Hükümsüzlüğü.....	21
2.3.5.1. Genel Olarak	21
2.3.5.2. Şekle Aykırılığın Müeyyidesinin Kesin Hükümsüzlük Olduğunu Savunan Görüş	23
2.3.5.2.1.Genel Olarak	23
2.3.5.2.2.Kesin Hükümsüzlük Görüşüne Karşı İleri Sürülen Eleştiriler	25
2.3.5.2.3.Kesin Hükümsüzlük Görüşünün Sonuçları.....	26
2.3.5.3. Şekle Aykırılığın Müeyyidesinin Kendine Özgü (Sui Generis) Bir Hükümsüzlük Çeşidi Olması Gerektiğini Savunan Görüş	27
2.3.5.3.1.Genel Olarak	27
2.3.5.3.2.Kendine Özgü (Sui Generis) Hükümsüzlük Görüşüne Karşı İleri Sürülen Eleştiriler.....	28
2.3.5.3.3.Kendine Özgü Hükümsüzlük Görüşünün Sonuçları.....	30

BÖLÜM 3: GENEL HATLARIYLA İFA KAVRAMI VE GEREĞİ

GİBİ İFA	33
3.1. İfa Kavramı.....	33
3.1.1. Genel Olarak	33
3.1.2. İfanın Hukuki Niteliği.....	36
3.1.2.1. Genel Sözleşme Görüşü	36
3.1.2.2. Maddi Fiil Görüşü	38
3.1.2.3. Sınırlı Sözleşme Görüşü	42
3.2. İfanın Borcu Sona Erdirmesi	44
3.3. Bölünebilir Edimleri Konu Alan Borçlar Açısından Edimin İfa Edildiği Oranın, İfanın Sonuçlarına Etkisi	47
3.3.1. Sözleşmeden Doğan Borçların Tam Olarak ya da Büyük Oranda İfa Edilmesi	48
3.3.2. Düşük Oranda İfada Bulunulan Durumlar	49

BÖLÜM 4: İFANIN ŞEKİL NOKSANLIĞINI GİDERMESİ.....	51
4.1. Öğretideki Görüşler.....	51
4.1.1. Genel Olarak	51
4.1.2. Şekle Aykırılığın Sonuçlarını Kanun Hükümlerinin Uygulama Alanının Amaca Uygun Sınırlandırılması ile Aşan Görüş ve Bu Kapsamda Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Şekil Hükümlerinin Yorumlanması.....	53
4.1.2.1. Genel Olarak	53
4.1.2.2. Amaçsal Sınırlandırma Görüşünün Teorik Temelleri ve Uygulama Şartları	55
4.1.2.2.1.Şekil ile İlgili Hükümlerin Genel Düzenlemeler Oluşturması	55
4.1.2.2.2.Şekil Düzenlemelerinin Hüküm İçi Boşluk İhtiva Etmesi	56
4.1.2.3. Amaçsal Sınırlandırma Görüşünün Sonuçları.....	59
4.1.3. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı Görüşü	63
4.1.3.1. Genel Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı	63
4.1.3.2. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı Oluşturan Olay Grupları.....	65
4.1.3.2.1.Hakkın Kullanılmasında Meşru Bir Menfaat Bulunmaması	65
4.1.3.2.2.Hakkın Kullanılmasındaki Menfaat ile Başkasının Uğrayacağı Zarar Arasında Aşırı Orantısızlık Bulunması.....	67
4.1.3.2.3.Çelişkili Davranışta Bulunulması.....	68
4.1.3.3. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Sonuçları	70
4.1.3.4. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Uygulama Alanı	73
4.1.4. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının, Şekle Aykırı Sözleşmelere Konu İfalara Etkisi.....	74
4.1.4.1. Görüşün Teorik Temelleri	74
4.1.4.2. Görüşün Uygulanmasının Sonuçları.....	83
4.1.5. Yargıtay Uygulamasında Şekle Aykırı Sözleşmelere Konu İfaların Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı ile Korunması	87
4.2. Şekil Noksanlığının Giderilmesinin Bir Sonucu Olarak Zarara Uğrayan Tarafın Tazminat Talebi	91
BÖLÜM SON: SONUÇ	94
KAYNAKLAR.....	97

Özet

ŞEKLE AYKIRI SÖZLEŞMELERDE İFANIN DÜZELTİCİ ETKİSİ

Türk hukukunda, irade serbestisi esastır. Bu serbestinin bir görünümü olarak da, taraflar arasında kurulacak sözleşmeler açısından, sözleşme serbestisi ilkesi kabul edilmiştir. İlke çerçevesinde taraflar, sözleşme kurmakta, sözleşmenin içeriğini belirlemekte ve sözleşmenin şeklinin belirlenmesinde özgürdürler. Fakat bu özgürlük, belirli durumlarda, gerek taraf iradelerinin doğru bir şekilde oluşmasının sağlanması, gerekse de kamu yararının tesis edilmesi amacıyla sınırlandırılabilir. Kanun düzenlemeleri ile getirilen bu sınırlamalar, irade serbestisini ve sözleşme serbestisini belirli durumlar açısından askıya almaktadır. Sınırlamaların en büyük örneğini ise kanunda belirlenen şekil şartları oluşturmaktadır. Şekil şartları her ne kadar genel olarak düzenlenmemiş olsa da düzenlendiği hallerde uygulanmaları zaruridir. Uygulanmamaları halinde ise işlemin hükümsüzlüğü söz konusu olacaktır.

Uygulamada ise taraflar sözleşme ilişkisine girerken her zaman kanunlarda düzenlenen şekil şartlarına uymamaktadır. Fakat şekle aykırı sözleşme ile üstlenilen borçlar, edime uygun şekilde ifa edilmektedir. İfade bulunan taraf, ilişkinin sonlandırılmasını amaçlamakta, iradesine sonuç bağlanmasını beklemektedir. Şekle aykırılığa bağlanan sonuç ise bunu engellemektedir. Bu durumda, ifanın oluşturacağı etki ile, şekle aykırılığa bağlanan sonuç arasında nasıl bir ilişki kurulması gerektiği, hangi durumlarda ifanın etkisinin korunacağı ve bunun hukuken nasıl bir zemine oturtulacağı çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Bu çerçevede öncelikle şekil ile ilgili düzenlemelerin içeriği, sonrasında ifanın sonuçlarının nasıl bir hukuki niteliği haiz olduğu ve nihai olarak da şekle aykırı sözleşmelerde ifanın etkilerinin nasıl korunacağı incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler : Sözleşmelerde şekil, şekle aykırılık, ifa, amaçsal sınırlandırma, hakkın kötüye kullanılması yasağı.

Abstract

CONFIRMATION EFFECT OF PERFORMANCE ON CONTRACTS NON-COMPLIANT WITH FORM RULES

In Turkish law, the freedom of will is essential. As a result of this freedom, for parties, who are willing to execute a contractual relationship, liberty of contract is accepted as a principle. According to this principle, parties are free to draw or not to draw a contract or define contents and the form of it. But this freedom can be restricted in some cases in order to ensure, that the parties constitute their will rightly and in some cases in order to retain the public interest. These restrictions stipulated through legal provisions, suspend the freedom of will and liberty of contract for certain cases. The biggest example of these restrictions are stipulated as form rules. Although the form rules are not stipulated as a general principle for contracts, in case there are provisions regarding form rules, it is mandatory to comply. According to legal regulations, non-compliance with these form rules in a contract, makes it invalid.

However, in praxis, the parties engaging a contractual relationship, do not always follow the form rules. On the contrary, they fulfill their duties arising from the contract. The party, performing in accordance with the invalid contract, waits from the relationship to dissolve and aims to achieve its goal in accordance with the performance. But the results regulated within form rules prohibit that. The topic of this thesis is to determine the balance between the effects of the performance and the effects of the invalidity of a contract due to non-compliance with form rules and in which cases the effects of the performance can be protected and how it will be protected. Within this scope, the meaning of form rule regulations, effects and results of performance and effects of performance within contracts non-compliant with form rules are examined.

Keywords : Contractual form rules, Non-compliance with form rules, performance, teleological reduction, prohibition of abuse of rights.

Kısaltmalar

a.g.e.	: Adı geçen eser.
a.g.m.	: Adı geçen makale.
Abt.	: Abteilung.
Art.	: Artikel.
AT.	: Allgemeiner Teil.
Aufl.	: Auflage.
BGB.	: Bürgerliches Gesetzbuch.
BGE.	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts.
BGH.	: Entscheidungen des Deutschen Bundesgerichtshofs.
bkz.	: Bakınız.
DNotZ.	: Deutsche Notar-Zeitschrift.
E.	: Esas.
f.	: Fıkra.
HD.	: Hukuk Dairesi.
Hrsg.	: Herausgeber.
K.	: Karar.
Kn.	: Kenar Numarası.
m.	: Madde.
NJW.	: Neue Juristische Wochenschrift.
OR.	: Obligationenrecht.
RGZ.	: Reichsgerichts in Zivilsachen.
s.	: Sayfa.
SJZ.	: Schweizerische Juristen Zeitung.
T.	: Tarih.
TBK.	: Türk Borçlar Kanunu.
TMK.	: Türk Medenî Kanunu.
YHGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu.
YİBGK.	: Yargıtay İçtihatları Birleştirme Genel Kurulu.

Bölüm 1: Giriş ve Amaç

Türk özel hukukunun temelinde irade serbestisi ve irade serbestisinin bir görünümü olarak da sözleşme ve şekil serbestisi yatmaktadır. Fakat kanun koyucu bazı özel sözleşme tipleri açısından (örn: taşınmaz satım sözleşmesi) şekil şartları öngörmüştür. Kanun hükmüyle düzenlenen şekil şartlarının ötesinde, tarafların iradi olarak şekil şartları belirlemeleri de mümkündür. Burada kanun koyucu birçok amaç gütmekle birlikte, esasen sözleşme ilişkisine giren tarafların menfaatlerini daha etkili olarak korumayı amaçlamaktadır.

İfa ise hukuki açıdan sonuçları olan bir fiildir. İfa, taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi sonlandırabileceği gibi, ifanın gereği gibi gerçekleştirilmemesi tarafların birbirlerine karşı kullanabilecekleri farklı hakların meydana çıkmasını sağlar. Diğer bir ifadeyle, ifa ya kendisinden esasen beklendiği üzere ilişkiyi sonlandırmakta ya da bir domino etkisi yaratarak, tarafların mevcut hukuki ilişkiden bekledikleri menfaatlerini elde edebilmeleri için çeşitli alternatifler ortaya çıkarmaktadır. Bu derece etkili bir işlemin, Türk hukuku gibi detaylı düzenlemeleri haiz bir sistemde, geçersiz ilişkiler açısından ne gibi etkileri olacağı ise ayrı bir tartışma konusu oluşturmaktadır. Türk hukukunda hukuki işlemler ya kesin hükümsüzlük veya iptal edilebilirlikle batıl olmaktadır ya da yok hükmündedirler. Kural olarak hukuken geçerli işlemler üzerinde ifanın sonuçları kanun düzenlemeleri ile açıkça belirlenmişse de hukuken geçersiz işlemler açısından ifanın söz konusu olamayacağı kabul edilmiştir. Fakat bu kabul, uygulama özelinde hukukun, temel olarak ulaşmaya çalıştığı hakkaniyet dengesini sağlamasını bazı durumlarda engelleyebilecektir.

Özellikle günümüz uygulaması incelendiğinde, kanunda öngörülen şekil şartları gibi bazı yükümlülüklerin, tarafların bilinçsizliği ya da hukuki işlemlerin süratle sonuçlandırılması amacıyla bertaraf edildiği görülmektedir. Bu durumlarda da hukuki işlemin geçersizliği, bu geçersizlik dolayısıyla da tarafların menfaat kayıpları yaşamaları söz konusu olabilmektedir. Bu menfaat kayıplarının engellenmesi ve taraflar arasındaki

adaletin etkili şekilde tesis edilebilmesi için ifanın sonuçlarının daha detaylı incelenmesi gereklidir. Zira bir hukuki ilişki kurmak isteyen taraflar, bazı yükümlülüklerden kaçınırken yine de bu ilişkiden bekledikleri sonuca ulaşmayı amaçlamaktadırlar. Hukuk düzeninin ise kendi belirlemiş olduğu kuralları yok sayması ve doğrudan taraf iradeleri ile bağlanması, Türk hukuku gibi irade serbestisini benimseyen sistemlerde dahi hukuk güvenliğini tehlikeye atacak sonuçların oluşmasına sebebiyet verebilir. Diğer yandan bazı durumlarda tarafların ya da en azından bir tarafın serbest iradesi ile gerçekleştirmiş olduğu hukuki işlemin korunması, adaletin ve hakkaniyetin sağlanması için gerekli olabilecektir. Kısacası bir taraftan taraf iradeleri dikkate alınırken, diğer taraftan hukuk düzeninin gereksinimleri de yerine getirilmelidir. Bu da hassas bir dengenin kurulması ihtiyacını beraberinde getirmektedir.

Bu çalışmanın konusunu esas olarak hukuk düzeni içerisinde özellikle şekle aykırı kurulan sözleşmeler çerçevesinde gerçekleştirilen ifa oluşturmaktadır. Bu kapsamda ifanın, şekle aykırılığa bağlanan sonuçlara ne gibi bir etkisi olacağı, bu etkinin ilişkiyi düzeltici olup olmayacağı ele alınacaktır. İfanın düzeltici etkisinden bahisle, hukuk düzeninde kanun koyucu tarafından şekil şartları ile kurulan dengelerin ne şekilde incelenmesi gerektiği ve hangi durumlarda taraf iradelerinin, kanun koyucunun kendi iradesinden öne geçeceği değerlendirilecektir. İfanın, şekle aykırı sözleşmelerde nasıl bir sonuç oluşturacağı, bu sonucun sözleşme geçerliliğini düzeltmedeki payı da çalışma açısından diğer bir ilgi konusudur. Çalışma kapsamında, özellikle sözleşmenin tarafları açısından sonuçlar ele alınacak, üçüncü kişilere etkisi incelenmeyecektir.

Bölüm 2: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenleniş Biçimiyle Şekil Şartları

2.1. Türk Borçlar Kanunu'nda Genel Kural: Sözleşme Serbestisi

2.1.1. Genel Olarak

İrade serbestisi, Türk Borçlar Hukuku sistemine hâkim olan temel ilkelerden biridir. Bu ilke, tarafların diledikleri kişilerle, herhangi bir sözleşmeyi, kendi belirledikleri şartlar çerçevesinde kurabilmelerini sağlamaktadır¹. Kişiler, hukuki ilişkilerini serbest iradeleri ile kurabilmektedirler².

İrade serbestisinin borçlar hukuku mevzuatındaki yansıması olarak, Türk Borçlar Kanunu içerisindeki hükümlerin büyük bir kısmının, emredici hükümler yerine, ilişkileri yorumlayıcı ve tamamlayıcı nitelik taşıyan yedek hukuk kuralları olarak düzenlenmesi gösterilebilir. Görülmektedir ki kanun koyucu, hukuk politikası açısından liberal ve bireyci bir kanun yöntemi benimsemiştir³. Kanundaki bu serbestinin hukuki dayanağı ise Anayasa'da düzenlenmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 48. Madde ifadesi, *"Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir."* şeklindedir. Bu düzenleme ile kişilerin sözleşme ilişkisine girme

¹ M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1**, 16. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s.23; Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, 4. Baskıdan 5. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010, s.501; Fikret EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler "Borçlar Genel"**, Yetkin Yayınları, 23. Baskı, Ankara, 2018, s.16; Selahattin Sulhi TEKİNAY, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU ve Atilla ALTOP, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler ("Borçlar Genel")**, Filiz Kitabevi, 7. Baskı, İstanbul, 1993, s.363; Turhan ESENER ve Fatih GÜNDOĞDU, **Borçlar Hukuku I, Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerliliği**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s.210.

² Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s.501.

³ M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ, a.g.e., s.23.

özgürlüğü koruma altına alınmıştır⁴. Aynı şekilde Türk Borçlar Kanunu'nun 26. maddesinde yer alan “*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler*” ifadesi, Anayasa’da belirlenmiş sözleşme özgürlüğünü pekiştirmektedir.

İrade serbestisinin sınırlandırılması, yine Anayasa’daki düzenlemeler çerçevesinde dikkate alınmalıdır. Anayasa’nın 13. maddesinde belirtildiği üzere, “*Temel hak ve hürriyetler, ... ancak kanunla sınırlanabilir.*” Türk Borçlar Kanunu’nun 26. maddesindeki “*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler*” ifadesi, Anayasa’daki düzenlemenin bir görünümüdür. Sözleşme özgürlüğü ancak kanunda belirlenen hallerde sınırlanabilecektir. Görüldüğü üzere kanun metni içerisinde hem sözleşme özgürlüğü prensibi Anayasa ile uyumlu bir şekilde zikredilmiş, hem de normlar hiyerarşisi çerçevesinde, özgürlüğün sınırlarına ilişkin genel düzenleme yapılmıştır.

Türk Borçlar Kanunu’nun sözleşme serbestisini düzenlediği 26. maddesi, içerik itibarıyla özgürlüğün sınırları ile birlikte içeriğini de düzenlemektedir. Hukukun kişilere sözleşme serbestisi tanınması, aynı zamanda kişilerin sözleşme ilişkisine girme, ilişkinin tarafını belirleme, içeriğin değiştirilmesi ve sözleşmenin sonlandırılması özgürlüklerini de kapsamaktadır⁵.

2.1.1.1.Sözleşme Kurma Özgürlüğü

Sözleşme serbestisi açısından kişilerin sözleşme ilişkisine girme özgürlüğü, serbestinin en temel görünüş biçimidir. Kişiler sözleşme kurmakta veya kurmamakta

⁴ Necip KOÇAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s.501.

⁵ Saibe OKTAY-ÖZDEMİR, **İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1995-1996/1-2, İstanbul, 1996, s.267; Kübra ERCOŞKUN ŞENOL, **Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m.27**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2016/2, İstanbul, 2016, s.712.

özgürdürler⁶. Yani bir sözleşme ilişkisi içerisine girmek isteyenler, kendi belirledikleri sınırlar çerçevesinde, her türlü sözleşmeyi kurma ya da kurmama özgürlüğünü haizdirler⁷.

Genel olarak sözleşme serbestisi hukuki ilişkilerin kurulmasında ve özellikle ticari hayatın işleyişinde taraflara büyük bir esneklik sağlamaktadır. Fakat sözleşme kurma özgürlüğü belli durumlarda sınırlanmaktadır. Bu sınırlara verilebilecek ilk örnekler Türk Borçlar Kanunu'nda ve Türk Medeni Kanunu'nda mevcuttur⁸. Kanunlarda sözleşme özgürlüğünün sınırlandığı bazı hallerde, kişilerin sözleşme yapma mecburiyetinin doğduğundan bahsedilecektir. Bazı durumlarda ise sözleşme ilişkisine girmenin belirli kuralları tespit edilmektedir⁹.

Kişilerin sözleşme ilişkisine girmek zorunda olduğu haller sözleşme yapma mecburiyetini oluşturacaktır. Kanundaki bir hüküm ya da bir başka sözleşme ilişkisi, sözleşme kurma zorunluluğu oluşturabilir¹⁰. Bu duruma verilebilecek bir örnek, insanların ihtiyaç duyabileceği bir ürünün, serbest piyasa koşullarında sadece tek bir işletme tarafından satışının gerçekleştirilmesidir. Kişilerin ihtiyacı olan ürünü başka bir yerden elde etmeleri mümkün olmayacağı için, bu ürünü satan tarafın sözleşme kurma zorunluluğunun mevcudiyetinden bahsedilebilecektir¹¹. Özel kanunlarda bu duruma bir başka örnek 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinde

⁶ Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s.505.; M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ, a.g.e., s.23.; Fikret EREN, Borçlar Genel, s.316; Rona SEROZAN, **İstanbul Şerhi – Türk Borçlar Kanunu, Genel Hükümler (“İstanbul Şerhi”)**, Cilt 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s.50.

⁷ Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s.503.

⁸ Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s.505.

⁹ Rona SEROZAN, **İstanbul Şerhi**, s.50; Sözleşme ilişkisinin düzenlenmesinin sınırlandırıldığı hallerde ise en temel örnek taşınmaz satımını konu alan sözleşmelerdir. İlgili sözleşmelerin resmi şekil şartına uygun gerçekleştirilmesi, sözleşmenin yapılış şekli açısından bir zorunluluk hali oluşturmaktadır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 237. Maddesi bu hususu düzenlemektedir.

¹⁰ Hasan AYRANCI, **Sözleşme Kurma Zorunluluğu**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 3, Cilt 52, 2005, s.229-252, s.234.

¹¹ Hasan AYRANCI, a.g.m., s.233.

mevcuttur. Bir malı satılmak üzere sergileyen satıcı, ilgili malın üzerine satılık olmadığına dair bir ifade koymadıkça, malı görüp satın almak isteyen kişiye bu malı satmak zorunda kalacaktır¹². Bu da esasen tüketicinin talep etmesi halinde artık satıcının sözleşme kurmaktan kaçınamayacağı anlamına gelmektedir¹³.

Tarafların kendi iradeleri ile gelecekte sözleşme kurma borcu altına girmeleri de söz konusu olabilir. Kurulacak bir önsözleşme ile taraflar sözleşme ilişkisine girme zorunluluğunun oluşturabilirler¹⁴. Fakat bu durumda kanundan doğan bir sözleşme kurma zorunluluğu değil, tarafların yine irade serbestisi çerçevesinde kendilerince üstlendikleri bir borç söz konusu olacaktır. Dolayısıyla her ne kadar irade serbestisini sınırlar gibi gözükse de, aslında bu durum tarafların geleceğe yönelik hür iradeleriyle bir işlem yapmaları anlamına gelmektedir.

2.1.1.2.Sözleşmeyi Değiştirme ve Sonlandırma Özgürlüğü

Kurulan sözleşmelerin taraflarca sürdürülmesi esas olmakla birlikte, sözleşmeler her zaman sonlandırılabilir ya da değiştirilebilir bir yapıya sahiptirler. Karşılıklı anlaşılan sözleşme tarafları yine sözleşme özgürlüğü çerçevesinde hareket ederek sözleşmeleri sonlandırabilecek veya değiştirebilecektir. Kanunlar ve anayasa ile özgür kılınan hukuk kişileri, aynı zamanda sözleşmeleri sonlandırma ve değiştirme konusunda da özgürdürler.

2.1.1.3. Sözleşmelerde Şekil Özgürlüğü

Türk Borçlar Kanunu'nun 12. maddesinin 1. fıkrası, kural olarak sözleşmelerin herhangi bir şekil şartı olmaksızın kurulabileceğini düzenlemektedir. Yani sözleşmeler,

¹² Mustafa Alper GÜMÜŞ, **6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Cilt 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s.75; Murat AYDOĞDU, **Tüketici Hukuku Dersleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s.105; Ebru CEYLAN, **6502 sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Getirdiği Düzenlemeler**, Leges Yayınları, İstanbul, 2015, s.24.

¹³ Mustafa Alper GÜMÜŞ, a.g.e., s.76, Murat İNCEOĞLU, **Sözleşme Yapma Zorunluluğu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5. Maddesinin Bu Açıdan Değerlendirilmesi**, M. Kemal Oğuzman Anısına Armağan, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000, s.392.

¹⁴ Turhan ESENER ve Fatih GÜNDOĞDU, a.g.e., s.85;

şekil serbestisine tabiidirler. Fakat yine aynı fıkrada şekil serbestisinin aksine hükümlerin kanunlarda yer alabileceği düzenlenmiştir¹⁵. Bu hükümlere örnek olarak Türk Borçlar Kanunu'nun 237. maddesi ile taşınmaz satımları resmi şekil şartına bağlanması ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 20. maddesinin D bendi ile ise taşıt devirlerinin noterler aracılığıyla gerçekleştirilme şartına tabi tutulması verilebilir.

2.2.Şekil Serbestisinin İstisnası Olarak Kanunda Düzenlenen Şekil Şartları

2.2.1. Genel Olarak

Şekil, Türk Dil Kurumu tarafından “*davranış biçimi, tutum, yol, tarz*” olarak açıklanmıştır¹⁶. Doktrinde de şekil benzer bir bakış açısıyla, esasen irade açıklamasının dışı vuruş biçimi olarak tanımlanmıştır¹⁷. Tarafların sözleşme kurlmaları için aranan temel şart iradelerin karşılıklı ve birbirlerine uygun olmaları iken, bu iradelerin nasıl ortaya konduğu, belirli sözleşmeler açısından önem arz etmektedir¹⁸. Burada sözleşmenin şeklinden bahsedilecektir. Sözleşmelerin kanun hükmüyle şekil şartlarına tabi tutulduğu haller, irade serbestisinin sınırlandığı durumları teşkil etmektedir. Kanunda belirlenen şekle uyulmamasının sonucu da bu husus açısından önemlidir. Türk Borçlar Kanunu'nun 12. maddesinin 2. fıkrasında, şekle aykırılığın sonucu düzenlenmiştir¹⁹. İlgili maddede, şekil şartlarının sözleşmeler açısından geçerlilik şartını oluşturacağı düzenlenmiştir. Konu açısından özellikle şekilden ne anlaşılması gerektiği, kanunun şekil ile neyi kastettiği önemlidir. Şeklin tam anlamıyla kavranabilmesi için de öncelikle görünüş biçimleri incelenmelidir.

¹⁵ Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s.507; M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ, a.g.e., s.27.; Fikret EREN, Borçlar Genel, s.322.

¹⁶ www.tdk.gov.tr, Güncel Türkçe Sözlük, (erişim tarihi: 21.05.2018)

¹⁷ Adnan TUĞ, **Türk Özel Hukukunda Şekil**, Mimoza Yayınları, Konya, 1994, s.44.

¹⁸ Arif Barış ÖZBİLEN, **Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.31.

¹⁹ Arif Barış ÖZBİLEN, a.g.e., s.31.

Şekil şartı iki türde düzenlenmiştir. Bunlardan biri şeklin ispat kolaylığı sağlaması açısından düzenlendiği haller, diğeri de şeklin hukuki işleme geçerlilik kazandırması açısından zorunlu kabul edildiği hallerdir²⁰. Türk Borçlar Kanunu'nun 12. maddesinin 2. fıkrası esasen bu durumu düzenlemektedir. Şeklin hukuki işleme geçerlilik kazandırdığı hallerde, şekil hükmü amir durumda olacaktır²¹. Bu şekil şartına uyulmaması halinde sözleşmenin hükümsüzlüğünden bahsedilecektir. Hükümsüzlüğün türü ise doktrinde farklı şekillerde değerlendirilmektedir²².

Kanun koyucunun belirlemiş olduğu şekil şartlarına ek olarak, taraflar da kendi aralarında şekil şartı belirlemek suretiyle, kuracakları sözleşmeyi şekil serbestisi yönünden sınırlandırabilirler. Bu durum Türk Borçlar Kanunu'nun 17. maddesinde düzenlenmiştir ve iradi şekil olarak adlandırılmaktadır²³. Tarafların bir sözleşme açısından iradi şekil şartı belirlemeleri halinde, taraflar haiz oldukları şekil özgürlüğü hakkını yine haiz oldukları sözleşme serbestisi ile sınırlandırmış olacaklardır²⁴.

Şeklin sözleşmenin kurulması noktasında zaruri olduğu hallerde, sözleşmenin tamamının mı, yoksa sadece esaslı noktalarının mı şekil şartına tabi olacağı ayrı bir inceleme konusudur. Bir hukuki işlemin kurulması açısından işlemin tarafları için esaslı olan noktaların, ilgili hukuki işlemin kurulması için kanunda öngörülen şekil şartına uygun olması gerektiği, doktrinde ve uygulamada hâkim görüşü oluşturmaktadır²⁵.

²⁰ Arif Barış ÖZBİLEN, a.g.e., s.32.; Adnan Tuğ, a.g.e., s.32.; Yalçın KAVAK, **Borçlar Hukukunda Yazılı Şekil**, İstanbul, 2015, s.30.

²¹ Adnan TUĞ, a.g.e., s.44.

²² Bkz. Bölüm 2.3.5.

²³ M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut Öz, a.g.e., s.156.; Fikret EREN, Borçlar Genel, s.284.; Adnan Tuğ, s.33.

²⁴ M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ, a.g.e., s.157; Arif Barış ÖZBİLEN, a.g.e., s.35.

²⁵ M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ, a.g.e., s.140.; Fikret EREN, Borçlar Genel, s.238.; Arif Barış ÖZBİLEN, a.g.e., s.38.; Adnan TUĞ, a.g.e., s.46.; Yalçın KAVAK, a.g.e., s.24.;

2.2.2. Şeklin Yararları ve Beraberinde Getirdiği Zorluklar

Kanunda düzenlenen şekil şartlarının hukuki niteliğinin ve tarafların kurdukları sözleşmelerde belirleyecekleri iradi şekil şartlarında ne gibi saikler güdebileceklerinin anlaşılabilmesi açısından, öncelikle şeklin yararları ve belli durumlarda oluşturacağı yükümlülükler ve zorluklar incelenmelidir.

2.2.2.1.Şeklin Yararları

2.2.2.1.1. Tarafları Düşünmeye Sevk Etmesi

Şekil şartları hukuki işlemlerin gerçekleştirilmesi ve sözleşmelerin kurulması noktasında belirli yükümlülükler getirmektedir. Bu yükümlülükler ile taraflar gelişigüzel hareket etmekten ve doğrudan sözleşme ilişkisi içerisine girerek hata yapmaktan alıkonulmaktadır²⁶. Kanundaki şekle ilişkin düzenlemeler, bir nevi tarafları aceleyle etraflica düşünmedikleri bir hukuki konuma düşmekten korumaktadır. Özellikle kanun koyucunun şekil şartı öngördüğü sözleşmeler incelendiğinde, aslında kişilerin üzerinde işlem yaparken düşünmesi gereken sözleşmeler olduğu görülmektedir. Zira, şekil şartı getirilen sözleşmeler, kişilerin kararlarını sağduyulu hareket ederek almaları ve emin bir şekilde kurlmaları gereken sözleşmelerdir²⁷. Tarafların gündelik yaşamda ciddi borçlanmalar ile gerçekleştirdikleri taşınmaz devri sözleşmeleri buna bir örnek teşkil etmektedir. Yargıtay İçtihatları Birleştirme Genel Kurulu'nun 26.11.1980 tarihli kararındaki²⁸ şekle ilişkin “*Taraflar dikkate davet etmek, acele ile yanlış kararlara varmamak ve altından kalkılmayacak yüklerle girmemek*” şeklindeki ifadesi de bu durumun uygulamada kabul edildiğini göstermektedir. Bir diğer örnek ise bağışlama sözü verilmesine dair sözleşmelerdir. Bağışlama vaadi içeren sözleşmeler, sözleşmenin bir tarafına karşılıksız kazandırma yükümlülüğü getiren ve şekil şartına tabi tutulmuş bir

²⁶ Selahattin Sulhi TEKİNAY, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU ve Atilla ALTOP, Borçlar Genel, s.100.; Ahmet KILIÇOĞLU, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 22. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s.158.; Adnan TUĞ, a.g.e., s.47.

²⁷ M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ, a.g.e., s.140.

²⁸ **YİBGK** E.1980/5, K.1980/3, T.26.11.1980 (erişim adresi:www.kazanci.com, erişim tarihi:10.03.2019)

sözleşme tipidir²⁹. Keza kefalet sözleşmeleri de kefil sıfatıyla sözleşmeye dahil olan kişiye belirli şartların gerçekleşmesi halinde karşılıksız borçlu sıfatı yükleyen ve şekil şartlarına tabi bir sözleşme tipini oluştururlar³⁰.

2.2.2.1.2. Açıklık ve Kesinlik Sağlaması

Bir sözleşmenin şekil şartına bağlanması, sözleşmelerin hazırlanması için gereken zamanı uzatmakta, bu da tarafların sözleşme üzerinde daha fazla mesai harcamalarını sağlamaktadır³¹. Böylelikle ilgili sözleşmenin hazırlanmasında ve akdedilmesinde üstü kapalı noktalar kalması, anlaşılmayacak kısımlar bırakılması ihtimali daha da azalmaktadır. Taraflar iradelerini daha açık ve net ortaya koyacak zamana sahip olmaktadır³². Ayrıca şekil şartları sözleşme ilişkisine girecek kişilerin belirli formlar kullanmasına veya daha önceden kararlaştırılmış bir yöntem izlemesine sebebiyet verebilir. Bu da aslında şekil şartına tabi sözleşmeler açısından zaman içerisinde belirli kalıplar oluşmasını, sürekli kullanılan sözleşme hükümlerinin uygulamada yeknesaklaştırılmasını sağlamaktadır. Bu şekilde taraflar şekle tabi sözleşmeler açısından

²⁹ **TBK m.288:** Bağışlama sözü vermenin geçerliliği, bu sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır. Bir taşınmazın veya taşınmaz üzerindeki aynı bir hakkın bağışlanması sözü vermenin geçerliliği, ancak resmî şekilde yapılmış olmasına bağlıdır.

Şekle uyulmaması sebebiyle geçersiz olan bağışlama sözü verme, bağışlayan tarafından yerine getirildiğinde, elden bağışlama hükmündedir. Ancak, geçerliliği resmî şekle bağlanmış olan bağışlamalarda bu hüküm uygulanmaz.

³⁰ **TBK m.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.

³¹ Adnan TUĞ, a.g.e., s.46.; Yalçın KAVAK, a.g.e., s.23.

³² Fikret EREN, Borçlar Genel, s.265.; Ahmet KILIÇOĞLU, a.g.e., s.143.

büyük önem arz etmeyen hükümler üzerinde hızlıca anlaşabilmekte³³, esas önem arz eden kısımlar üzerinde ise daha fazla zaman harcayabilmektedirler.

Açıklık ve kesinlik yalnız sözleşmenin içeriği açısından değildir. Şekil şartları ayrıca sözleşmenin kurulup kurulmadığı noktasındaki karışıklıkları ortadan kaldırmakta da büyük rol oynamaktadır³⁴.

2.2.2.1.3. İspat Kolaylığı Sağlaması

Şekil şartlarının uygulamaya getirdiği bir diğer katkı ispat kolaylığıdır³⁵. Şekil şartlarına uygun gerçekleştirilen bir sözleşmenin olası bir uyuşmazlıkta delil olarak uyuşmazlığın görüldüğü mahkemeye ya da kuruma sunulması daha kolay olacaktır³⁶. Buna ek olarak şekil şartının getirilmesi, tarafların özellikle bir hukuki işleme başlarken, üzerinde tartıştıkları ve anlaştıkları hususları unutmalarını zorlaştıracak³⁷, ilerleyen zamanlarda bu hususların bilakis hatırlatılması yoluyla ispatını kolaylaştıracaktır.

2.2.2.1.4. İşlem Güvenliğinin ve Aleniyetin Sağlanması

Sözleşmelerde şekil, işlem güvenliğini de beraberinde getirmektedir. Zira, bir sözleşme şekil şartına tabi ise ilgili sözleşmenin oluşturulması ve ortaya konması aşamalarında, sözleşmenin birden çok kez kontrole tabi tutulmasına imkân verecektir. Taraflar sözleşmenin hazırlanması aşamasında geçen zamanı, uygun görmeleri ve talep

³³ Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s.272.

³⁴ Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s.272.; M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ, a.g.e., s.140.; Fikret EREN, Borçlar Genel, s.280.; Arif Barış ÖZBİLEN, a.g.e., s.39.; Adnan TUĞ, a.g.e., s.32.

³⁵ Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s.272.; Fikret EREN, Borçlar Genel, s.280.; Arif ÖZBİLEN, a.g.e., s.39.;

³⁶ Arif Barış ÖZBİLEN, a.g.e., s.39; Yalçın KAVAK, a.g.e., s.24.

³⁷ Adnan TUĞ, a.g.e., s.47.

etmeleri halinde sözleşmenin şartlarını ve getirilerini ilgili herkes ile paylaşmak için kullanabilecektir. Bu da işlem güvenliği ve aleniyetin sağlanmasını kolaylaştıracaktır³⁸.

Şekil şartlarının bireylere yönelik bir diğer pozitif faydası, bazı durumlarda devletin de sözleşmenin doğru biçimde kurulduğundan emin olma noktasında sorumluluğu olmasıdır³⁹. Bu durumun en sık rastlanan örneğini taşınmaz satım sözleşmeleri oluşturur. Taşınmaz satım sözleşmesi ile ilgili taşınmaz açısından tapu kaydı değiştirilmekte ve taşınmazın mülkiyeti yeni malik adına tescil edilmektedir. İlgili işlemlerin salahiyeti açısından sözleşme doğrudan tapu sicil memuru tarafından düzenlenmekte, bu sebeple de devletin sorumluluğu gündeme gelebilmektedir. Aynı zamanda ilgili sözleşme ile kurulan nispi ilişki, sözleşmenin tapu siciline tescili ile aleniyet kazanmakta, sözleşmeden doğan haklara halel getirmeye çalışan üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir hale gelmektedir⁴⁰. Ayrıca resmi şekilde düzenlenen belgeler, Türk Medeni Kanunu'nun 7. maddesi çerçevesinde resmi belge niteliğini haiz oldukları için taşınmaz satımında düzenlenen bu sözleşme resmi kanıt niteliği de taşıyacaktır⁴¹.

2.2.2.2.Şekil Şartlarının Beraberinde Getirdiği Zorluklar

Şekil şartlarının belirli sözleşmeler açısından zorunlu tutulması yukarıda sayılan yararların yanında, bazı durumlarda taraflar açısından zorluklar getirebilecektir. Günümüz ticari hayatı dikkate alındığında, sözleşmelerin ilgili şekil şartlarına uygun olarak hazırlanması ekonomik açıdan maliyetli olabilecektir⁴². Resmi daireler nezdinde kurulması gereken sözleşmelerin gerektirdiği harç ve vergiler bu duruma bir örnek oluşturacaktır. Ayrıca kişiler, ticari hayat içerisinde hızlı hareket etmeyi amaçlamakta, bu

³⁸ Arif Barış ÖZBİLEN, a.g.e., s.41.

³⁹ M. Kemal OĞUZMAN, Özer SELİÇİ ve Saibe OKTAY-ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku**, 21. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018, s.144.

⁴⁰ Adnan TUĞ, a.g.e., s.47.

⁴¹ Arif Barış ÖZBİLEN, a.g.e., s.42.

⁴² Fikret EREN, Borçlar Genel, s.281.; Arif Barış ÖZBİLEN, a.g.e., s.43.; Adnan TUĞ, a.g.e., s.45.

sebeple de şekil şartlarına uyulmasını vakit kaybı olarak görmekte-dirler. Zira bazen zaman, yapılacak işlem-den daha yüksek değer taşımaktadır⁴³.

Özetle, şekil şartlarının zorunlu tutulması, işlemlerin hızlı bir şekilde gerçekleştirilmesinin önüne geçmekte, sözleşme yapılmasını güçleştirmekte ve herhangi bir eksiklik olması halinde sözleşmenin tamamen geçersiz olmasını sağlamaktadır⁴⁴. Şekil şartlarının mevcut olduğu işlemlerin gerçekleştirilmesi taraflar için zorlaşmakta, hatta işlemin hiç gerçekleştirilememesine sebep olabilmektedir⁴⁵.

2.3.Şekle Aykırılığın Müeyyidesi

2.3.1. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu içerisinde farklı maddelerde bir sözleşmede bulunması gereken bazı unsurların yokluğu ya da eksikliği halinde nasıl bir hükümsüzlüğün ortaya çıkacağı düzenlenmiştir. Kanun 12. maddede şekle aykırı sözleşmelere ilişkin genel bir kural ortaya koyarken, 27. Maddede emredici hükümlere, kamu düzenine, ahlaka, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız sözleşmeler için, 36. maddede de hata ile kurulan sözleşmeler için nasıl bir geçersizlik oluşacağını belirlemiştir. Bu maddelerde öngörülen hükümsüzlük halleri ise kendi içerisinde kesin hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik olarak ikiye ayrılmaktadır⁴⁶. Bunlara ek olarak bir hukuki işlemdeki bazı unsurların eksik olması halinde ortaya çıkan yokluk hali ve sınırlı ehliyetsizlerin gerçekleştirdikleri bazı işlemlerde yasal temsilcisinin iznine kadar geçen sürede oluşan askıda hükümsüzlük

⁴³ Ahmet KILIÇOĞLU, a.g.e., s.155.

⁴⁴ Adnan TUĞ, a.g.e., s.48.; Demet ÇELİKTAŞ, **Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırılığı İleri Sürmenin Sınırı Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı:1-4, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1987, s.598.

⁴⁵ Fikret EREN, Borçlar Genel, s.281.

⁴⁶ Pakize Ezgi AKBULUT, **Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.32 ve s.40; Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ, a.g.e., s.174 vd. ve s.138; Fikret EREN, Borçlar Genel., s.426 ve s.528.

halleri de diğer hükümsüzlük türleri olarak mevcuttur⁴⁷. Şekle ilişkin hükümsüzlük türünün ne olduğunun doğru şekilde tespiti açısından, askıda hükümsüzlük hali ayrı tutulmak üzere kalan üç hükümsüzlük hali incelenmelidir. Zira askıda hükümsüzlük hali, fiil ehliyetinin sınırlandırıldığı haller ile ilgilidir ve şekil kapsamında ele alınmayacaktır.

2.3.2. Yokluk

Bir hukuki işlemin kurucu unsurları, sözleşmeler açısından karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıdır⁴⁸. Bu unsurların mevcut olmaması halinde, sözleşme hiç var olmamış gibi hareket edilmesi gerekecektir. Bir başka deyişle sözleşme yok hükmünde olacaktır⁴⁹. Sözleşmeler dışında ise yokluğun en temel görünüş biçimi aile hukukunda ortaya çıkmaktadır. Evlenmenin temel şartları olan ayrı cinsten kişiler arasında yapılması, evlendirme memuru önünde yapılması ve evlenme iradesinin her iki tarafça da ayrıca beyan edilmesi şartlarının gerçekleşmemesi halinde, evlilik yok hükmünde olacaktır⁵⁰.

Yokluk, diğer hükümsüzlük halleri ile kıyaslandığında en ağır sonuçları taşıyan hükümsüzlük halidir. Bir sözleşmenin yoklukla batıl olması, bu hükümsüzlüğün her zaman, sözleşmeye taraf olan ya da olmayan herkes tarafından ileri sürülebileceği anlamına gelmektedir⁵¹. Ayrıca yokluk herhangi biri tarafından ileri sürülmesi dahi, hâkim önüne gelen her türlü uyuşmazlıkta re'sen dikkate alınacaktır⁵². Yok hükmünde olan

⁴⁷ Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s.579; Pakize Ezgi AKBULUT, a.g.e., s.30.

⁴⁸ M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ, a.g.e., s.175; M. Kemal OĞUZMAN ve Nami BARLAS, a.g.e., s.191.

⁴⁹ Mustafa DURAL ve Suat SARI, **Türk Özel Hukuku Cilt I: Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, 13. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018, s.223.

⁵⁰ Mustafa DURAL, Tufan ÖĞÜZ ve Alper GÜMÜŞ, **Türk Özel Hukuku Cilt III: Aile Hukuku**, 13. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018, s.71; Turgut AKINTÜRK ve Derya ATEŞ, **Türk Medeni Hukuku: Aile Hukuku**, 20. Baskı, Beta Yayınevi, Ankara, 2017, s.205 vd.

⁵¹ Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s.580; M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ, a.g.e., s.175;

⁵² Kemal OĞUZMAN ve Nami BARLAS, a.g.e., s.219; Mustafa DURAL ve Suat SARI, a.g.e., s.224.

bir işlem hukuk alanında hiçbir şekilde yer alamayacaktır ve dolayısıyla da herhangi bir talep ya da savunmaya konu olamayacaktır⁵³.

2.3.3. Kesin Hükümsüzlük

Bir hukuki işlemin, kanunun emredici hükümlerine ya da kamu düzenine aykırı olması halinde, işlem kesin hükümsüz hale gelir⁵⁴. Kesin hükümsüzlük halinde, hukuki işlemin kurucu unsurları mevcuttur, lakin kanunlarda belirlenen geçerlilik unsurları mevcut değildir. Türk ve İsviçre hukukunda yokluk ile kesin hükümsüzlük hali arasında bir nüans bulunmaktadır. Kesin hükümsüzlük, hukuki işlemi, baştan itibaren etkili olacak şekilde ve fakat tespit edilmesi halinde geçersiz kılacaktır⁵⁵. Bu tespit kesin hükümsüzlüğün konu olduğu uyuşmazlıkta mahkeme hakimi tarafından gerçekleştirilebileceği gibi taraflarca ileri de sürülebilecektir⁵⁶. Yoklukta ise işlem hukuken hiç var olmamıştır ve olması da mümkün değildir. Zira işlemin kurucu unsurları mevcut değildir⁵⁷. Kesin hükümsüzlükte işlem kurucu unsurları itibariyle var olsa da, kanuni düzenlemeler sebebiyle baştan itibaren geçersiz hale getirilmekte, kurulan işlem hüküm ifade etmemektedir⁵⁸. Sonuçta benzer bir netice elde edilse de yokluk ve kesin hükümsüzlük hukuken farklı sebeplerle oluşmaktadır. Alman hukukunda ise benzer şekilde “*Nichtigkeit*” olarak adlandırılan hükümsüzlük hali⁵⁹, sözleşmenin baştan itibaren hiç var olmamış gibi kabul edilmesine sebep olur⁶⁰. Fakat belirtmek gerekir ki, Alman hukukunda Türk hukukundakine benzer bir kesin hükümsüzlük/yokluk ayrımı

⁵³ M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ, a.g.e., s.175.; Fikret EREN, Borçlar Genel, s.258.; Ahmet KILIÇOĞLU, a.g.e., s.82.

⁵⁴ M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ, a.g.e., s.175.; Ahmet KILIÇOĞLU, a.g.e., s.212.

⁵⁵ Mustafa DURAL ve Suat SARI, a.g.e., s.224; Alfred KOLLER, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil “OR, AT”**, Stämpfli Verlag, 4. Baskı, Bern, 2017, s.206.

⁵⁶ Mustafa DURAL ve Suat SARI, a.g.e., s.224; Alfred KOLLER, **OR, AT**, s.208.

⁵⁷ Pakize Ezgi AKBULUT, a.g.e., s.31

⁵⁸ Mustafa DURAL ve Suat SARI, a.g.e., s.225;

⁵⁹ Dorothee EINSELE, **Münchener Kommentar zum BGB**, C.H.Beck Verlag, 7. Baskı, Münih, 2015, § 125 Kn. 41-42, beck-online, Erişim Tarihi:24.10.2017.

⁶⁰ Karl LARENZ, Schuldrecht, s.98; Otto PALANDT (Hrsg.), **Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar “Palandt Kommentar”**, 76. Aufl., München 2017, s.113.

yapılmamakta, bu iki hali de kapsayacak şekilde “*Nichtigkeit*” kavramı kullanılmaktadır⁶¹.

Kesin hükümsüz bir işlem, tarafların kabul etmesi halinde, geçerlilik şartlarını taşıdığı başka bir işlem olarak sağlıklı hale getirilebilecektir⁶². Bu noktada kesin hükümsüzlük, iptal edilebilirlikten ayrılmaktadır⁶³. Zira, iptal edilebilirlikle batıl olan bir hukuki işlem, iptal edilmemesi durumunda, aynı işlem olarak sağlıklı hale gelebilecektir. Bunu sağlayan ise iptal etmenin yenilik doğuran bir hak olması ve süresinde kullanılmaması halinde bu hakkın düşmesidir⁶⁴. Kesin hükümsüz işlemler ise, kuruldukları haliyle tekrar geçerli hale gelemeyecektir. Belirtildiği üzere kesin hükümsüz işlemler ancak geçerlilik şartlarını taşıdıkları başka bir işlem olarak onaylanabileceklerdir⁶⁵. Kesin hükümsüz işlem, kurulduğu haliyle aynı şekilde geçerli hale getirilmek istenirse, bu durumda ilgili işlemin geçerlilik şartları çerçevesinde yeniden tesis edilmesi gerekecektir⁶⁶. Türk hukukunda, kesin hükümsüz işlemlerin, geçerlilik şartlarını taşıdıkları başka işlemler olarak icazet yoluyla geçerliliklerini sürdürmelerini sağlayacak genel bir düzenleme mevcut değildir. Fakat bu şekilde

⁶¹ Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s.582.

⁶² M. Kemal OĞUZMAN ve Nami BARLAS, a.g.e., s.221; Mustafa DURAL ve Suat SARI, a.g.e., s.227; Pakize Ezgi AKBULUT, a.g.e., s.38.

⁶³ Pakize Ezgi AKBULUT, a.g.e., s.41.

⁶⁴ M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ, a.g.e., s.178; Fikret EREN, Borçlar Genel, s.426

⁶⁵ Selim KANETİ, **Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili)**, İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972, s.12; M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ, a.g.e., s.179; Fikret EREN, Borçlar Genel, s.349.

⁶⁶ Mehmet Serkan ERGÜNE ve Ali Suphi KURŞUN, a.g.e., s.118.

geçerlilik sağlanan özel hükümler⁶⁷ işlemin tahvili olarak değerlendirilmektedir⁶⁸. Alman hukukunda tahvil §140 BGB ile hüküm altına alınmıştır⁶⁹. İlgili düzenlemeye göre, kesin hükümsüzlükle batıl bir hukuki işlem, başka bir hukuki işlemin bütün şartlarını içeriyorsa ve tarafların ilgili hükümsüzlüğü bilselerdi şartları içeren diğer sözleşmeyi kurabilecekleri halin gereğinden anlaşılabiliriyorsa; kesin hükümsüzlükle batıl olan sözleşme diğer sözleşmeye çevrilecektir⁷⁰. Görüldüğü üzere Türk ve İsviçre hukukunda özel düzenlemelerle gerçekleştirilen tahvil, Alman hukukunda genel bir düzenlemeye konu olmuştur. Her iki uygulamada da kesin hükümsüz işlem, başka bir işlem olarak yeniden geçerli hale gelmektedir⁷¹.

Öte yandan kesin hükümsüzlük hali tespit edilmesi açısından da iptal edilebilirlikten ayrılmaktadır. İptal edilebilirlik tarafların kullanabileceği bir hak olarak düzenlenmişken, kesin hükümsüzlük taraflar ileri sürmese bile olası bir uyuşmazlık halinde, yine yoklukla benzer şekilde, hâkim tarafından re'sen dikkate alınacaktır⁷². Her ne kadar kesin hükümsüzlük hâkim tarafından uyuşmazlıklarda re'sen dikkate alınıyor

⁶⁷ Buradaki özel hükümlere örnek olarak Türk Borçlar Kanunu'nun 288. maddesinin 3. fıkrası verilebilir. İlgili düzenlemeye göre bağışlama sözü verme yazılı şekil şartına bağlanmıştır. Fakat bağışlama sözü veren kişi bu şekil şartına uymaksızın bağış yapma borcunu ifa ederse, artık bu bağışlama elden bağışlama olarak görülecek ve hukuken geçerli sayılacaktır. Aynı şekilde Türk Borçlar Kanunu'nun 237. maddesi de bir örnek teşkil etmektedir. Taşınmaz satım sözleşmeleri ilgili düzenlemede yazılı şekil şartına tabi tutulmuşlardır. Fakat taraflar taşınmaz satımını konu alan bir sözleşmeyi resmi şekil şartına tabi olarak tapu sicilinde kurmak yerine noterde gerçekleştirirlerse, bu durumda ilgili sözleşme 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 60. maddesine göre taşınmaz satım vaadi sözleşmesi niteliğini kazanacaktır. Her iki işlemde de kanunen şekle aykırılık dolayısıyla geçersiz olması gereken sözleşmeler, bir başka sözleşme tipi olarak tahvil edilmekte ve hukuken geçerli sayılmaktadır. Bu durum ilgili işlemlerin esas sözleşme bakımından geçersiz olmalarına karşılık hukuken geçerli bir başka sözleşmenin şekil şartlarını taşımalarından kaynaklanmaktadır.

⁶⁸ Işık ÖNAY, a.g.e., s.42; Selim KANETİ, a.g.e., 24.

⁶⁹ Otto PALANDT, Palandt Kommentar, s.159.

⁷⁰ Otto PALANDT, Palandt Kommentar, s.160.

⁷¹ Selim KANETİ, a.g.e., s.13.; Işık ÖNAY, **Yenileme**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.135; M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ, a.g.e., s.178.

⁷² M. Kemal OĞUZMAN ve Nami BARLAS, a.g.e., s.226; Mustafa DURAL ve Suat SARI, a.g.e., s.226; Pakize Ezgi AKBULUT, a.g.e., s.38.

olsa da İsviçre hukukunda gün geçtikçe daha çok taraftar bulmakta olan yeni bir görüş kesin hükümsüzlüğün uygulamasının daha farklı ele alınması gerektiğini savunmaktadır. Esnek kesin hükümsüzlük olarak adlandırılan bu görüşe göre, kesin hükümsüzlük tıpkı iptal edilebilirlikte olduğu gibi tarafların talebi halinde uygulanmalıdır⁷³. Esnek kesin hükümsüzlük görüşü kendi içerisinde de ikiye ayrılmaktadır⁷⁴. Bunlardan biri kesin hükümsüzlüğün tamamen tarafların iradesine bırakılmasını öneren *Sınırsız (Mutlak) Esneklik Görüşü*⁷⁵, diğeri *Sınırlı Esneklik Görüşü* olarak adlandırılmaktadır⁷⁶.

Sınırsız esneklik görüşüne göre, kanunda belirtilen kesin hükümsüzlük hali, aslında her zaman denetlenmesi ve hâkim tarafından dikkate alınması gereken bir hükümsüzlüktür⁷⁷. Bu görüşte kanun hükümleri içerisinde geçerlilik şartı düzenlendiği ve geçerlilik şartının olmadığı her ihtimalde ilgili hükmün amacının tespit edilmesi gerektiği ve geçerlilik şartının amacının ne olduğu tespit edildikten sonra bunun re'sen uygulanıp uygulanamayacağına karar verilmesi gerektiği savunulmaktadır⁷⁸. Yani uyuşmazlığı çözmeye çalışan hakim, öncelikle önündeki somut olayda kesin hükümsüzlüğün uygulanması gereken bir geçersizlik içerip içermediğini kontrol etmeli, buna göre tercihi taraflara bırakmalı ya da re'sen uygulamalıdır⁷⁹.

⁷³ Claire HUGUENIN ve Barbara MEISE, **Basler Kommentar ORI**, legalis.ch (erişim tarihi 16.10.2017), Art.19-20, Kn.53.

⁷⁴ Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s.588, Kn.27; Fikret EREN, Borçlar Genel, s.354; Pakize Ezgi AKBULUT, a.g.e., s.41;

⁷⁵ Peter GAUCH, Walter R. SCHLUEP, Jörg SCHMID ve Susan EMMENEGGER, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, Cilt I, 9. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2008, s.108.

⁷⁶ Claire HUGUENIN ve Barbara MEISE, **Basler Kommentar ORI**, legalis.ch (erişim tarihi 16.10.2017), Art.19-20, Kn.53.

⁷⁷ Claire HUGUENIN ve Barbara MEISE, **Basler Kommentar ORI**, legalis.ch (erişim tarihi 16.10.2017), Art.19-20, Kn.53.

⁷⁸ Theo GUHL, Alfred KOLLER ve Max KUMMER, **Das schweizerische Obligationenrecht**, 7. Auflage, Zürich, 1980, s.108; Claire HUGUENIN ve Barbara MEISE, **Basler Kommentar ORI**, legalis.ch (erişim tarihi 16.10.2017), Art.19-20, Kn.55.

⁷⁹ Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s.589, Kn.29.

Sınırlı esneklik görüşü çerçevesinde ise kısmen bir sınırlandırma getirilmektedir. Kesin hükümsüzlüğü getiren düzenlemenin uyuşmazlıkta uygulanmasının, hükmün amacından yola çıkılarak taraflara bırakılıp bırakılmayacağı tespit edilmelidir⁸⁰. Hakim her bir olay açısından birbirinden ayrı değerlendirmeler yapmayacak, aksine hükümle ilgili genel bir değerlendirme yaparak kesin hükümsüzlüğün tarafları koruma amacı mı güttüğünü yoksa kamu düzeninin bir gereği mi olduğunu tespit edecektir⁸¹. Bu görüşe göre, konusu itibariyle kanuna aykırı sözleşmeler bakımından kesin hükümsüzlük taraflar ileri sürmese dahi hâkim tarafından ya da ilgili üçüncü kişiler tarafından ileri sürülebilecektir⁸². Sınırlı esneklik görüşü, taraf iradelerinin daha üstün tutulması gereken hukuki işlemler açısından sınırsız esneklik görüşüne, kamu yararının daha üstün tutulması gereken işlemler açısından ise klasik kesin hükümsüzlük görüşüne benzemektedir. Türk doktrininde bu görüşün daha uygulanabilir olduğunu kabul edenler vardır⁸³. İsviçre hukukunda kesin hükümsüzlüğün yumuşatılması ve esnek kesin hükümsüzlük şeklinde uygulanması bazı yazarlar tarafından ileri sürülse de⁸⁴, uygulamada İsviçre Federal Mahkemesi, kesin hükümsüzlüğün kanunda düzenlendiği anlamı ile kullanılması gerektiğini ve mevcut olduğu olaylarda doğrudan hükümsüzlük oluşturacağını kabul etmektedir⁸⁵.

⁸⁰ Peter GAUCH, Walter R. SCHLUEP, Jörg SCHMID ve Susan EMMENEGGER, a.g.e., s.138; Pakize Ezgi AKBULUT, a.g.e., s.63.

⁸¹ Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s.592, Kn.33.

⁸² Mehmet Serkan ERGÜNE ve Ali Suphi KURŞUN, a.g.e., s.143.

⁸³ Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s.591; Fikret EREN, Borçlar Genel, s.334; Haluk Nami NOMER, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018, s.62; Pakize Ezgi AKBULUT, a.g.e., s.210.

⁸⁴ Claire HUGUENIN ve Barbara MEISE, **Basler Kommentar**, ORI, Art.19/20, Kn.55 (erişim adresi:www.legalis.ch, erişim tarihi:16.07.2017)

⁸⁵ **BGE** 129 III 209; **BGE** 110 II 360; **BGE** 97 II 108, erişim adresi:bger.ch (erişim tarihi: 05.04.2017).

2.3.4. İptal Edilebilirlik

İptal edilebilirlik, bir sözleşmedeki kurucu unsurlarda, sözleşme kurulduğu an itibariyle sakatlık olması halinde uygulanmaktadır⁸⁶. Bu sakatlığı fark eden taraf, ilgili sakatlığa dayanarak sözleşmeyi iptal edebileceği gibi bu sakatlığı düzelterek sözleşmeyi sağlıklı hale getirme imkânına da sahiptir⁸⁷.

Sözleşmenin iptal edilebilirlik ile batıl olduğunu fark eden taraf, bu hakkını kullanarak sözleşmeyi iptal etmek isterse sözleşme daha ağır bir hükümsüzlük hali olan kesin hükümsüz durumuna dönüşecektir. Bu da iptal edilebilirliğin, iptal hükmüne dayanma hakkı olan taraf ya da kişinin tercihinin bırakılmış olduğunu göstermektedir. Askıda olan bir hükümsüzlük hali, iptal etme hakkını haiz tarafın tercihi ile kesinleşmekte ya da ortadan kalkmaktadır⁸⁸. İptal edilebilirliğin hukuki niteliği noktasında ise farklı görüşler mevcuttur⁸⁹. Bir görüşe göre iptal edilebilir nitelikte olan işlemler, iptal etme hakkı olan için baştan itibaren geçersiz, fakat işlemin diğer tarafı için iptal hakkı kullanılana kadar geçerlidir⁹⁰. Diğer bir görüşe göre ise iptal edilebilir işlem düzelebilir bir hükümsüzlükle batıl olacaktır⁹¹. Üçüncü ve Türk hukukunda kabul gören görüşe göre ise iptal edilebilir işlem, iptal hakkı kullanılana kadar geçerliliğini sürdürecektir, fakat iptal hakkının kullanılması ile birlikte baştan itibaren, geçmişe etkili olarak hükümsüz hale gelecektir⁹².

⁸⁶ M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ, a.g.e., s.178.; Fikret EREN, Borçlar Genel, s.260.

⁸⁷ M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ, a.g.e., s.180.; Fikret EREN, Borçlar Genel, s.262.; Ahmet KILIÇOĞLU, a.g.e., s.136.

⁸⁸ M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ, a.g.e., s.180.

⁸⁹ Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s.428, 429.

⁹⁰ Pierre ENGEL, *Traité des Obligations en Droit Suisse*, 2. Baskı, Stämpfli Verlag, Bern 1997, s.339 (Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s.429'dan naklen)

⁹¹ Peter GAUCH, Walter R. SCHLUEP, Jörg SCHMID ve Susan EMMENEGGER, a.g.e., Kn.912.

⁹² Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s.430; M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ, a.g.e., s.180.

İptal hakkının diğer hükümsüzlük hallerinden ayrıldığı bir diğer özelliği ise kanundaki düzenlemelerle hak düşürücü sürelerle tabi tutulmuş olmasıdır. Bir işlemin iptal edilebilir olması halinde, bu hakka dayanabilecek taraf, kanunda belirlenen süreler içerisinde hakkını kullanmalıdır⁹³. Şayet iptal hakkı zamanında kullanılmazsa, iptal edilebilirlikle batıl sözleşme tam anlamıyla geçerli hale gelecektir. İptal edilebilirlik icazet yoluyla da ortadan kaldırılabilecektir⁹⁴. Bu ihtimalde de iptal edilebilirlikle batıl sözleşme, artık bu hakkı kullanabilecek kişinin hakkından vazgeçmesi ile sağlıklı hâle gelmektedir.

2.3.5. Şekle Aykırı Sözleşmelerin Hükümsüzlüğü

2.3.5.1.Genel Olarak

Daha önce de açıklandığı üzere, Türk hukukunda bazı sözleşmeler şekil şartına tabidir⁹⁵. Bir eserin ortaya konulmasını ve buna karşılık olarak da arsa mülkiyetinin devrini konu alan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri kanuni geçerlilik şartına tabi sözleşmelerin örneklerinden birini oluşturmaktadır⁹⁶. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin şekil şartına tabi olmasını sağlayan unsur, sözleşmenin bir taşınmaz devrini konu almasıdır. Bir sözleşmenin kanun hükmü ile şekle tabi tutulması, o sözleşme tipi açısından şekle uyulmaması halinde müeyyidelerin oluşacağı anlamına gelir. Uygulamada şekle tabi sözleşmeler her zaman ilgili şekil şartlarına uygun olarak akdedilmemektedir. Özellikle günümüz şartlarında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gibi birçok yapı projesinin temelini oluşturan sözleşmeler, gerek zaman kaybının önüne geçilmesi, gerekse de masrafların asgari seviyeye indirilmesi amacıyla şekil şartı gözetilmeksizin akdedilmektedir. Bu da sözleşmenin şekle aykırı kurulması halinde gündeme gelecek olan hükümsüzlük yaptırımının, doğrudan günlük uygulamayı etkileyen hukuki sonuçlar ortaya koyacağını göstermektedir.

⁹³ M. Kemal OĞUZMAN ve Nami BARLAS, a.g.e., s.231.

⁹⁴ M. Kemal OĞUZMAN ve Nami BARLAS, a.g.e., s.232; Mustafa DURAL ve Suat SARI, a.g.e., s.228.

⁹⁵ Örnek olarak TBK m.237'de taşınmaz satım sözleşmesi resmi şekil şartına, TBK m.583'te kefalet sözleşmesi yazılı şekil şartına tabi tutulmuştur.

⁹⁶ Hasan ERMAN, a.g.e., s.3-22; Zekeriya KURŞAT, **İnşaat Sözleşmesi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s.21.

Türk hukukunda bu konu esasen kesin hükümsüzlük ile ilgili tartışmalarla paralel olarak iki ana görüş çerçevesinde incelenmektedir. Bir görüş, Türk Borçlar Kanunu'nun 12. maddesinde düzenlenen şekil şartlarının emredici olarak düzenlendiği yönündedir⁹⁷. Bu gerekçeyle de şekle aykırı olarak kurulan sözleşmeler kanunun emredici hükümlerine aykırı olacaktır⁹⁸. Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinin 1. fıkrası hükmü ile de kanunun emredici hükümlerine aykırı olan işlemlerin kesin hükümsüz olduğu düzenlenmiştir. Klasik görüşü savunan yazarlar bu iki hükmü birlikte ele alarak şekle aykırı sözleşmelerin doğrudan kesin hükümsüzlükle batıl olacaklarını savunmaktadırlar⁹⁹. Her ne kadar şekle aykırılığın yokluk ya da iptal edilebilirlikle batıl olacağına¹⁰⁰ dair görüşler mevcut olsa da, çalışma kapsamında ele alınmayacaktır.

Yine kesin hükümsüzlük bahsinde de açıklandığı üzere, İsviçre hukukunda, kesin hükümsüzlük kanunda tam anlamıyla açıklanmamış olmakla birlikte, doğrudan hâkim tarafından re'sen ele alınması gerekli olmadığını kabul eden esnek kesin hükümsüzlük görüşünün, şekle aykırı sözleşmelerde uygulanabileceği de savunulmaktadır¹⁰¹. Bu görüş çerçevesinde, şekle aykırı sözleşmelerdeki geçersizlik hali doğrudan şekle aykırı

⁹⁷ Selahattin Sulhi TEKİNAY, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU ve Atilla ALTOP, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.100; Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s.272; Adnan TUĞ, a.g.e., s.10;

⁹⁸ Fikret EREN, Borçlar Genel, s.293; M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ, a.g.e., s.121; Adnan TUĞ, a.g.e., s.10; Selahattin Sulhi TEKİNAY, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU ve Atilla ALTOP, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.101; Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s.273;

⁹⁹ Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s.311; M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ, a.g.e., s.180.; Ahmet KILIÇOĞLU, a.g.e., s.211.; Gökhan ANTALYA ve Cevdet İlhan GÜNAY, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt:1, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.168.; Zafer ZEYTİN ve Ömer ERGÜN, **Türk Medeni Hukuku**, 4. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2018, s.68.

¹⁰⁰ Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s.307.

¹⁰¹ Claire HUGUENIN ve Barbara MEISE, **Basler Kommentar**, ORI, Art.19/20, Kn.55 (erişim adresi:www.legalis.ch, erişim tarihi:16.07.2017)

sözleşmelerde uygulanmayacaktır¹⁰². Sözleşme ilişkisine giren taraflar, şekil hükümleri ile amaçlanan korumaya dilerlerse kendileri şekle uygun olarak sözleşmeyi kurmak suretiyle sığınabileceklerdir¹⁰³. Aynı şekilde taraflar bu korumalardan faydalanmak istemezlerse, sözleşme serbestisi çerçevesinde şekilden bağımsız olarak sözleşme kurabileceklerdir. Bu durumda da şekle aykırılığın sonucu olarak düzenlenen geçersizlik hali ve buna bağlanan etkiler taraflara yansıtılmayacaktır¹⁰⁴. Bu görüşü savunan yazarlar, esasen kanunun genel olarak sözleşme serbestisi çerçevesinde kurulan temel yapısının, şekil şartlarına tabi sözleşmeler açısından da uygulanması gerektiğini savunmaktadırlar.

2.3.5.2.Şekle Aykırılığın Müeyyidesinin Kesin Hükümsüzlük Olduğunu Savunan Görüş

2.3.5.2.1. Genel Olarak

Günümüzde yürürlükte olan Türk Borçlar Kanunu ve 818 sayılı mülga Borçlar Kanunumuz, şeklin sözleşmeler açısından geçerlilik şartı getirdiğini ve şekle aykırı sözleşmelerin kesin hükümsüz olduğunu düzenlemiştir¹⁰⁵. Bu düzenleme, Türk Borçlar Kanunu'nun 12. maddesi hükmü ile yapılmıştır¹⁰⁶. Kanun Koyucu esasen hükmün ifade biçiminde şekle aykırı sözleşmelerin geçersiz olduğunu belirterek hükümsüzlüğün tipini açıklamıştır¹⁰⁷. Uygulamada ise Yargıtay, İçtihatları Birleştirme

¹⁰² Dasser FELIX, **OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, Orell Füssli Kommentar**, 3. Baskı., Zürih 2016, Art.20, Kn.10 (erişim adresi:www.swisslex.ch, erişim tarihi:12.10.2018); Ali Suphi KURŞUN ve Mehmet Serkan ERGÜNE, **İstanbul Şerhi – Türk Borçlar Kanunu**, Cilt:1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s.143.

¹⁰³ Necip KOÇAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s.592.

¹⁰⁴ Fikret EREN, Borçlar Genel, s.307.; Haluk Nami NOMER, a.g.e., s.62.

¹⁰⁵ Hüseyin ALTAŞ, a.g.e., s.102.; Fikret EREN, Borçlar Genel, s.528.; Andreas VON TUHR ve Hans PETER, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Cilt I/1, 3. Baskı, Schulthess Verlag, Zürih, 1984, s.237.; Rona SEROZAN, **Die Überwindung der Rechtsfolgen im Rechtsgeschäft nach deutschem, schweizerischem und türkischem Recht** (“Die Überwindung der Rechtsfolgen im Rechtsgeschäft”), Mohr-Siebeck Verlag, Tübingen, 1968, s.27.

¹⁰⁶ Necip KOÇAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s.311; M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ, a.g.e., s.180; Fikret EREN, Borçlar Genel, s.282; Adnan TUĞ, a.g.e., s.12; Hüseyin ALTAŞ, a.g.e., s.23.

¹⁰⁷ Hüseyin ALTAŞ, a.g.e., s.103.

Genel Kurulu'nun 1988 tarihli bir kararında şekle aykırı sözleşmelere uygulanacak geçersizlik müeyyidesinin doğrudan kesin hükümsüzlük olduğunu, eski terim ile “mutlak butlan” olarak ifade etmiştir¹⁰⁸. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun bu kararı, uygulama açısından ortaya çıkabilecek karışıklıklara ve tartışmalara açıklık getirmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında ise kesin hükümsüzlük müeyyidesi şekle aykırı sözleşmelere istikrarlı bir şekilde uygulanmaktadır¹⁰⁹. Bu da İsviçre ve Türk yüksek yargı mahkemelerinin konu üzerinde görüş birliğine sahip olduklarını göstermektedir.

İsviçre Borçlar Kanunu ise Türk hukukundaki düzenlemeler ile paralel olarak¹¹⁰, şekle aykırılığın kesin hükümsüzlük hali oluşturacağını düzenlemiştir¹¹¹. Fakat 2020 İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı'nda farklı bir düzenleme önerisi mevcuttur. Bu tasarı çerçevesinde, şekle aykırılığın müeyyidesi belirli bir çerçevede sınırlandırılmaktadır¹¹². 2020 İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 27. maddesinin 1. fıkrası, “*Sözleşmenin geçerliliğinin şekle bağlı olup olmadığı ve şekle aykırılığa kimin dayanabileceği, kanundaki ilgili şekil düzenlemesinin amacından anlaşılır.*” ifadesi ile, şekil şartlarının

¹⁰⁸ YİBGK, 30.9.1988, E.1987/2, K.1988/2, erişim adresi:www.kazanci.com (erişim tarihi: 07.10.2017).

¹⁰⁹ Hüseyin ALTAŞ, a.g.e., s.103.; Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s.311; Peter GAUCH, Walter R. SCHLUEP, Jörg SCHMID ve Susan EMMENEGGER, a.g.e., Kn. 449; BGE 95 II 42.; BGE 98 II 316; BGE 104 II 101; BGE 106 II 151, erişim adresi:www.swisslex.ch (erişim tarihi:05.08.2017).

¹¹⁰ İsviçre Borçlar Kanunu m.11 ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.12 ve 818 sayılı Borçlar Kanunu m.11 düzenleniş açısından benzerlik göstermektedir. Bu üç madde de ilk fıkralarında sözleşmenin geçerliliği açısından sözleşme serbestisinin esas olduğu, ikinci fıkrasında ise kanunda bir şekil şartı öngörülmesi halinde bunun geçerlilik şartı olacağını düzenlemektedir.

¹¹¹ **İsviçre Borçlar Kanunu m.11:** Sözleşmeler yalnızca kanunda böyle bir gereksinim düzenlenmesi halinde belirli bir şekil şartına tabi tutulurlar. (“*Verträge bedürfen zu ihrer Gültigkeit nur dann einer besonderen Form, wenn das Gesetz eine solche vorschreibt*”).

Kanunen öngörülen şekil şartının anlamından ve etkisinden daha farklı bir sonuca ulaşılmadığı sürece, sözleşme geçersiz hale gelecektir. (“*Ist über Bedeutung und Wirkung einer gesetzlich vorgeschriebenen Form nicht etwas anderes bestimmt, so hängt von deren Beobachtung die Gültigkeit des Vertrages ab*”).

¹¹² **İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı 2020 m.27/1** tam ifadesi: *Aus dem Zweck einer gesetzlichen Formvorschrift ergibt sich, ob die Gültigkeit des Vertrages von der Einhaltung der Form abhängt und wer sich auf einen Formmangel berufen kann.*

ilgili işlemi geçersiz kılmasını, ilgili şekil hükmünün amacına bağlamaktadır¹¹³. Bu durum da esasen İsviçre hukukunun şekle ilişkin bakış açısını değiştirmekte ve esnek hükümsüzlük görüşüne yakınlaştırmaktadır¹¹⁴.

2.3.5.2.2. Kesin Hükümsüzlük Görüşüne Karşı İleri Sürülen Eleştiriler

Doktrinde şekle aykırılığın müeyyidesinin kesin hükümsüzlük olduğunu kabul eden görüşü eleştiren yazarlar mevcuttur¹¹⁵. Kesin hükümsüzlük görüşüne karşı olan yazarlar, esasen kanun koyucunun kesin hükümsüzlüğü kanun metninde ifade etmiş olduğunu kabul etmektedirler¹¹⁶. Fakat kesin hükümsüzlük kanunda zikredilmiş olmasına rağmen, bu hükümsüzlüğün içeriğinin belirlenmesi ve hükmün uygulanması kanun koyucu tarafından doktrine ve uygulamaya bırakılmıştır¹¹⁷. Zira kesin hükümsüzlük gibi ağır sonuçları olan bir geçersizlik hali, ancak hükmün amacının doğrudan geçersizliğin uygulanmasını gerektirdiği hallerde kullanılmalıdır¹¹⁸. Burada hükmün amacının tespit edilmesi ve hakimin önündeki uyuşmazlığa ne şekilde uygulanması gerektiği hakim tarafından tespit edilecektir. Hükmün amacının her olay açısından ayrıca mı yoksa genel olarak mı tespit edileceği ise daha önce incelendiği üzere, görüşü kendi içerisinde ikiye ayırmaktadır¹¹⁹.

¹¹³ Heinrich HONSELL, **Kritische Bemerkungen zum OR 2020**, SJZ 109/2013, s.459.

¹¹⁴ Susan EMMENEGGER ve Regula KURZBEIN, **Schweizer Obligationenrecht 2020 - Entwurf für einen neuen Allgemeinen Teil**, or2020.ch, Schulthess Verlag, Zürich 2013, Kn.7-8 (erişim adresi:www.or2020.ch, erişim tarihi:13.03.2019)

¹¹⁵ Claire HUGUENIN ve Barbara MEISE, **Basler Kommentar**, ORI, Art.19/20, Kn.52 (erişim adresi:www.legalis.ch, erişim tarihi:16.07.2017); Peter GAUCH, Walter R. SCHLUEP, Jörg SCHMID ve Susan EMMENEGGER, a.g.e., Kn.452; Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s.591.

¹¹⁶ Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s.591.

¹¹⁷ Pakize Ezgi AKBULUT, a.g.e., s.37.

¹¹⁸ Claire HUGUENIN ve Barbara MEISE, **Basler Kommentar**, ORI, Art.19/20, Kn.55 (erişim adresi:www.legalis.ch, erişim tarihi:16.07.2017);

¹¹⁹ Bkz. Bölüm 2.3.3.

Şekle aykırı sözleşmelerde geçersizlik hali olarak doğrudan kesin hükümsüzlüğün uygulanıp uygulanmayacağı yönündeki tartışmaların temeli ise 818 sayılı eski Borçlar Kanunu döneminde ortaya çıkan görüş ayrılıklarına dayanmaktadır. Fakat 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun hazırlık aşamalarında şekil şartının ve özellikle şekle aykırı sözleşmelerin müeyyidelerinin ne olacağı konusunda kanun koyucu bir görüş ortaya koymuştur. Kanun koyucunun bu görüşü ile konu hakkındaki “*duraksamalara*” bir son vermeyi amaçladığı, kanun gerekçesinin ilgili kısmında açıklanmıştır¹²⁰. Gerekçede kanun koyucu esasen tartışmaları sonlandırırken zaten doktrinde hâkim görüşü oluşturan kesin hükümsüzlük görüşünü benimsemiştir.

2.3.5.2.3. Kesin Hükümsüzlük Görüşünün Sonuçları

Şekle aykırı sözleşmelerin kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlanması, ilk olarak bu sözleşmelerin baştan itibaren geçersiz olması sonucunu doğurur¹²¹. Kesin hükümsüzlük görüşünün kabul edilmesinin bir diğer sonucu ise hâkimin hükümsüzlüğü re'sen göz önüne alacak olmasıdır¹²². Kesin hükümsüzlük kanunen belirlenen bir hükümsüzlük rejimi olması ve kamu düzeninden ileri gelmesi dolayısıyla hâkim önüne gelen her olayda hukuki işlemlerin kanunda belirlenen şartlara uygun gerçekleşip gerçekleşmediğini denetleyecektir¹²³.

¹²⁰ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499), Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi, s.29. (erişim adresi:<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>, erişim tarihi: 07.08.2018).

¹²¹ Hüseyin ALTAŞ, a.g.e., s.105; Pakize Ezgi AKBULUT, a.g.e., s.38.

¹²² Fikret EREN, Borçlar Genel, s.284; M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ, a.g.e., s.123; Ali Suphi KURŞUN ve Mehmet Serkan ERGÜNE, a.g.e., s.132; Arif Barış ÖZBİLEN, a.g.e., s.178; Adnan TUĞ, a.g.e., s.10; Hüseyin ALTAŞ, a.g.e., s.105

¹²³ M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ, a.g.e., s.181; Hüseyin ALTAŞ, a.g.e., s.105.

2.3.5.3.Şekle Aykırılığın Müeyyidesinin Kendine Özgü (Sui Generis) Bir Hükümsüzlük Çeşidi Olması Gerektiğini Savunan Görüş

2.3.5.3.1. Genel Olarak

Şekle aykırı sözleşmelerin kesin hükümsüzlükle batıl olmasına karşı olan diğer görüşe göre, söz konusu hukuki işlemler klasik hükümsüzlük teorileri ile yeteri kadar açıklanamazlar¹²⁴. Bu sebeple de şekle aykırı hukuki işlemlerin kendisine özgü (sui generis) bir hükümsüzlük rejimine tabi tutulması gerekmektedir¹²⁵. Bu görüşü savunan yazarlara göre, şekle aykırı olarak gerçekleştirilen hukuki işlemdeki hükümsüzlük tamamen taraflar arasındaki bir durumdur¹²⁶. İşlemin tarafları ilgili hükümsüzlüğe dayanmak istemedikleri ya da kanun tarafından kurulan koruma alanından yararlanmak istemedikleri takdirde, şekil hükümlerinin kendilerine uygulanmaması gerekecektir¹²⁷. Kendine özgü hükümsüzlük görüşünün uygulanması ile tarafların hükümsüzlüğe dayanmakta ya da dayanmamakta özgür olmaları, sözleşme içerisinde gerçekleştirecekleri işlemlerin geçerliliği noktasında da özgür olmalarını sağlayacaktır¹²⁸. 2020 İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı'nda düzenlenen esnek hükümsüzlük de esasen kendine özgü hükümsüzlük görüşüne benzer bir sonuç oluşturmaktadır.

Kendine özgü hükümsüzlük görüşünün hukuki niteliği incelendiğinde, görüşün temelini amaçsal sınırlandırmaya dayandığı görülmektedir¹²⁹. Şekil şartları ile ilgili düzenlemeler, her ne kadar şekle aykırılığın müeyyidesini kesin hükümsüzlük olarak düzenlenmiş olsalar da, burada kanunun amacına uygun olarak sınırlanmaları gerekecektir¹³⁰. Şekil ile ilgili hükümler ve bununla bağlantılı olarak da şeklin koruma amacını belirleyen düzenlemeler, aslında tarafların kendisi bundan faydalanmak

¹²⁴ Hüseyin ALTAŞ, a.g.e., s.143; Fikret EREN, Borçlar Genel, s.293.

¹²⁵ Haluk Nami NOMER, a.g.e., s.66; Hüseyin ALTAŞ, a.g.e., s.143; Ahmet KILIÇOĞLU, a.g.e., s.214.

¹²⁶ Haluk Nami NOMER, a.g.e., s.62; Hüseyin ALTAŞ, a.g.e., s.145.

¹²⁷ Hüseyin ALTAŞ, a.g.e., s.145.

¹²⁸ Fikret EREN, Borçlar Genel, s.307; Rona SEROZAN, Die Überwindung der Rechtsfolgen im Rechtsgeschäft, s.27; Claire HUGUENIN ve Barbara MEISE, a.g.e., Kn.53 (erişim adresi:www.legalis.ch, erişim tarihi:16.07.2017)

¹²⁹ Konu hakkında daha detaylı bilgi için bkz: Pakize Ezgi AKBULUT, a.g.e., s.61.

¹³⁰ Haluk Nami NOMER, a.g.e., s.63; Pakize Ezgi AKBULUT, a.g.e., s.37.

istedikleri sürece uygulanacaktır¹³¹. Bu sebeple de tarafların bu hükümlerden faydalanmak istemedikleri hallerde kanun koyucunun iradesi dikkate alınarak tarafların iradesinin hiçe sayılması, borçlar hukukunun temel ilkesi olan irade serbestisi prensibi ile çelişecektir¹³².

2.3.5.3.2. Kendine Özgü (Sui Generis) Hükümsüzlük Görüşüne Karşı İleri Sürülen Eleştiriler

Şekle aykırılığın müeyyidesinin kendine özgü hükümsüzlük olması gerektiğini savunan görüşe karşı olan yazarlar, şekle aykırı kurulan sözleşmelerin konu olduğu uyuşmazlıklarda, hâkimin sözleşmede bulunan hükümsüzlüğü re'sen dikkate alamayacak olmasını eleştirmektedir¹³³. Bu durum özellikle taşınmaz satımını konu alan sözleşmeler açısından uygulamada sorunlar oluşturabilecektir. Türk Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde bu sözleşmeler şekle tabidirler¹³⁴. Taşınmaz satımları incelendiğinde, özellikle bu satımların tapu siciline de işlenmesi gereği bir başka önemli unsurdur. Tapu sicillerinin tutulması ve sicillerdeki hatalı kayıtlardan doğan sorumluluklar ise TMK m.1007'de düzenlenmiştir. İlgili maddede, tapu sicilinin yanlış tutulması halinde devletin sorumlu olacağı açıkça hükme bağlanmıştır¹³⁵. Bu da göstermektedir ki, tapu sicili çalışanları dahi, taşınmaz devrini gerektiren sözleşmelerin genelde hukuken, özelde şeklen uygun olduğunu araştırmakla sorumludur. Tapu sicilinin tutulmasından devletin sorumluluğu dahi düzenlenmişken, uyuşmazlığa konu olması halinde hâkimin böyle bir inceleme yetkisini re'sen kullanamayacak olması, gerek Türk Borçlar Kanunu'nun, gerekse de Türk Medeni Kanunu'nun sistematiğine aykırı bir sonuç oluşturacaktır. Bu durum aynı zamanda şekil ile ilgili düzenlemelerin kamu düzeninden olduğunu göstermektedir¹³⁶. Şekle ilişkin düzenlemelerin kamu düzeninin bir gereği olduğu,

¹³¹ Haluk Nami NOMER, a.g.e., s.66.

¹³² Alfred KOLLER, **Der Grundstückskauf**, 1. Baskı, Stämpfli Verlag, St. Gallen, 1989, §12, Kn.99.

¹³³ Necip KOÇAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s.315.

¹³⁴ Arif Barış ÖZBİLEN, a.g.e., s.188.

¹³⁵ M. Kemal OĞUZMAN, Özer SELİÇİ ve Saibe OKTAY-ÖZDEMİR, a.g.e., s.742.

¹³⁶ Jale AKİPEK, Turgut AKINTÜRK ve Derya ATEŞ, **Eşya Hukuku**, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018, s.464.

Yargıtay İctihatları Birleştirme Genel Kurulu'nun 1988 tarihli kararında¹³⁷ da açıkça zikredilmiştir.

Öte yandan Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen genel hükümsüzlük halleri, sadece iptal edilebilirlik açısından taraflara kullanma ya da kullanmama tercihi bırakmaktadır¹³⁸. İptal edilebilirlik, kesin hükümsüzlük ve yokluktan ayrılarak bir yenilik doğuran hak olarak düzenlenmiştir¹³⁹. Kaldı ki, kişilere belirli şartların mevcut olması halinde kanunda bir hak olarak verilen iptal edilebilirlik, kesin hükümsüzlük ya da yokluk gibi baştan itibaren mevcut bir durum oluşturmamaktadır¹⁴⁰. Kanunda taraf iradelerine özgülenmiş olarak bir iptal edilebilirlik düzenlemesi mevcutken, kesin hükümsüzlük düzenlemesinin de iptal edilebilirliğe benzer hale getirilmesi birbirine benzer iki kurumun ortaya çıkmasını sağlayacaktır. Kanundaki hükümsüzlük düzenlemeleri bir arada incelendiğinde, kesin hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik birbirinden ayrılacak şekilde düzenlenmiştir. Üçüncü bir hal olan yokluk ise, kanunda zikredilmeksizin, kurucu unsurların eksikliği halinde oluşmaktadır. Özellikle aile hukukunda evliliğin evlendirme memuru önünde yapılmaması¹⁴¹ ya da sözleşmenin kurulması sırasında irade beyanlarının eksikliği hali¹⁴² yokluğa örnek oluşturur. Bu da aslında kanun koyucunun, kesin hükümsüzlük ve iptal edilebilirliği düzenlerken baştan itibaren birbirinden bağımsız sonuçlar hedeflediğini gösterir.

Kesin hükümsüzlüğün, kendine özgü hükümsüzlük şekli olarak yorumlanması ile gerek ortaya çıkış itibariyle gerekse de sonuçları itibariyle iptal edilebilirliğe benzer bir yöntem elde edilecektir. Zira her ne kadar kesin hükümsüzlük, ilişkiyi baştan itibaren hükümsüz kılsa da kendine özgü hükümsüzlük görüşünü savunan yazarların belirttiği şekilde ele alınması halinde yine kesin hükümsüzlüğü ileri sürme hakkı istismar

¹³⁷ YİBGK, 30.9.1988, E.1987/2, K.1988/2, erişim adresi:www.kazanci.com (erişim tarihi: 07.10.2017).

¹³⁸ M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ, a.g.e., s.178.

¹³⁹ Vedat BUZ, **Yenilik Doğuran Haklar**, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s.51.

¹⁴⁰ Arif Barış ÖZBİLEN, a.g.e., s.189.

¹⁴¹ Mustafa DURAL, Tufan ÖĞÜZ ve Alper GÜMÜŞ, a.g.e., s. 71.; Turgut AKINTÜRK ve Derya ATEŞ, a.g.e., s.205

¹⁴² Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s.579

edilebilecek, bir ilişkide taraflardan biri başta şekil şartına dayanmasa da sonradan şekil şartı eksikliği dolayısıyla işlemi geçersiz kılmak isteyebilecektir¹⁴³. Bu durumda da, hakkını kötüye kullanan taraf aleyhine tazminata hükmedilmesi halinde, işlem iptal edilmişçesine yapılan harcamalar dikkate alınacağından, uygulamada kesin hükümsüzlüğün iptal edilebilirlikten bir farkı olmayacaktır. Bu da kendine özgü bir hükümsüzlük hali olsa da kesin hükümsüzlüğün esnek bir hükümsüzlük olarak ele alınması halinde iptal edilebilirlikle çok benzer bir sonuç oluşturacaktır¹⁴⁴.

KıSacası, kesin hükümsüzlük, kanun koyucu tarafından iptal edilebilirlikten farklı olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla kanunun sistematigi ve doktrindeki hâkim görüş incelendiğinde aslında kanun koyucunun bu husustaki iradesini kesin hükümsüzlük düzenlemesinde açıkça yansıttığı görülecektir. Zira kesin hükümsüzlüğün mevcut olduğu hallerde hukuki ilişki baştan itibaren geçersiz kılınmış ve bu tarafların iradesine değil, hâkimin denetimine bırakılmıştır¹⁴⁵.

2.3.5.3.3. Kendine Özgü Hükümsüzlük Görüşünün Sonuçları

Kendine özgü hükümsüzlük görüşünün ilk sonucu hâkimin artık her uyuşmazlıkta şekil şartlarını re'sen gözetmeyecek olmasıdır¹⁴⁶. Bununla bağlantılı olarak özellikle şekil noktasında hâkimin incelemeyi tarafların talebine bağlı olarak gerçekleştirecek olması, inceleme yöntemi hususunda sorunlar meydana getirir. Zira şekil ile ilgili inceleme hâkim tarafından re'sen gerçekleştirilmek yerine, faydalanmak isteyen tarafın dayanabileceği bir def'i oluşturacaktır¹⁴⁷. Ayrıca, def'ide bulunacak taraf sözleşmenin sadece bir kısmının şekle aykırı olduğunu ileri sürerse, sözleşmenin kalan kısımlarının incelenip incelenmeyeceği hususu da sorun teşkil etmektedir¹⁴⁸. Özetle, şekle aykırı kurulan bir sözleşme, şekle aykırılığın müeyyidesi olarak klasik görüş kabul edildiğinde yalnızca

¹⁴³ Hüseyin ALTAŞ, a.g.e., s.140; Fikret EREN, Borçlar Genel, s.308; Arif Barış ÖZBİLEN, a.g.e., s.189.

¹⁴⁴ Ahmet KILIÇOĞLU, a.g.e., s.214.

¹⁴⁵ Bkz. Bölüm 2.3.5.2.2.

¹⁴⁶ Hüseyin ALTAŞ, a.g.e., s.137; Pakize Ezgi AKBULUT, a.g.e., s.63.

¹⁴⁷ Pakize Ezgi AKBULUT, a.g.e., s.65; Ahmet KILIÇOĞLU, a.g.e., s.214.

¹⁴⁸ Arif Barış ÖZBİLEN, a.g.e., s.189.

şekil hükümlerine tabi kısımlar açısından geçersiz olurken, kendine özgü hükümsüzlük görüşünün benimsenmesi halinde, sözleşmenin kanunen şekle tabi olması gereken kısımlar arasında da tercih yapma sorununu doğuracaktır. Sözleşme serbestisinin çerçevesi genişletilirken, bu durum sonsuz bir ihtimaller denizi oluşmasına sebebiyet verebilecektir. Bu da uygulamada karışıklıkların ve tutarsız kararların açığa çıkmasını sağlayacaktır¹⁴⁹.

Görüşü savunan yazarlara göre bu noktada herhangi bir şekilde hâkimin sözleşmenin tamamını incelemesi mümkün değildir¹⁵⁰. Hâkim sadece tarafların ileri sürdüğü itirazlar çerçevesinde ve itirazın kapsamıyla bağlı olarak sözleşmenin şekil hükümleri ile uyumlu olup olmadığını denetleyebilecektir¹⁵¹.

Yine benzer doğrultuda bu görüşü savunan yazarlara göre kendine özgü hükümsüzlük görüşü sayesinde şekle aykırı sözleşmeler tıpkı iptal edilebilir sözleşmeler gibi sonradan geçerli hale gelebileceklerdir¹⁵². Aslında bu görüşü savunan yazarlar kanunun kesin hükümsüzlük yönündeki ifadesinin korunduğunu ileri sürseler de iptal edilebilirlik ile benzer bir sonuç ortaya çıktığını belirtmekte ve bu sebeple de teknik olarak kesin hükümsüzlük dışına çıkmaktadırlar. Kesin hükümsüzlük normu esnetilmektedir.

Diğer bir önemli sonuç ise şekle aykırılığın tıpkı hâkim tarafından göz önüne alınamayacak olması gibi bir üçüncü kişi tarafından da herhangi bir şekilde ileri sürülemeyecek olmasıdır¹⁵³. Sadece ilişkinin tarafları, kendi menfaatleri çerçevesinde hareket ederek bu hükümlere dayanabileceklerdir¹⁵⁴. Şekil hükümleri bu görüş çerçevesinde kamu düzeninin dışına çıkartılmaktadır.

¹⁴⁹ Andreas VON TUHR ve Hans PETER, a.g.e., N.225; Rona SEROZAN, Die Überwindung der Rechtsfolgen im Rechtsgeschäft, s.25.

¹⁵⁰ Hüseyin ALTAŞ, a.g.e., s.138; Pakize Ezgi AKBULUT, a.g.e., s.65.

¹⁵¹ Hüseyin ALTAŞ, a.g.e., s.139; Pakize Ezgi AKBULUT, a.g.e., s.65.

¹⁵² Hüseyin ALTAŞ, a.g.e., s.140; Pakize Ezgi AKBULUT, a.g.e., s.66.

¹⁵³ Hüseyin ALTAŞ, a.g.e., s.141; Pakize Ezgi AKBULUT, a.g.e., s.67.

¹⁵⁴ Fikret EREN, Borçlar Genel, s.308; Haluk Nami NOMER, s.62; Hüseyin ALTAŞ, a.g.e., s.141; Pakize Ezgi AKBULUT, a.g.e., s.67.

Kendine özgü hükümsüzlüğün şekle aykırı sözleşmeler için benimsendiği ihtimalde bu hükümsüzlük bir yandan kesin hükümsüzlüğün sadece taraflarca ileri sürülebilen bir görünümünü oluşturmakta, diğer yandan ise karakteristik olarak iptal edilebilirlik ile benzer bir düzenleme ortaya koymaktadır. İptal edilebilirlikle karakteristik olarak benzer bir hükümsüzlük tesis edilmesi, bu hükümsüzlüğe ne gibi bir süre içerisinde dayanılabileceği sorusunu gündeme getirecektir. Zira kesin hükümsüzlüğe taraflar her zaman dayanabilmektedirler. Bu da aslında kesin hükümsüzlüğün kanuna ya da kamu düzenine aykırı sözleşmeler açısından uygulanmasının bir sonucudur. Fakat iptal edilebilirliğin kanunlarda düzenlendiği hallerde bu iptal talebinin de ne süre ile ve kimler tarafından ileri sürülebileceği düzenlenmektedir.¹⁵⁵ Dolayısıyla iptal hakkı, hak düşürücü süreye tabi olarak ileri sürülebilmektedir. Buna karşılık, kesin hükümsüzlük hak düşürücü sürelerle tabi olarak ileri sürülebilen bir karakteristiğe sahip değildir. Aksine re'sen dikkate alınması gereken ve her an ortaya çıkabilecek bir niteliği vardır.¹⁵⁶ Bu da aslında kesin hükümsüzlüğün kamu düzeninden ya da kanuna açıkça aykırı hallerde ortaya çıkmasından kaynaklanmaktadır.

Görüldüğü üzere şekle aykırı sözleşmelerin kendine özgü bir hükümsüzlük hali ile batıl olacağının kabul edilmesi hukuk güvenliği ilkesine aykırı sonuçlar ortaya çıkarabilecektir. Şekil denetimi bir yandan hâkimin görevi olmaktan çıkartılmakta, diğer yandan özel hukuk kişilerinin şekle tabi sözleşmeler üzerindeki yetkileri arttırılmaktadır. İptal edilebilirlik ile benzer bir yapı kazandırılırken, bu yapının sınırları belirlenmemekte, sözleşme taraflarına ciddi anlamda geniş yetkiler veren bir hak tanımaktadır. Bu görüşün benimsenmesi, şekil hükümlerinin tarafları koruyucu etkisini engelleyip, şekle aykırılığa dayanılmaması halinde taraflara geniş yetkiler vermesi sebebiyle, şekil hükümlerinin kullanılmamasını bir fırsat aracı haline dönüştürecektir.

¹⁵⁵ Örneğin Türk Borçlar Kanunu'nun 39. maddesinde yanılma, aldatma veya korkutma sebebiyle irade bozukluğu yaşayan kişiye, bozuk iradesi ile kurmuş olduğu sözleşmeyi iptal hakkı tanınmış ve bu hak 1 yıllık hak düşürücü süreye bağlanmıştır.

¹⁵⁶ M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ, a.g.e., s.175; Fikret EREN, Borçlar Genel, s.284; Ali Suphi KURŞUN ve Mehmet Serkan ERGÜNE, a.g.e., s.137.

Bölüm 3: Genel Hatlarıyla İfa Kavramı ve Gereği Gibi İfa

3.1. İfa Kavramı

3.1.1. Genel Olarak

Bir borç ilişkisinin kurulması ile birlikte dar anlamda ve geniş anlamda olmak üzere birbirinden farklı iki borç türü açığa çıkmaktadır¹⁵⁷. Geniş anlamda borç, içerisinde birçok dar anlamda borç bulundurabileceği gibi tek bir borçtan da oluşabilir¹⁵⁸. İfa açısından dikkat çekici olan ise dar anlamda borç ilişkisinde, borçluyu borçlarından kurtarabilecek etkiyi haiz olmasıdır¹⁵⁹. Borcun sonuçlandırılması açısından esas olan ifanın dar anlamda borç üzerinde yaratacağı bu etkidir¹⁶⁰. Doktrinde ifa, “*borçlar hukukunun temel kavramını oluşturan borç ilişkisinin ya da borcun doğal ve temel amacı ve başlıca hükmü*¹⁶¹” olarak açıklanırken, Türk Dil Kurumu tarafından ise “*bir işi yapma, yerine getirme*¹⁶²” şeklinde tanımlanmıştır. Doktrinin tanımında ifa açısından ele alınan borç ilişkisi, kavram olarak dar anlamda, tekil borç ilişkisidir¹⁶³. Bir borçlunun

¹⁵⁷ Selahattin Sulhi TEKİNAY, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU ve Atilla ALTOP, a.g.e., s.758; Fikret EREN, Borçlar Genel, s.932; M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ, a.g.e., 273; Eyüp İPEK, **Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlaline Bağlı Hukuki Sonuçlar**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s.95;

¹⁵⁸ Fikret EREN, Borçlar Genel, s.1287.

¹⁵⁹ Murat İNCEOĞLU, **İfanın Hukuki Niteliği ve Borçlunun Edime Uygun Eyleminin İfa Teşkil Edip Etmeyeceği Sorunu**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 4, Cilt 54, 2005, s.149-182, s.149

¹⁶⁰ Selahattin Sulhi TEKİNAY, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU ve Atilla ALTOP, a.g.e., s.759; Eyüp İPEK, a.g.e., s.171.

¹⁶¹ Rona SEROZAN, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme (“İfa”)**, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s.6; M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ, a.g.e., s. 253; Ahmet KILIÇOĞLU, a.g.e., s.689.

¹⁶² www.tdk.gov.tr, Güncel Türkçe Sözlük, (erişim tarihi: 27.06.2017).

¹⁶³ Fikret EREN, Borçlar Genel, s.929.

borçlandığı edimi alacaklıya yönelik olarak yerine getirmesi, edimin ifa edilmesi anlamına gelir¹⁶⁴.

İfa, Türk Borçlar Kanunu'nda temel olarak 83. ve 112. maddeler arasında düzenlenmiştir. Kanunda ifanın doğrudan bir tanımı yapılmamış, bunun yerine ifa hakkında düzenlemelere yer verilmiştir. Türk hukukunun bu yöndeki tercihi aslında Alman hukuku ile benzerdir¹⁶⁵. Alman Medeni Kanunu'nda (BGB) da ifanın tam karşılığının ne olduğu doğrudan tanımlanmamış, lakin §362 ile §371 arasında düzenlenen ifa için, ilk madde olan §362'nin birinci fıkrasında, borçlanılan edimin alacaklının uhdesine geçmesi ya da alacaklının, alacaklı olduğu edim bakımından tatmin edilmesi halinde borç ilişkisinin sonlanacağı düzenlenmiştir¹⁶⁶. Türk Borçlar Kanunu'nda ise 112. maddede ifanın gereği gibi gerçekleştirilmemesi halinde borçlunun sorumluluğunun doğacağı düzenlenerek¹⁶⁷ yine ifa ile ilgili bir tanım yapılmamış, fakat Alman Medeni Kanunu'nun aksine ifanın gerçekleşmesi halinde nasıl bir sonuç oluşacağı değil, aksi halde oluşacak sonuç düzenlenmiştir. Ayrıca, Türk Borçlar Kanunu'nda bulunan ifa ile ilgili hükümlerin temelde yedek hukuk kuralları ortaya koyması da, ifanın sınırlarının kanunla sıkı şekilde belirlenmediğini göstermektedir¹⁶⁸.

Genel ifa tanımına göre üstlenilen edimin yerine getirilmesi ifanın karşılığını oluşturur¹⁶⁹. Edim ise, hukuki ilişki içerisinde bir kişinin, diğer bir kişi yararına

¹⁶⁴ Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s.34; Selahattin Sulhi TEKİNAY, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU ve Atilla ALTOP, a.g.e., s.759; Fikret EREN, Borçlar Genel, s.933; Eyüp İPEK, a.g.e., s.95; Karl LARENZ, **Lehrbuch des Schuldrechts ("Schuldrecht")**, 1. Cilt, 13. Baskı, C.H. Beck Verlag, Münih, 1994, s.235; Gesa Kim BECKHAUS, **Die Rechtsnatur der Erfüllung**, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2013, s.2.

¹⁶⁵ Gesa Kim BECKHAUS, a.g.e., s.1; Karl LARENZ, **Schuldrecht**, s.235.

¹⁶⁶ BGB §362(1): "*Das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird.*"

¹⁶⁷ TBK m.112: "*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.*"

¹⁶⁸ M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ, a.g.e., s.255; Fikret EREN, Borçlar Genel, s.929.

¹⁶⁹ Selahattin Sulhi TEKİNAY, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU ve Atilla ALTOP, a.g.e., s.759; Eyüp İPEK, a.g.e., s.94.

gerçekleştirmiş olduğu harcama, tasarruf anlamına gelmektedir¹⁷⁰. Tarafların birbirlerine karşı ifa edecekleri edimlerin her biri ise başlı başına dar anlamda bir borç ilişkisi oluşturacaktır¹⁷¹. Borç ilişkisi içerisinde gerçekleştirilecek olan ifaya konu edim bir şeyi verme, bir şey yapma ya da bir şeyi yapmama şeklinde olabilir¹⁷². Edimin özelliğine göre borçlar verme, yapma ya da yapmama borcu olarak konusuna göre üçe ayrılmaktadırlar¹⁷³. Türk Borçlar Kanunu sistematüğinde ise ifa terimi her zaman doğrudan kullanılmamaktadır. Örneğın para borcunun ifası açısından Türk Borçlar Kanunu ödeme terimini kullanmayı¹⁷⁴ tercih etmiştir. Bu kanunun düzenleme şeklinden kaynaklanmaktadır. Kanun koyucu ifa terimini genel bir üst hukuki kavram olarak ele almış ve kavramın içeriğini dolduran diğer öğelere göre daha özel isimlendirmeler kullanmayı tercih etmiştir.

Borcun konusunu bir verme borcunun oluşturduğu durumlarda ifanın gerçekleşmesi için, borçlunun bir şeyi alacaklıya teslim etmesi gerekirken, borcun konusunu bir yapma fiilinin oluşturması halinde ise -hizmet sözleşmelerinde olduğu gibi- ifada bulunacak borçlu alacaklı ile anlaşması çerçevesinde bir fiili gerçekleştirerek borcunu ifa edecektir¹⁷⁵. Yapmama borçları incelendiğinde ise günümüzde uygulamada en çok görülen örneği rekabet yasağı sözleşmeleri oluşturmaktadır¹⁷⁶.

¹⁷⁰ Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s.33.

¹⁷¹ Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s.15; Fikret EREN, Borçlar Genel, s.1293; M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ, a.g.e., s.17; Eyüp İPEK, a.g.e., s.17.

¹⁷² M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ, a.g.e., s. 253; Fikret EREN, Borçlar Genel, s.928; Ahmet KILIÇOĞLU, a.g.e., s.689; Haluk Nami NOMER, a.g.e., s.297.

¹⁷³ M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ, a.g.e., s.256.

¹⁷⁴ Örn: Türk Borçlar Kanunu m.9, m.37 ve m.55'te kullanılan ödeme ifadeleri aslında bir para borcunun ifasını ifade etmektedir.

¹⁷⁵ Örn: Taksiye binen müşteriyi olduğu yere götüren taksici müşteriye karşı yapma borcunu yerine getirmiş olacaktır.

¹⁷⁶ M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ, a.g.e., s. 253; Haluk Nami NOMER, a.g.e., s.297; Fikret EREN, Borçlar Genel, s.929; Hilal DAVER, **Borcun İfasında Borçlunun Rolü**, Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi, 2013, s.43; Örneğın, bir şirketten ayrılan yüksek dereceli bir müdür ayrılırken

3.1.2. İfanın Hukuki Niteliği

İfanın borçlu tarafından gerçekleştirilmesi ile bazı sonuçlar ortaya çıkar. Edimin ifasının tek başına ifadan beklenen sonuçları ortaya koymak için yeterli olup olmayacağı incelenmelidir. İfanın kavramsal olarak tanımlanması noktasında kanun koyucular herhangi açık bir tutum benimsememiş olsa da doktrin ve mahkeme uygulamaları birbirinden farklı teorik açıklamalar yapmıştır. İfanın sonuçlarını tam olarak açıklayabilmek ve bu şekilde ifanın hukuki niteliğini kavrayabilmek için ifanın temellerine ilişkin görüşlerin ele alınması gereklidir.

Teorik olarak ifa, birbirinden farklı görüşlerle anlatılmış olsa da temelde üç görüş ifanın kavramsal olarak açıklanması noktasında taraftar toplamaktadır. Bunlar, ifanın gerçekleşmesi için tarafların bir ifa sözleşmesi ilişkisi içerisine girmesi gerektiğini ileri süren *genel sözleşme görüşü*, ifanın sadece bir fiil olarak ortaya çıktığını kabul eden *maddi fiil görüşü* ve ifanın belirli bir aşamaya kadar sözleşme benzeri yapıya sahip olduğunu ileri süren *sınırlı sözleşme görüşü*dür.

3.1.2.1. Genel Sözleşme Görüşü

Genel sözleşme görüşü, ifanın sözleşme ile gerçekleştirileceğini savunan görüştür¹⁷⁷. Bu görüş Alman Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girdiği dönemlerde hukuk güvenliğini sağlamak amacıyla ifanın hukuki temeli olarak kabul edilmiştir¹⁷⁸. Türk ve İsviçre hukukunda ise bu görüş, hâkim görüş niteliğinde değildir¹⁷⁹. 1900'lü yılların başlarında Alman yazarlar tarafından ileri sürülen bu görüş temellerini Roma

imzalayacağı bir sözleşme çerçevesinde eski şirketine rakip firmalarda belirlenmiş bir süre boyunca çalışmama borcu altına girebilecektir. Bu da yapmama borcuna verilebilecek basit bir örnektir.

¹⁷⁷ Selahattin Sulhi TEKİNAY, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU ve Atilla ALTOP, a.g.e., s.759; Fikret EREN, Borçlar Genel, s.759; Eyüp İPEK, a.g.e., s.99; Murat İNCEOĞLU, a.g.e., s.150.

¹⁷⁸ Karl LARENZ, Schuldrecht, s.237.

¹⁷⁹ Fikret EREN, Borçlar Genel, s.934.

Hukuku'ndan gelen “*Solutio*” kavramında bulmaktadır¹⁸⁰. Alman Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girdiği ilk dönemlerde, Alman hukuku bu görüş çerçevesinde toplanmış olsa da günümüzde görüşten ayrılarak ifanın daha farklı bir yapıya sahip olduğunu kabul etmektedir¹⁸¹.

Genel sözleşme görüşüne göre, bir ifanın gerçekleşebilmesi için borç ilişkisinin tarafları arasında öncelikle sözleşme ilişkisi kurulacaktır¹⁸². Bu ilişki, borçlunun kendi borcunu ifa etmeyi alacaklıya teklif etmesi ve alacaklının da borcun ifasını kabul etmesi ile gerçekleşir¹⁸³. Yani ifa basit bir fiilden çıkarak kapsamlı bir borç ilişkisi haline gelir. Bir borç ilişkisinde tarafların ifa ile borcu sonlandırabilmesi için aslında her iki tarafın da bu yönde bir irade ortaya koyması ve borç ilişkisi çerçevesindeki yükümlülüğün, ifa ile değil; tarafların iradeleri ile ortadan kaldırılması gerekmektedir¹⁸⁴. Bu da aslında her iki tarafın bir borcun sona ermesi için, borçlanmış oldukları edim açısından tasarruf yetkisini haiz olmalarını gerekli kılmaktadır¹⁸⁵. Borcun ifasının sadece borçlu tarafından gerçekleştirilebileceği ve borcun sonlandırılması için ifanın gerekli olduğu kabul edildiğinde tarafların ifaya yönelik ortak iradesinin oluşması gereklidir¹⁸⁶. Buna karşılık tarafların borç ilişkisinden kurtulmak için herhangi bir şekilde ayrı bir irade beyanı ya da borç ilişkisinden kurtulmaya yönelik ek bir hukuki işlemde bulunmaları gerekli görülmemiştir¹⁸⁷.

İfanın gerçekleşmesi için bazı durumlarda tasarruf yetkisi aranabilir. Bu durumlarda borç ilişkisine taraf olan borçlu ve alacaklının her ikisinin de fiil ehliyetinin

¹⁸⁰ Gesa Kim BECKHAUS, a.g.e., s.15; “*Solutio*”, Roma Hukuku'nda temel olarak alacaklının borçludan beklediği edime kavuşması suretiyle aralarındaki borç ilişkisinin nihayete ermesi anlamında kullanılan bir terimdir; Ziya UMUR, **Roma Hukuku Lugatı**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983, s.200.

¹⁸¹ Gesa Kim BECKHAUS, a.g.e., s.7; Murat İNCEOĞLU, a.g.e., s.153

¹⁸² Karl LARENZ, **Schuldrecht**, s.236; Gesa Kim BECKHAUS, a.g.e., s.6.

¹⁸³ Gesa Kim BECKHAUS, a.g.e., s.9; Fikret EREN, **Borçlar Genel**, s.931.

¹⁸⁴ Gesa Kim BECKHAUS, a.g.e., s.15.

¹⁸⁵ Fikret EREN, **Borçlar Genel**, s.931.

¹⁸⁶ Murat İNCEOĞLU, a.g.m., s.150.

¹⁸⁷ Fikret EREN, **Borçlar Genel**, s.931; Rona SEROZAN, **İfa**, s.14; Murat İNCEOĞLU, a.g.e., s.156.

yanında bu yetkiyi de haiz olmaları gerekecektir¹⁸⁸. Bu da sınırlı ehliyetsizler dikkate alındığında uygulamada sorunlara sebebiyet verecektir¹⁸⁹. Zira sınırlı ehliyetsizlerin basit bir ifa işleminde bulunmak istemeleri hâlinde, ifaya konu edim bir tasarruf işlemi ile gerçekleşecek ise, bu işlem yasal temsilcilerin onayına tabi olacaktır¹⁹⁰. Bu da işlem güvenliğini sağlarken, gündelik hayattaki bazı basit işlemlerin dahi yapımını zorlaştıracaktır.

Türk Borçlar Kanunu'nun ifa ile ilgili hükümleri, uygulamada ifanın gerçekleşmesini taraflar açısından zorlaştırıcı değil, aksine kolaylaştırıcı olarak düzenlenmiştir¹⁹¹. Kanun koyucu özellikle ifa ile ilgili hükümleri düzenleyici yedek hukuk hükümleri olarak tutarak, bu noktada tarafların gerek ifa öncesinde ifanın şartlarını belirlemede, gerekse de ifa aşamasında rahat bir şekilde hareket etmelerini amaçlamıştır¹⁹². İfa ile ilgili düzenlemeler, sözleşme serbestisi ilkesi ile uyumlu bir şekilde borç ilişkisi kuran taraflara esneklik sağlamaktadır.

Kaynağını Alman doktrininden alan, ifanın tam anlamıyla bir sözleşme benzeri ilişki olduğuna dayanan genel sözleşme görüşünün günümüzde uygulanması, hukuki düzenlemeler ile uyumlu değildir. Bu sebeple de bu görüş uygulamada benimsenmemiştir ve doktrinde de kendisine çokça taraftar bulan bir görüş değildir¹⁹³.

3.1.2.2. Maddi Fiil Görüşü

Maddi fiil görüşü, genel sözleşme görüşünün terkedilmesi sonrasında Alman hukukunda benimsenen hâkim görüşü oluşturmaktadır¹⁹⁴. Bu görüşü savunan yazarlara göre ifanın gerçekleşmesi, borç ilişkisine taraf olan kişilerin fiil ehliyeti gibi subjektif

¹⁸⁸ Gesa Kim BECKHAUS, a.g.e., s.15; Fikret EREN, Borçlar Genel, s.931.

¹⁸⁹ Murat İNCEOĞLU, a.g.m., s.150.

¹⁹⁰ Fikret EREN, Borçlar Genel, s.931.

¹⁹¹ Örneğin TBK m.83'te bir borç ilişkisine konu ifanın, borçlu tarafından şahsen gerçekleştirilmesi, sadece alacaklı açısından menfaat içermesi halinde zaruridir.

¹⁹² Fikret EREN, Borçlar Genel, s.932; M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ, a.g.e., s.235.

¹⁹³ Rona SEROZAN, İfa, s.12.

¹⁹⁴ Karl LARENZ, Schuldrecht, s.245; Gesa Kim BECKHAUS, a.g.e., s.30.

hukuki durumlarına ya da hukuki fiillere bağlı değildir¹⁹⁵. İfanın gerçekleşmesi doğrudan borçlunun, borcu sonlandırmasını sağlayacak maddi fiiline bağlıdır¹⁹⁶. Tarafların anlaşması değil, ifa amacının gerçekleşmesi esastır¹⁹⁷. Bir başka deyişle ifanın gerçekleşmesi, taraflardan birinin dar anlamda borç ilişkisi içerisinde borcunu ifa etmesine, yani ifaya konu edimini yerine getirmesine bağlıdır¹⁹⁸. İfanın içeriğini oluşturan şey, bir sözleşme olmaktan ziyade; hukuki işlem sonucunu doğuran maddi bir fiildir¹⁹⁹. Genel sözleşme görüşünde olduğu gibi, ifade bulunacak kişinin fiil ehliyetine ve tasarruf yetkisine sahip olması şartı aranmaz²⁰⁰.

Alman hukukunda bu görüş soyutluk ilkesine (*Abstraktionsprinzip*) aykırı sonuçlar ortaya çıkartabilecek olması açısından eleştirilmektedir²⁰¹. Fakat bu eleştirinin aksine, maddi fiil görüşüne göre ifa, içerisinde yer aldığı hukuki işlemlerden bağımsız sonuçlar ortaya koyacaktır²⁰². Bu da esasen soyutluk ilkesi ile daha uyumlu olduğunu göstermektedir. Zira, soyutluk ilkesinin de temel aldığı şekilde, ifa ile ifanın parçası olduğu hukuki ilişki birbirinden bağımsız değerlendirilecektir²⁰³. İfanın geçerlilik şartları ve sonuçları ile hukuki ilişkinin geçerlilik şartları ve sonuçları birbirinden ayrılacaktır. Tarafların içerisinde oldukları hukuki ilişki (örn: sözleşme) geçersiz olursa, ifa gerçekleşecek, fakat edimlerin iadesi söz konusu olabilecektir. Zira edim, ifanın aksine borca konu bir hareketin gerçekleştirilmesini, ifa ise edimin gerçekleştirilmesini gerektirecektir²⁰⁴. Maddi fiil görüşünün kabul edilmesi halinde ifa gerçekleşmiş olacaktır.

¹⁹⁵ Karl LARENZ, *Schuldrecht*, s.245; Gesa Kim BECKHAUS, a.g.e., s.31.

¹⁹⁶ Gesa Kim BECKHAUS, a.g.e., s.31.

¹⁹⁷ Murat İNCEOĞLU, a.g.e., s.152

¹⁹⁸ Dirk LOOSCHELDERS, **Schuldrecht AT**, 14. Baskı, Vahlen Verlag, Münih, 2016, Kn.403; Hans BROX ve Wolf-Dietrich WALKER, **Allgemeines Schuldrecht**, 40. Baskı, C.H. Beck Verlag, Münih, 2016, s.269; Karl LARENZ, *Schuldrecht*, s.246; Gesa Kim BECKHAUS, a.g.e., s.31; Fikret EREN, *Borçlar Genel*, s.931.

¹⁹⁹ Gesa Kim BECKHAUS, a.g.e., s.31; Fikret EREN, *Borçlar Genel*, s.931.

²⁰⁰ Gesa Kim BECKHAUS, a.g.e., s.42; Fikret EREN, *Borçlar Genel*, s.932.

²⁰¹ Gesa Kim BECKHAUS, a.g.e., s.39.

²⁰² Karl LARENZ, *Schuldrecht*, s.242.

²⁰³ Gesa Kim BECKHAUS, a.g.e., s.39.

²⁰⁴ Eyüp İPEK, a.g.e., s.24 ve s.96.

Doktrindeki bazı yazarlara göre ise Türk hukuku açısından ifanın maddi fiil görüşü ile açıklanması mümkün değildir²⁰⁵. Bazı borçların ifası açısından sadece maddi bir fiilin gerçekleşmesi yeterliyken, bazı borçların ifası açısından maddi fiil tek başına ifa sonucunu doğuramayacaktır²⁰⁶. İfanın maddi fiil görüşü ile açıklanamayacağını savunan görüşe göre taşınmaz mülkiyetinin devri konusunda her ne kadar fiilen taşınmaz devredilse dahi mülkiyet nakli resmi şeklin gerçekleşmesi, yani tapuda tescilin yapılması ile söz konusu olacaktır²⁰⁷. Yargıtay'ın çalışmanın konusunu da doğrudan ilgilendiren 1988 tarihli içtihadı birleştirme kararında²⁰⁸ da ifanın hukuki niteliği incelenirken bu hususa değinilmiş, “*taşınmaz mülkiyetini geçirme borcunun ifası tapuda yapılan bir tescil işlemi ile yerine getirilmiş olur*” görüşünün hakim görüş olduğu belirtilmiştir. Bu sebeple de sadece ifada bulunulması ve ifanın borçlanılan edime birebir uygun olması ifanın bütün etkilerini meydana getirmeyecektir²⁰⁹.

Türk Hukukunda maddi fiil görüşüne getirilen bir diğer eleştiri ise bu görüşün kabul edilmesi hâlinde, hukuki işlemin geçerliliğine ilişkin bazı şartların ifa ile bertaraf edilecek olmasıdır²¹⁰. Bu durumda borç ilişkisine taraf olan kişiler tamamıyla hukuki yükümlülüklerden bağımsız olarak hareket edecek ve bu sebeple de hukukun tesis etmeyi amaçladığı işlem güvenliğine yönelik gereksinimler görmezden gelinecektir²¹¹. Bu da hukuk güvenliğine aykırı sonuçlar oluşturacaktır. Zira bazı hukuki işlemler açısından hukukun esasları yerine getirilecekken, bazı hukuki işlemlerde gereksinimlerden kaçınılabilecek ve kanunla belirlenen hükümler uygulanmayacaktır²¹². Özellikle taşınmaz mülkiyetinin naklini konu alan hukuki işlemler dikkate alındığında, burada ifanın maddi fiil ile açıklanmasını savunan görüşün tutarlılığı da, taşınmaz mülkiyetinin nakli talebinin hukuki niteliğine ilişkin tartışmada, mülkiyet devrinin borçlu tarafından yerine getirilen tek taraflı bir tasarruf işlemi olduğunun kabul edilmesi ile mümkün

²⁰⁵ M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ, a.g.e., s.262; Fikret EREN, Borçlar Genel, s.912.

²⁰⁶ Haluk Nami NOMER, a.g.e., s.311.

²⁰⁷ Haluk Nami NOMER, a.g.e., s.310.

²⁰⁸ YİBGK, E.1987/2, K.1988/2, T.30.09.1988 (erişim adresi:www.kazanci.com, erişim tarihi:14.10.2018)

²⁰⁹ Fikret EREN, Borçlar Genel, s.933.

²¹⁰ Rona SEROZAN, İfa, s.20

²¹¹ Haluk Nami NOMER, a.g.e., s.311.

²¹² Rona SEROZAN, İfa, s.9.

olacaktır²¹³. Zira, borçlunun taşınmazın devri için, fiilen taşınmazı devretmesine sonuç bağlanacaktır²¹⁴.

Görüldüğü üzere ifanın maddi bir fiil ile gerçekleştirilmesini savunan bu görüşe göre borç ilişkisine konu edime uygun ifa, kendisinden beklenen bütün sonuçları doğurması açısından yeterlidir. Yani borçlu ile alacaklının ifanın gerçekleşmesine yönelik ek bir irade ortaya koymalarına gerek yoktur²¹⁵. Alman hukukunda günümüzde hâkim görüşü oluşturan²¹⁶ bu uygulamaya göre ifanın kendisinden beklenen sonuçları doğurması, Roma Hukukunda ortaya konan solutio amacına ulaşması, hukuki prosedürlerden uzak ve hızlı bir şekilde gerçekleşebilecektir²¹⁷. Kaldı ki Türk hukukunda da Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesi incelendiğinde, esasen maddi fiilin ifanın sonuçları açısından dikkate alındığı anlaşılacaktır²¹⁸. İlgili madde hükmünde ifaya konu edimin gerektiği gibi yerine getirilmemesi halinde ifanın gerçekleşmeyeceği düzenlenmiştir. Bu da ifa konusu edim fiilinin, ifa açısından da önem taşıyacağını belirtmektedir. Yine Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 1988 tarihli kararında, ifa ile ilgili kabul edilen görüşün maddi fiil görüşü olmadığı belirtilse de, devam eden cümlede edimlerin tamamen yerine getirilmesine hakkın kötüye kullanılması yasağı ile birlikte sonuç bağlanmıştır²¹⁹.

Tüm bunlara karşılık, kanunlar ile getirilen ve bazı durumlarda borcun ifası için aranan şartlar, ifanın gerçekleşmesine yönelik adımları sınırlamakta, ifa basit anlamıyla borca uygun edimin gerçekleştirilmesinin dışına çıkartılmaktadır. Bu şartlar ifanın hukuken genel sözleşme görüşü ile açıklanamayacağını göstermesine karşılık, ifada

²¹³ Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1959, s.14; Murat İNCEOĞLU, a.g.m., s.174.

²¹⁴ Murat İNCEOĞLU, a.g.m., s.161.

²¹⁵ Larenz, Schuldrecht, s.238; Gesa Kim BECKHAUS, a.g.e., s.32; Eyüp İPEK, a.g.e., s.103.

²¹⁶ Gesa Kim BECKHAUS, a.g.e., s.32.

²¹⁷ Rona SEROZAN, İfa, s.8

²¹⁸ Selahattin Sulhi TEKİNAY, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU ve Atilla ALTOP, a.g.e., s.760; Eyüp İPEK, a.g.e., s.122.

²¹⁹ **YİBGK**, E.1987/2, K.1988/2, T.30.09.1988 (erişim adresi:www.kazanci.com, erişim tarihi:14.10.2018).

maddi fiil dışı unsurlar aranması dolayısıyla, ifanın hukuki temellerini yine genel sözleşme görüşüne yaklaştırmaktadır²²⁰.

3.1.2.3. Sınırlı Sözleşme Görüşü

Sınırlı sözleşme görüşüne göre ifa, bazı hukuki ilişkilerde basit bir maddi fiilden ibaretken, bazı hukuki ilişkilerde kapsamlı bir sözleşme benzeri, tasarruf yetkileri ve fiil ehliyeti gerektiren genel sözleşme görüşüne yakın niteliği haizdir²²¹. Borçlunun alacaklıya karşı ifada bulunma iradesini belirtmesi, edim olarak tasarruf işlemi konu alan hukuki ilişkiler için gerekliyken²²², tasarruf işlemi konu almayan hukuki ilişkiler için sadece maddi olarak ifaya konu edimin gerçekleştirilmesi yeterli olacaktır²²³.

Sınırlı sözleşme görüşü, özellikle tasarruf işlemleri noktasında özellik arz etmektedir. Örnek olarak taşınır mülkiyetinin devri²²⁴ ya da alacağın temliki²²⁵ gibi, edim olarak bir tasarruf işleminin gerçekleştirilmesini gerektiren hukuki işlemler açısından, ifanın ayrı bir sözleşme gibi taraflarca ele alınması gerekecektir²²⁶. Bu gibi durumlarda ifa tıpkı bir hukuki işlem gibi gerçekleştirilecektir ve bu sebeple bir hukuki işlemde aranan şartların tamamı ifa için de aranacaktır²²⁷. Bu da ifanın geçerliliğinin ifa anlaşması, fiil ehliyeti ve tasarruf yetkisi açısından ayrı ayrı incelenmesini gerektirecektir.

İfa anlaşması hususuna örnek olarak, tarafların açık anlaşmasının gerekli olduğu taşınır mülkiyetinin devri incelenecektir²²⁸. Taşınır mülkiyetinin devri için zilyetliğin

²²⁰ Fikret EREN, Borçlar Genel, s.932; Murat İNCEOĞLU, a.g.e., s.154.

²²¹ Karl LARENZ, Schuldrecht, s.242; Fikret EREN, Borçlar Genel, s.930.

²²² Karl LARENZ, Schuldrecht, s.237.

²²³ Gesa Kim BECKHAUS, a.g.e., s.16.

²²⁴ Rona SEROZAN, İfa, s.22.

²²⁵ Fikret EREN, Borçlar Genel, s.935.

²²⁶ Eyüp İPEK, a.g.e., s.106.

²²⁷ Selahattin Sulhi TEKİNAY, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU ve Atilla ALTOP, a.g.e., s.759.

²²⁸ Türk Borçlar Kanunu m.763.

mülkiyeti devir amacıyla teslim edildiği açıkça taraflarca anlaşılmalıdır²²⁹. Bu durumda zilyetliğin devri her ne kadar taşınır mülkiyetinin devri borcunun ifası için gerekli edimi oluştursa da, ifanın gerçekleşmesi için bu devrin ifa amacıyla yapıldığının da taraflarca açıkça üzerinde anlaşılmış bir husus olması gerekecektir²³⁰. Görüldüğü üzere taraflar ifa için gerekli edimi yerine getirirse dahi, bu konuda ayrıca bir anlaşmaya ihtiyaç duyacaklardır.

Hukuki niteliği itibariyle ifa anlaşması gerektiren tasarruf işlemleri açısından, ifayı gerçekleştiren kişinin fiil ehliyeti de önem arz etmektedir²³¹. Bu tip borçların söz konusu olduğu işlemlerde, borçlu sınırlı ehliyetsiz ya da ehliyetsiz ise, edime uygun borcun ifası gerçekleşse bile borç ifa edilmeyecektir²³². Burada alacaklının da tam ehliyetli olması aranacaktır²³³. Zira sınırlı ehliyetsizin tasarruf işlemleri askıda hükümsüz, ehliyetsizlerin tasarruf işlemleri ise geçersiz olacaktır. Örnek vermek gerekirse şekle tabi bir tasarruf işlemi olan alacağın temlik ya da taşınmaz mülkiyetinin devri gibi hukuki işlemleri gerçekleştirmek isteyen kişilerde fiil ehliyeti aranacaktır. Tasarruf işlemlerini konu alan edimler, bu görüş çerçevesinde genel sözleşme teorisi ile benzer olarak ele alınmaktadır.

Tasarruf işlemi içeren borçlar açısından tasarruf yetkisi, bu görüş açısından önemli bir diğer unsur olacaktır. Zira, ifanın hukuki niteliğinin sınırlı sözleşme görüşü ile açıklandığı durumda, tasarruf işlemi, ancak tasarruf yetkisini elinde bulunduran kişi tarafından gerçekleştirilebilecektir²³⁴. İfaya konu edim, hizmet sözleşmesi gibi

²²⁹ Selahattin Sulhi TEKİNAY, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU ve Atilla ALTOP, **Tekinay Eşya Hukuku, Cilt 1, Zilyedlik, Tapu Sicili, Mülkiyet**, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989, s.68; M. Kemal OĞUZMAN, Özer SELİÇİ ve Saibe OKTAY-ÖZDEMİR, a.g.e., s.742; Lale SİRMEN, **Eşya Hukuku**, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s.489.

²³⁰ Selahattin Sulhi TEKİNAY, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU ve Atilla ALTOP, a.g.e., s.759; Murat İNCEOĞLU, a.g.m., s.156; Eyüp İPEK, a.g.e., s.107.

²³¹ Selahattin Sulhi TEKİNAY, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU ve Atilla ALTOP, a.g.e., s.759; Murat İNCEOĞLU, a.g.m., s.157; Eyüp İPEK, a.g.e., s.108.

²³² Eyüp İPEK, a.g.e., s.108.

²³³ Fikret EREN, Borçlar Genel, s.934.

²³⁴ M. Kemal OĞUZMAN ve Nami BARLAS, a.g.e., s.182; Mustafa DURAL ve Suat SARI, a.g.e., s.210.

yapma borcu içeren ihtimaller dışında, çoğunlukla bir şeyin tüketilmesini, tasarrufunun yapılmasını gerektirecektir²³⁵. Bu da göstermektedir ki, sınırlı sözleşme görüşünün benimsenmesi halinde, ifaya konu edimin, bir tasarruf işlemi ile gerçekleştirileceği ihtimallerde, artık ifa sadece bir fiil ile tamamlanamayacak, birçok unsurun işlemde mevcut olması aranacaktır. Bu da özellikle tasarruf işlemleri açısından ifanın genel sözleşme teorisi ile benzer şekilde açıklanması anlamına gelecektir.

Özetle, sınırlı sözleşme görüşüne göre, kanuni düzenlemeler ile şekil şartları veya fiil ehliyeti şartı taşıyan tasarruf işlemi gibi hukuki işlemler açısından ifa, genel sözleşme teorisindeki benzer bir şekilde bir sözleşmeymişçesine taraflarca ele alınmalı, üzerinde anlaşılmalı ve gerekli geçerlilik şartlarını taşımalıdır. Mamafih, para borcu gibi, tek taraflı ödeme yoluyla sonlandırılabilir ve kim tarafından gerçekleştirildiğinin alacaklı için önem arz etmediği hukuki işlemler açısından ise bu görüş maddi fiil görüşü ile benzerlik taşımaktadır ve kanundaki kamu düzeninden kaynaklanan durumlar açısından bu görüş daha uyumlu sonuçlar verecektir.

3.2. İfanın Borcu Sona Erdirmesi

Bir borç ilişkisine taraf olan kişilerin bir araya gelmesi ile kurulan hukuki ilişkide, tarafların beklentileri ilişkinin doğal şekilde sonlanması, yani edime uygun ifanın gerçekleşmesidir²³⁶. Bu da ifanın bir borç ilişkisinde oluşturacağı temel etkinin, ilgili borcun sona ermesi olduğunu göstermektedir²³⁷. Roma Hukukunda ifa anlamında kullanılan “*Solutio*” teriminin de taraflar arasındaki hukuki bağın çözülmesi anlamına geldiğine daha önce değinilmişti²³⁸. Görüldüğü üzere bu terim, ifanın temelinin bir çözüm yöntemi olması fikrini destekler anlamdadır.

²³⁵ Eyüp İPEK, a.g.e., s.111.

²³⁶ Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s.46; Fikret EREN, Borçlar Genel, s.928.

²³⁷ M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ, a.g.e., s.539; Ahmet KILIÇOĞLU, a.g.e., s.689; Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s.36.

²³⁸ Bkz. Bölüm 3.1.2.1.

Bir borç ilişkisini sona erdiren ifanın gerçekleşmesi için kural olarak, o borç ilişkisinin hukuken sağlıklı kurulması, yürürlüğünü hukuken devam ettirebilmesi ve bir ifada aranan bütün şartların mevcut olması gerekir²³⁹. İfanın bir ilişkiyi sonlandırabilmesi için hukuken birçok değişkenin bir araya gelmesi gerekecektir. İfa fiilinden beklenen temel sonuç borç ilişkisinin sonlandırılmasıdır²⁴⁰. İfa sürecinde bir noksan bulunması halinde ise artık kötü ifa ve buna bağlanan sonuçlar gündeme gelecektir²⁴¹. İfanın gerçekleşmesi için birçok şartın söz konusu olduğu kabul edildiğinde genel sözleşme görüşüne²⁴², fakat ifanın bir noksan içermesi halinde kötü ifa olacağının kabul edilmesi halinde ise maddi fiil görüşüne²⁴³ yaklaşılmış olacaktır. İfanın hukuki niteliği her ne kadar açıkça kanunda belirtilmiş olmasa da, Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesi ifanın gereği gibi yapılmaması halinde, zararın tazminini gerekli kılmaktadır. Bu da göstermektedir ki, ifaya konu edimin gerçekleşmemesi, yani borç konusu olarak yapılması gerekenin yerine getirilmemesi değerlendirilmiş, ifaya konu fiile önem atfedilmiştir²⁴⁴. İfanın temel amacı hukuki ilişkinin sonlandırılması, alacaklının tatmin edilmesidir. Hal böyle iken, ifa ile taraflar tatmin edilmişse, birtakım ek gereksinimlerin yoksunluğu dolayısıyla ifanın etki yaratmasının önüne geçilmeye çalışılması, ifanın amacını engelleyecektir²⁴⁵. İfa, sözleşme serbestisi ilkesi içerisinde değerlendirildiğinde, kanun çerçevesinde belirli gereksinimlere ihtiyaç duyan hukuki ilişkilerde dahi, alacaklıyı tatmin ettiği zaman amacına ulaşmış, hukuka uygunluğu sağlamış bir irade faaliyeti olacaktır²⁴⁶. Türk Borçlar Kanunu'nun 83. maddesinde de borçlunun şahsen ifa yükümlülüğü yalnızca alacaklı açısından menfaat içerdiğinde zaruri tutulmuştur. Görüldüğü üzere bu hüküm, ifa açısından alacaklının tatmininin esas olduğunu vurgulamaktadır. Hali hazırda edime uygun ifa gerçekleşmiş, alacaklı tatmin olmuşsa,

²³⁹ Rona SEROZAN, İfa, s.20.

²⁴⁰ Necip KOÇAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s.37.

²⁴¹ Bu durum TBK m.112'de düzenlenmiştir.

²⁴² Bkz. Bölüm 3.1.2.1.

²⁴³ Bkz. Bölüm 3.1.2.2.

²⁴⁴ Selahattin Sulhi TEKİNAY, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU ve Atilla ALTOP, a.g.e., s.760; Murat İNCEOĞLU, a.g.m., s.156; Eyüp İPEK, a.g.e., s.122.

²⁴⁵ Murat İNCEOĞLU, a.g.m., s.181.

²⁴⁶ Helmut HEISS, **Formmängel und Ihre Sanktionen**, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 1999, s.265.

bunun üzerine ek gereksinimler ileri sürmek, ifanın temel amacına aykırı sonuçlar ortaya koyacaktır²⁴⁷. Dolayısıyla, maddi fiil yoluyla alacaklının tatmin edilmesi, ifanın amacına ulaşması açısından yeterli olacaktır. Bu sebeple ifanın etkileri, edimin gerçekleştirilmesi ile alacaklı hesabında oluşacaktır.

Fakat ifanın bu etkisinin kabul edilmesi halinde dahi, bazı kanuni düzenlemeler sonucunda ifaya rağmen hukuki ilişki geçersiz olacaktır²⁴⁸. Bu geçersizliğe rağmen, hukukun kendi içerisinde işlemi düzeltici etkiye sahip istisnai düzenlemeleri de söz konusu olabilir²⁴⁹. Her ne kadar Türk hukukunda genel bir düzenleme bulunmasa da bazı özel düzenlemeler içerisinde ifanın düzeltici etkisi hali hazırda düzenlenmiştir²⁵⁰. Alman hukukunda ise Alman Medeni Kanunu §311b (1) BGB hükmü ikinci cümlesi ile şekle tabi bir taşınmaz devir sözleşmesi şeklen geçersiz olsa bile, tarafların olması gerektiği gibi ifade bulunması hâlinde sözleşmenin geçerlilik kazanacağını düzenlemiştir²⁵¹. Aynı hükümde ifa hâlinin hukuki eksikliğe rağmen tapu sicilinde de tescil edilmiş olması şartı aranmıştır. Burada temel bir hükümsüzlük hâlinin ortadan kaldırılması değil, sakat bir hukuki işlemin iyileştirilmesi (*Heilung*) tarif edilmektedir²⁵².

²⁴⁷ Murat İNCEOĞLU, a.g.e., s.181.

²⁴⁸ M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ, a.g.e., s.157; Fikret EREN, Borçlar Genel, s.254.

²⁴⁹ Helmut HEISS, a.g.e., s.132; Gert REINHART, **Das Verhältnis von Formnichtigkeit und Heilung des Formmangels im bürgerlichen Recht**, Sause KG, Heidelberg, 1969, s.162; Petra POHLMAN, **Die Heilung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte durch Erfüllung (“Heilung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte”)**, Duncker&Humblot Verlag, Berlin, 1992, s.26; Frank FURRER, **Heilung des Formmangels im Vertrag**, Schulthess Verlag, Zürich, 1992, s.65; Fikret EREN, Borçlar Genel, s.928; Rona SEROZAN, İfa, s.65.

²⁵⁰ Örnek olarak TBK m.288(3) düzenlemesi incelenebilir. Maddenin 1. Fıkrasında şekle tabi tutulan bağışlama sözü verme, şekle aykırı olarak kurulmuş ve buna rağmen ifa da edilmişse, elden bağışlama olarak kabul edilecektir. Hukuken şekle aykırılıkla hükümsüz olan bağışlama sözü, ifa ile elden bağışlamaya dönüşmüş, ifa düzeltici etki kazanmıştır.

Bağışlama sözleşmesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Fikret EREN, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 6. Baskı, Yetkin Kitabevi, Ankara, 2018, s.523 vd.

²⁵¹ Helmut HEISS, a.g.e., s.256; Gert REINHART, a.g.e., s.130; Petra POHLMAN, *Heilung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte*, s.32.

²⁵² Karl LARENZ, *Schuldrecht*, §44, Kn.20 vd.; Manfred WOLF ve Jörg NEUNER, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, 11. Baskı, C.H. Beck Verlag, Münih, 2016, §44, Kn.60 vd.

Yargıtay'ın bir kararında taşınmaz satımına ilişkin ve şekil şartlarına aykırı olarak kurulan bir sözleşme uyuşmazlığa konu olmuştur²⁵³. Taraflardan biri sözleşmenin şekle aykırı olmasına karşın ifaya hazır olduğunu belirterek iyiniyet savunmasında bulunmuş ve sözleşmedeki borçların yine TMK m.2 çerçevesinde ifa edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Yerel mahkeme tarafından haklı bulunan bu iddia Yargıtay 13. Hukuk Dairesi tarafından, olayda tarafların ifada bulunmamış olması dolayısıyla reddedilmiştir.

Görüldüğü üzere gerek uygulamada, gerekse de kanuni düzenlemelerde ifanın hali hazırda, taraflar arasındaki hukuki ilişkide bulunan noksanlıkları düzelten etkiye sahip olabildiği durumlar mevcuttur. Alacaklının tatmin edilmesi, ifanın düzeltici etkiye sahip olması için yeterli olacaktır. Tasarruf işlemi gibi, kanunen gerçekleştirilmesi fiil ehliyeti, tasarruf yetkisi gibi ek gereksinimleri barındıran haller için ise ifa ile sağlanan tatminin korunması gerekecektir. Bu durumda da maddi fiil yoluyla ifaya konu edimin gerçekleştirildiği, alacaklının tatmin edildiği durum, başka kurumlarla korunacaktır²⁵⁴. İfaya doğrudan her zaman düzeltici etki yaratacak şekilde izin verilmesi hukuk güvenliği ilkesini sakatlayacak sonuçlara yol açabileceği gerekçesiyle doktrinde eleştirilmiştir²⁵⁵. Dolayısıyla ifanın yarattığı etkilerin hangi durumlarda nasıl korunacağı önemlidir.

3.3. Bölünebilir Edimleri Konu Alan Borçlar Açısından Edimin İfa Edildiği Oranın, İfanın Sonuçlarına Etkisi

İfanın bir borca etkisi ele alınırken, borca konu edimin bölünebilir olduğu durumlarda, ifa edilen edimin bütün edime oranı önem arz edecektir. Zira oran belirli bir seviyeye geldikten sonra ya da ifanın belirli bir kısmı gerçekleştirildikten sonra ifanın sonuçları doğacaktır. Her ne kadar hukukun kural olarak borçludan beklentisi ifanın bütünüyle gerçekleştirilmesi olsa da, uygulamada her zaman tam ifadan bahsedilememektedir.

²⁵³ **Yargıtay 13.HD**, E.1995/3568, K.1995/3733, T.13.04.1995, erişim adresi:www.kazanci.com (erişim tarihi: 07.10.2017).

²⁵⁴ Bu konu 4. Bölümde ele alınacaktır.

²⁵⁵ Rona SEROZAN, İfa, s.23; Hans MERZ, **Vertrag und Vertragsschluss**, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, Freiburg 1988, s.132; Gesa Kim BECKHAUS, a.g.e., s.192.

İfanın etkilerinin doğması açısından uygulamada matematiksel oranlar yerine tam ya da tama yakın ifa şeklinde bir tanımlama yapılmıştır²⁵⁶. Bu betimleme ile edimin tam ya da tama yakınının ifa edilmesi hâlinde, ifade bulunan tarafların iradelerinin ve tarafların ifa ile elde etmeyi bekledikleri kazanımların kaybedilmesinin engellenmesi amaçlanmıştır. Aynı zamanda uygulamada tam ya da tama yakın ifa ile düşük oranda ifa durumları birbirinden farklı sonuçlara bağlanmıştır. Hiç ifade bulunulmaması ya da edimin çok küçük bir kısmının ifasının gerçekleştirilmesi hâllerinde ise herhangi bir etkiden bahsedilemeyecektir.

3.3.1. Sözleşmeden Doğan Borçların Tam Olarak ya da Büyük Oranda İfa Edilmesi

İfadan beklenen temel ve olağandışı etkileri açığa çıkaran örnek olay gruplarının büyük çoğunluğunda taraflardan en az biri tam ya da büyük oranda ifade bulunmaktadır²⁵⁷. Bu ihtimalde en azından bir taraf, içerisinde bulunduğu hukuki ilişki çerçevesinde doğan borçlarını ifa etmektedir. Ayrıca bu ifa ile tarafların içerisinde buldukları sözleşme ilişkisi amacına ulaşmaktadır.

Tam ya da tama yakın ifanın gerçekleştirildiği olay grupları açısından her ne kadar sözleşme geçersiz olsa da, taraflar ifa ile sözleşmenin geçerliliğine duydukları inancı ya da güveni göstermişlerdir. Kanuni düzenlemeler engel olsa dahi, sözleşme serbestisi çerçevesinde ifanın etkisi tam ya da tama yakın gerçekleştirilen ifalar açısından daha büyük önem arz edecektir. İfanın hukuki niteliği sınırlı sözleşme görüşü üzerinden açıklandığı zaman her ne kadar bu durum mantıklı bir sonuç oluşturacak olsa da²⁵⁸, maddi

²⁵⁶ Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s.314.

²⁵⁷ Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s.315.

²⁵⁸ Her ne kadar ifa belirli sonuçların doğmasını tetiklese de, sınırlı sözleşme görüşü çerçevesinde tasarruf yetkisi gibi ek yetkilere gereksinim duyulması, sözleşmenin geçerliliğine hukuken etki yapmasının önüne geçmektedir.

fiil görüşü dikkate alındığında ifanın kendi etkilerini gerçekleştirilmesi ile kuracağı açıktır. Bu durumda da ifanın etkilerinin korunması açısından, hukuk düzeni içerisinde ek kurumlar kullanılacaktır. Bunların neler olduğu ise bir sonraki bölüm altında incelenecektir.

3.3.2. Düşük Oranda İfada Bulunulan Durumlar

Hukuken geçersiz bir işleme konu edimler, taraflarca düşük oranlarda ifa edilirse, burada tam ya da tama yakın ifadan farklı bir ihtimal oluşacaktır. Artık taraflardan her ikisi de tam anlamıyla ifada bulunmamış olacağı için burada etkisi korunmaya değer bir ifadan da söz edilemeyecektir. Hâl böyle olunca, artık burada sadece gerçekleştirilen ifalar açısından nasıl bir işlem gerçekleştirilebileceği önem kazanacaktır. Zira artık gerçek anlamda iadeye ya da istihkaka konu edimlerden söz edilecektir²⁵⁹.

Taraflardan birinin diğer taraf üzerinde haklı bir güven oluşturarak kısmi ifada bulunması hâlinde ise, bir sonraki bölümde daha detaylı olarak incelenecek olmakla beraber, bu güvene dayanarak hareket eden tarafın artık korunmaya değer bir güvene sahip olduğu ileri sürülebilecektir²⁶⁰. Bu güven çerçevesinde taraflar arasında gerçekleştirilen ifalar hukuken geçersiz işlemlere konu olsalar dahi, bu güven dolayısıyla diğer tarafın ifaya zorlanabileceği de kabul edilebilir²⁶¹.

1991 yılında Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta²⁶², tanınmış ve güvenilir bir ailenin gerçekleştirdiği devre mülk inşaatından kendisine taşınmaz alan bir alıcı, taşınmazın tamamlanmasına rağmen taşınmazı yaptıran firmanın bu taşınmazı kredi borçlarına karşılık bankaya ipotek vermesi sonucu mağdur duruma düşmüştür. Bu mağduriyeti üzerine ödemiş olduğu ücretin kendisine iade edilmesi talebiyle şirket aleyhine dava açan alıcı, şirketin alıcı ile arasında herhangi geçerli bir sözleşme

²⁵⁹ M. Kemal OĞUZMAN, Özer SELİÇİ ve Saibe OKTAY-ÖZDEMİR, a.g.e., s.738.

²⁶⁰ Şener AKYOL, a.g.e., s.53.

²⁶¹ Hüseyin ALTAŞ, a.g.e., s.220.

²⁶² **Yargıtay 13.HD**, 2.12.1991, E.1991/7217, K.1991/10901, erişim adresi:www.kazanci.com (erişim tarihi: 07.10.2017).

akdedilmemiş olması hasebiyle bir tazminata zorlanamayacağı savunmasıyla karşılaşmıştır. Ayrıca bir banka tarafından uyuşmazlığa konu taşınmazlara el konulduğunu, taşınmazı şirketin devretmeme sebebinin borca aykırılık değil ifa imkânsızlığı sonucu oluştuğunu ileri sürmüştür. İlk derece mahkemesi ise incelemede gerçekten taraflar arasında geçerli bir sözleşme bulunmaması hasebiyle sözleşmeden bir talep hakkı doğmayacağını belirterek ifa imkânsızlığını tespit etmiş ve bu çerçevede sonuca varmıştır. Temyiz edilen dosyada Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, şirketin alıcı üzerinde ciddi bir güven uyandırdığını, inşaat ile de bu güvenin perçinlendiğini, bu güven çerçevesinde hareket eden tarafın yapmış olduğu kısmi ödemenin sözleşme çerçevesinde yapıldığını tespit etmiştir. Ayrıca burada bir ifa imkânsızlığından bahsedilemeyeceğini, taraflar arasındaki sözleşmenin geçerli sayılması gerektiğini de belirtmiştir. Buradan da anlaşılacağı üzere kısmi ifa tek başına sözleşmenin geçerli sayılması için yeterli sayılmamıştır. Fakat olayda şirketin alıcı üzerinde uyandırmış olduğu güven etkeni ile değerlendirildiğinde kısmi ifaya da sonuç bağlanmış, taraflar arasındaki güveni gösterdiği tespit edilmiştir.

Görüldüğü üzere tarafların ifa oranlarının düşük olması ya da bir tarafın henüz hiç ifada bulunmamış olması ihtimalinde dahi tarafların davranışları önem taşımaktadır. Şayet bir kişi hukuken sakat olan sözleşmeden haksız menfaat elde etmek amacı ile bu geçersizliğe dayanıyorsa, sakat sözleşme çerçevesinde gerçekleştirilen ifalar, tıpkı işlem hukuken geçerliymişçesine sonuçlar elde edilmesine zemin oluşturabilecektir²⁶³. Burada tarafların sadece ifa ettikleri edimin oranına değil, hukuki ilişki içerisindeki tutumlarına da dikkat edilmektedir.

²⁶³ Şener AKYOL, a.g.e., s.80; M. Kemal OĞUZMAN, **Şekil Noksanı Sebebiyle Butlan Dermeyanı Hakkının Suistimali (“Şekil Noksanı Makalesi”)**, İstanbul Barosu Dergisi, C.XXIX, Haziran 1955, s.253-266, s.253.

Bölüm 4: İfanın Şekil Noksanlığını Gidermesi

4.1.Öğretideki Görüşler

4.1.1. Genel Olarak

İfanın hukuki niteliği hakkında önceki bölümde incelenen hangi görüş kabul edilirse edilsin, ifanın gerçekleştirilmesi ile kendisine bağlanan sonuç oluşur²⁶⁴. Bazı durumlarda ise, ifa, kanunda kendisine sonuç bağlanmayan, fakat taraf iradelerine dayanan sonuçlar oluşturabilir. Bunun en radikal örneği, hukuken geçersiz bir işlemin geçersizliğine ifa dolayısıyla başvurulmadığı hal olacaktır²⁶⁵. Üçüncü bölüm altında tek başına ifanın hukuki ilişkilere nasıl bir etkide bulunduğu incelenmişti²⁶⁶. Bu bölüm öncesinde ise ikinci bölümde, şekle aykırılık dolayısıyla geçersizlik, şekil şartlarına ilişkin düzenlemeler ve bu düzenlemelerin sonuçları ele alındı²⁶⁷. Bu bölümde ise özellikle kanunen ya da iradi olarak kararlaştırılan şekle aykırı gerçekleştirilen hukuki işlemlere konu ifaların oluşturacağı sonuçlar ve bu sonuçların korunmasının hukuki niteliği açıklanacaktır.

Uygulamada, şekle aykırı sözleşmelerden doğan karşılıklı borçların bir tarafça ifa edildiği ve sonrasında da şekle aykırılığa rağmen diğer taraftan da ifanın konusu edimin gerçekleştirilmesinin beklendiği durumlar mevcuttur²⁶⁸. Bu durumlarda doğrudan kanundaki şekil düzenlemelerinin uygulanması mağduriyetlere yol açabilmektedir²⁶⁹. Söz konusu mağduriyetleri engellemek adına ise şekil hükümlerinin bertaraf edilmesi, şekle aykırılığa rağmen tarafların gerçekleştirmiş oldukları ifaların oluşturdukları etkinin

²⁶⁴ Selahattin Sulhi TEKİNAY, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU ve Atilla ALTOP, a.g.e., s.761.

²⁶⁵ M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ, a.g.e., s.157.

²⁶⁶ Bkz. Bölüm 3.1.3.

²⁶⁷ Bkz. Bölüm 1.

²⁶⁸ Necla GİRİTLİOĞLU, **Dürüstlük Kurallar, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Özellikle Şekil Eksikliğinden Dolayı Geçersizliğin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı ile Sınırlandırılması**, (yayınlanmamış profesörlük takdim tezi) İstanbul, 1989. s.112.

²⁶⁹ Arif Barış ÖZBİLEN, a.g.e., s.199.

korunması gerekecektir.²⁷⁰ Bir örnekle açıklamak gerekirse; taşınmaz mülkiyetinin devrini konu alan sözleşmede, tarafların şekil şartlarını gözetmemesine rağmen sözleşmeye konu edimleri fiilen ifa etmeleri, sözleşmenin geçersizliğini değiştirmeyecektir. Fakat tarafların hür iradeleriyle gerçekleştirdiği ifanın da sonuçları olacaktır. Kanunun şekle aykırılığa yönelik düzenlemeleri ile ifanın etkisi ve sonuçları arasında bir değerlendirme yapılacaktır. İfanın etkisinin, şekle aykırılığın müeyyidesini bertaraf edecek hale geleceğini savunan iki temel görüş mevcuttur. Bunlar Yargıtay İçtihatları Birleştirme Genel Kurulu'nun daha önce de kısmen incelenen²⁷¹ 1988 tarihli kararında²⁷² değinilen, hakkın kötüye kullanılması yasağını araç olarak kullanan görüş²⁷³ ve doktrinde ayrı görüş olarak günümüzde taraftar bulmaya başlayan ve şekil hükümlerinin uygulama alanını amaca göre sınırlandırarak bertaraf eden diğer görüştür²⁷⁴. Bu görüşlere ek olarak İsviçre hukukunda, ifanın niteliği ya da ifanın sonuçları üzerinden bir değerlendirme yapmaksızın, borcun niteliği üzerinden tarafların gerçekleştireceği ifanın etkilerini korumayı öneren bir görüş daha mevcuttur²⁷⁵. Görüş, şekle aykırı sözleşmelerden doğan borçların, tarafların örf ve adet gereği birbirlerine ifa etmeleri gereken borçlar olduğunu belirtmektedir. Buradan hareketle, şekle aykırı sözleşmeler ile kararlaştırılan borçların, ahlaken ödenmesi gereken niteliğinde olduğu tespit edilmiştir. Dolayısıyla artık hukuki anlamda borç yükümlülüğünden değil, ahlaki yükümlülüklerden bahsedilmektedir. Sözleşme şekle aykırı olsa dahi, borcun ifasının talep edilmesi de bu ahlaki yükümlülük çerçevesinde mümkün olacaktır. Lakin hukuken

²⁷⁰ Fikret EREN, Borçlar Genel, s.307.

²⁷¹ Bkz. Bölüm 2.3.5.2.1. ve Bölüm 3.1.2.2.

²⁷² YİBGK, E.1987/2, K.1988/2, T.30.09.1988.

²⁷³ Selahattin Sulhi TEKİNAY, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU ve Atilla ALTOP, a.g.e., s.107; Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ, a.g.e., s.156; Necla GİRİTLİOĞLU, a.g.e., s.148; Hüseyin ALTAŞ, a.g.e., s.156; Halil AKKANAT, **Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması**, Filiz Kitabevi, İstanbul, s.106.

²⁷⁴ Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s.315; Fikret EREN, Borçlar Genel, s.307; Haluk Nami NOMER, a.g.e., s.257; Pakize Ezgi AKBULUT, a.g.e., s.82.

²⁷⁵ Alfred KOLLER, OR, AT, s.105.

talep edilemeseler dahi, ahlaki yükümlülük olarak ifa edildikleri takdirde, ifa hukuken geçerli olacaktır²⁷⁶.

Görüldüğü üzere, uygulamada ve öğretilerde şekle aykırı sözleşmeler kapsamında gerçekleştirilen ifalar hakkında farklı görüşler mevcuttur ve bu görüşler çerçevesinde şekillenen farklı sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Öte yandan uygulamada sıklıkla görülen bir durum olmasına karşılık kanun metinlerinde genel itibariyle doğrudan bir düzenleme mevcut değildir.

4.1.2. Şekle Aykırılığın Sonuçlarını Kanun Hükümlerinin Uygulama Alanının Amaca Uygun Sınırlandırılması ile Aşan Görüş ve Bu Kapsamda Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Şekil Hükümlerinin Yorumlanması

4.1.2.1. Genel Olarak

Şekle aykırılığın sonuçlarının amaçsal sınırlandırma yöntemi ile yumuşatılmasını öneren görüş, temelde şekil hükümlerinin uygulama alanını, şekle aykırı sözleşmelerin her iki tarafça da ifa edilmesi halinde sözleşmenin artık kanun hükümleri dolayısıyla geçersiz olmasını engellemeye, gerçekleştirilen ifaların sözleşmenin geçerliliği açısından yeterli olmasını sağlamaya çalışmaktadır²⁷⁷. Bu şekilde sözleşmenin doğrudan hükümsüz hale gelmesi engellenecek ve sözleşmeden beklenen menfaatlerin taraflarca elde edilmesi sağlanacaktır²⁷⁸. Türk Borçlar Kanunu'nun şekil ile ilgili hükümlerinin uygulama alanı, düzenlemelerin amaçsal sınırlandırma (*teleolojik redüksiyon*) yöntemi ile yorumlanarak daraltılmaktadır²⁷⁹. Amaçsal sınırlandırma ile burada kastedilen ise, “*kanunun amacı ile karşılaştırıldığında çok geniş kapsamlı, farklılaştırılmamış kelime anlamının, yorum yoluyla elde edilmiş düzenleme amacının gerektirdiği uygulama alanına indirgenmesi*

²⁷⁶ Alfred KOLLER, OR, AT, s.105.

²⁷⁷ Fikret EREN, Borçlar Genel, s.307; Haluk Nami NOMER, a.g.e., s.93; Pakize Ezgi AKBULUT, a.g.e., s.263.

²⁷⁸ M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ, a.g.e., s.352.

²⁷⁹ Karl LARENZ, **Methodenlehre der Rechtswissenschaft** (“**Methodenlehre**”), 2. Baskı, Springer Verlag, Berlin, 1991, s.284; Karl LARENZ ve Claus-Wilhelm CANARIS, **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, 3. Baskı, Springer Verlag, Berlin, 1995, s.292; Haluk Nami NOMER, a.g.e., s.309; Pakize Ezgi AKBULUT, a.g.e., s.88.

veya bu alanla sınırlandırılması”dır²⁸⁰. Özellikle Alman hukukunda kabul edilen bu görüşün daha iyi incelenebilmesi için öncelikle amaçsal sınırlandırma kavramının içeriği ve uygulama alanı belirlenmelidir. Bu noktada özellikle kanun boşluğu kavramı ve kanun hükümlerinin yorumlanması önem kazanacaktır. Zira amaçsal sınırlandırmanın temel amacı, kanundaki geniş kapsamlı düzenlemelerden doğan örtülü boşlukların tespit edilmesi ve bu boşlukların hükmün daraltılması ve olay kökenli sınırlandırılması yoluyla doldurulmasıdır²⁸¹.

Amaçsal sınırlandırmanın uygulanabilmesi için öncelikle kanun hükmünde örtülü ya da gerçek olmayan bir boşluk bulunması gerekmektedir²⁸². Şekil hükümlerinin amaçsal sınırlandırma yoluyla daraltılması görüşünü savunan yazarların temel çıkış noktası Türk Borçlar Kanunu’nda şekle aykırılığa bağlanan hükümsüzlüğün çok geniş bir düzenleme olmasıdır²⁸³. Bu görüşü savunan yazarlar, şekle aykırılığın bir sonucu olarak düzenlenen kesin hükümsüzlüğün kanun koyucunun temel amacını göstermediğini savunmaktadırlar²⁸⁴. Kanunda belirlenen şekil şartlarına uyulmaması halinde her zaman kesin hükümsüzlük sonucunun doğması, uygulamada kabul edilemez sonuçlar oluşturabilecektir²⁸⁵. Bu sebeple de doğrudan kesin hükümsüzlüğün uygulanması, esasen örtülü kanun boşluğu oluşturacaktır. Doğan bu kanun boşluğunun, hükmün uygulama alanının, amacı çerçevesinde daraltılması yoluyla giderilmesi gerekecektir²⁸⁶.

²⁸⁰ Çiğdem KIRCA, **Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:1, Cilt:50, Ankara, 2005, s.98-99; Mesut Serdar ÇEKİN, **Uluslararası Normların Özel Hukuka ve Hukuk Metodolojisine Etkisi**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2016/2, İstanbul, 2016, s.647.

²⁸¹ Karl LARENZ, Methodenlehre, s.284; Karl LARENZ ve Claus-Wilhelm CANARIS, a.g.e., s.292.

²⁸² Karl LARENZ, Methodenlehre, s.284; Karl LARENZ ve Claus-Wilhelm CANARIS, a.g.e., s.292; Haluk Nami NOMER, a.g.e., s.257; Pakize Ezgi AKBULUT, a.g.e., s.88; Çiğdem KIRCA, a.g.e., s.96.

²⁸³ Hüseyin ALTAŞ, a.g.e., s.155.

²⁸⁴ Fikret EREN, Borçlar Genel, s.308.

²⁸⁵ Arif Barış ÖZBİLEN, a.g.e., s.199; Pakize Ezgi AKBULUT, a.g.e., s.53.

²⁸⁶ Karl LARENZ, Methodenlehre, s.279; Karl LARENZ ve Claus-Wilhelm CANARIS, a.g.e., s.210; Rona SEROZAN, Die Überwindung der Rechtsfolgen des Formmangels, s.46; Pakize Ezgi AKBULUT, a.g.e., s.93.

4.1.2.2. Amaçsal Sınırlandırma Görüşünün Teorik Temelleri ve Uygulama Şartları

4.1.2.2.1. Şekil ile İlgili Hükümlerin Genel Düzenlemeler Oluşturması

Türk Borçlar Kanunu'nun 12. maddesinde sözleşmelerin şekli ve şekle aykırılığın sebebiyet verdiği hükümsüzlük hali düzenlenmiştir. Esasen irade serbestisinin bir görünümü olarak sözleşmelerde şekil serbestisi benimsenmişse de kanunda şekil ile ilgili düzenleme yapılmış olan hallerde bu şekle uyulmamasının sonucu, sözleşmenin hükümsüz hâle gelmesidir²⁸⁷. Kanun koyucu geniş kapsamlı bir düzenlemeye gitmiş, tarafların şekil şartlarına uymadan gerçekleştireceği bütün sözleşmeleri hukuken geçersiz kılmıştır²⁸⁸. Fakat düzenlemenin geniş bir çerçevede yapılması, aynı zamanda uygulamada sorunlar açığa çıkartabilecektir. Zira bir sözleşmenin şekle tabi tutulması, tarafları zorlayıcı bir unsur olacak ve şekle uyulmaması halinde sözleşmenin hükümsüzlüğü ile sonuçlanacaktır. Amaçsal sınırlandırma görüşüne göre, bu sorunların giderilmesi açısından, şekil ile ilgili düzenlemelerin, kanunun ve özel olarak düzenlemenin amacı dikkate alınarak uygulaması yeterli olacaktır²⁸⁹.

Amaçsal sınırlandırma yöntemi kendi içerisinde incelendiği zaman, yöntemin uygulanmasında dikkat edilmesi gereken unsurlar olduğu görülmektedir. Şekle aykırılığın müeyyidesinin kendine özgü bir hükümsüzlük hali olduğunu ileri süren görüş çerçevesinde Türk Borçlar Kanunu'ndaki şekil hükümlerinin amacının tam anlamıyla tarafları korumak olduğu kabul edilmektedir²⁹⁰. Fakat aynı zamanda sözleşme ilişkisine giren tarafların şekil şartlarına dayanmadıkları ya da bu şartları uygulamak istemedikleri takdirde, taraflara şekil hükümlerinin dayatılmasının, aslında hükümlerin düzenlenme amacının dışına çıkacağı savunulmaktadır. Burada şekil ile ilgili hükümlerin kanunun temel mantığı çerçevesinde değerlendirilmesi ve bu şekilde hükmün düzenlenme amacına

²⁸⁷ Fikret EREN, Borçlar Genel, s.304; M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ, a.g.e., s.154; Selahattin Sulhi TEKİNAY, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU ve Atilla ALTOP, a.g.e., s.103; Haluk Nami NOMER, a.g.e., s.110.

²⁸⁸ Adnan TUĞ, a.g.e., s.11; Hüseyin ALTAŞ, a.g.e., s.43; Arif Barış ÖZBİLEN, a.g.e., s.32.

²⁸⁹ Pakize Ezgi AKBULUT, a.g.e., s.90; Haluk Nami NOMER, a.g.e., s.112.

²⁹⁰ Pakize Ezgi AKBULUT, a.g.e., s.97.

uygun olarak kullanılması amaçlanmaktadır²⁹¹. Şekil hükümlerinin kendine özgü bir hükümsüzlük hali oluşturduğu kabul edildiğinde, usul hukuku açısından şekle aykırılığın ileri sürülmesi, yine kanundaki hükümlerin uygulamasında olduğu gibi bir itiraz oluşturacaktır. Bu itirazın bertaraf edilmesi için ise Türk Borçlar Kanunu'ndaki hükümsüzlük halinin de kendine özgü bir hükümsüzlük hali olarak yorumlanması gerekecektir²⁹².

4.1.2.2.2. Şekil Düzenlemelerinin Hüküm İçi Boşluk İhtiva Etmesi

Türk Medeni Kanunu'nun birinci maddesinin ikinci fıkrasında hukuk kurallarının nasıl oluşturulacağı ve hukukun temel kaynakları sayılmıştır. İlgili maddeye göre öncelikle kanun hükmüne, sonrasında örf ve adet hukukuna bakılacak, bu iki kaynaktan da uygun bir hüküm bulunmaması halinde ise hâkim kendisi kanun koyucu gibi hüküm yaratacaktır. Hükümden de anlaşılacağı üzere hukuk kuralları kanunlar, örf ve adet kuralları ile birlikte mahkeme içtihatları yoluyla oluşmaktadır²⁹³. Fakat kanunlardaki düzenlemeler bazen uygulamada boşluklar barındırabilirler²⁹⁴. Kanun boşluğu ile kast edilen, kanun hükümlerinin yorumlanması sonucunda, boşluk barındırdığı tespit edilen hükmün, ilgili olduğu her hukuki uyumsuzlukta uygulanabilir olmamasıdır²⁹⁵. Lafzen ya da hükmün amacına göre bir olaya uygulanacak herhangi bir hükmün bulunmaması, kanunun bir konuda suskun kalması halinde de yine kanun boşluğundan bahsedilecektir²⁹⁶. Bazı durumlarda da kanunda bir konuda düzenleme bulunmaktadır fakat bu düzenlemenin uygulanabilmesi için düzenleme dışındaki başka unsurlarla ilgili düzenlemenin tamamlanması gerekmektedir. Bu durumda da hüküm içi bir boşluktan bahsedilecektir²⁹⁷.

²⁹¹ Pakize Ezgi AKBULUT, a.g.e., s.92.

²⁹² Hüseyin ALTAŞ, a.g.e., s.271.

²⁹³ Mustafa DURAL ve Suat SARI, a.g.e., s.97; M. Kemal OĞUZMAN ve Nami BARLAS, a.g.e., s.42.

²⁹⁴ Karl LARENZ, Methodenlehre, s.258; Karl LARENZ ve Claus-Wilhelm CANARIS, a.g.e., s.265.

²⁹⁵ M. Kemal OĞUZMAN ve Nami BARLAS, a.g.e., s.97; Mustafa DURAL ve Suat SARI, a.g.e., s.136.

²⁹⁶ Jale AKİPEK, Turgut AKINTÜRK ve Derya ATEŞ, **Türk Medeni Hukuku: Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku "Medeni Hukuk"**, Birinci Cilt, 14. Baskı, Beta Yayınevi, Ankara, 2018, s.126.

²⁹⁷ Mustafa DURAL ve Suat SARI, a.g.e., s.138; Çiğdem KIRCA, a.g.e., s.93.

Konu açısından ise Türk hukukunda şekil ile ilgili düzenlemenin niteliği önem arz etmektedir. Türk hukukunda şekil ile ilgili genel düzenleme Türk Borçlar Kanunu'nun 12. maddesinde yapılmıştır. Bu maddede şekle aykırı sözleşmelerin hüküm doğurmayacağı düzenlenmiştir²⁹⁸. Fakat, sözleşme serbesitinin taraflara tanınması amacıyla, şekil serbestisinin de sağlanması gerekecektir. Daha önce de açıklandığı üzere, şekle aykırılığın genel bir şekilde kesin hükümsüzlük sonucunu oluşturması, şekil serbestisinin istisnası olacaktır²⁹⁹. Bu da uygulamada açık düzenlemeye karşılık hüküm için boşluk oluşturacaktır. Zaten, amaca uygun sınırlandırmanın gerçekleştirilebilmesi için de ilgili hükümde bir "hüküm içi boşluk" mevcut olmalıdır³⁰⁰. Hüküm içi boşluğun giderilmesi için ise kanun hükümlerinin yorumlanması gerekecektir. Kanun hükümleri yorumlanırken kanun koyucunun iradesi tespit edilecektir. Fakat bu iradenin tespiti sırasında, kanun koyucunun, kanunun yürürlüğe konulduğu zamandaki iradesi tespit edilecektir. Yani kanunun kaleme alındığı zamandaki iradeden bahsedilecektir ve bu şekilde ulaşılan yorum güncel durumlara her zaman cevap veremeyebilir³⁰¹. Dolayısıyla bu görüş ile esasen şekle aykırılığa yönelik sorunlara doğrudan bir çözüm önerisi getirilmemekte, şekil ile ilgili kanun hükümlerinin yorumlanması yoluyla, uygulamasının çerçevesi belirlenmeye çalışılmaktadır.

Yargıtay İçtihatları Birleştirme Genel Kurulu'nun çalışmanın konusu ile ilgili kararında³⁰² da, amaçsal sınırlandırma görüşü ile ilgili olarak bu noktada ilgi çekici bir değerlendirme yapılmaktadır. Yargıtay'ın kararına göre, şeklin amacının temelde tarafları korumak olduğu daha önce bu çalışma kapsamında da incelendiği üzere kabul edilmektedir³⁰³. Lakin ilgili kararda şeklin amacına vurgu yapılırken, burada sadece tarafların değil, kamunun da yararı olduğu ve bu sebeple şekil hükümlerinin düzenlendiği belirtilmiştir. Görüldüğü üzere kararda da esasen şekil hükümlerinin amacının sadece tarafların korunması değil, kamunun da yararı olduğu vurgulanmıştır. Dolayısıyla da şekil

²⁹⁸ Bu hükümsüzlüğün niteliği ile ilgili bkz. Bölüm 2.3.

²⁹⁹ Pakize Ezgi AKBULUT, a.g.e., s.265.

³⁰⁰ Karl LARENZ, Methodenlehre, s.284.

³⁰¹ Mesut Serdar ÇEKİN, a.g.e., s.646.

³⁰² YİBGK, E.1987/2, K.1988/2, T.30.09.1988 (erişim adresi:www.kazanci.com, erişim tarihi:13.08.2018)

³⁰³ Bkz. Bölüm 2.2.2.1.4.

hükümleri yorumlanırken, kanun koyucunun iradesi çerçevesinde kamu yararı dikkate alınmalıdır. Bu da şekil hükümlerinin geniş olarak düzenlenmesinde bir hüküm içi boşluk durumunun oluşmasından değil, fakat kamu düzeninin korunması saikinin mevcudiyetinden bahsedilmesi anlamına gelir.

Amaçsal sınırlandırma görüşü İsviçre ve Alman hukukunda da savunulmaktadır. İsviçre hukukundaki amaçsal sınırlandırma görüşü incelenirken, kanunda belirlenen şekle aykırılığın müeyyidesi olan geçersizlik aslında genel bir kesin hükümsüzlük hali olarak değerlendirilmemekte, bilakis kendine özgü bir hükümsüzlük halinden söz edilmektedir³⁰⁴. Kendine özgü hükümsüzlük ile kastedilen ise, tarafların şekle aykırılıktan doğan hükümsüzlüğe dayanarak talepte bulunmakta özgür olmalarıdır³⁰⁵. Bu sebeple de tarafların bu geçersizliği ileri sürmemeleri halinde taraf oldukları uyuşmazlıklarda re'sen uygulanması, şekil düzenlemelerinin amacına aykırı görülmektedir³⁰⁶. İsviçre hukukundaki bu teorik açıklama, Türk hukukundaki amaçsal sınırlandırma ile şekil hükümlerinin kapsamının belirlenmesini ileri süren görüş ile benzerdir³⁰⁷. Fakat İsviçre hukukundaki görüş, Türk hukukundakinin aksine hüküm içi bir boşluktan yola çıkmamakta, zaten şekil hükümlerinin müeyyidesini değiştirerek görüşü uygulamaktadır.

Alman hukukunda ise amaçsal sınırlandırma görüşü ilk olarak Karl Larenz tarafından ortaya atılmıştır³⁰⁸. Larenz şekle aykırı sözleşmelerin ifasını mümkün kabul etmekle birlikte, ifanın gerçekleşmesi halinde artık şekil ile ilgili hükümlerin amaçsal sınırlandırma yöntemi ile ele alınması gerektiğini savunmaktadır. Bu yöntem, şekil ile

³⁰⁴ Ingeborg SCHWENZER, **Basler Kommentar**, Art.11 OR, Kn.23 (erişim adresi:www.legalis.ch, erişim tarihi:16.07.2017); Peter GAUCH, Walter R. SCHLUEP, Jörg SCHMID ve Susan EMMENEGGER, a.g.e., Kn.558; Ingeborg SCHWENZER, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil "OR, AT"**, Stämpfli Verlag, 7. Baskı, Bern 2016, Kn.31.36.

³⁰⁵ Ingeborg SCHWENZER, **Basler Kommentar**, Art.11 OR, Kn.23 (erişim adresi:www.legalis.ch, erişim tarihi:16.07.2017).

³⁰⁶ Peter GAUCH, Walter R. SCHLUEP, Jörg SCHMID ve Susan EMMENEGGER, a.g.e., Kn.450.

³⁰⁷ Fikret EREN, Borçlar Genel, s.125; Haluk Nami NOMER, a.g.e., s.257; Pakize Ezgi AKBULUT, a.g.e., s.123.

³⁰⁸ Karl LARENZ, Methodenlehre, s.283.

ilgili hükümlerin kanunun amacı çerçevesinde sınırlandırılmasını, bu sınırlandırma çerçevesinde de artık hâkimin önüne gelen sözleşmeden kaynaklı uyuşmazlıklarda şekle ilişkin aykırılıkları taraflar ileri sürmedikçe araştırmamasını sağlamaktadır³⁰⁹. Fakat Alman Federal Mahkemesi, Yargıtay ile benzer şekilde, şekle aykırılığın hakkın kötüye kullanılması yasağı ile sınırlandırılması gerektiği görüşündedir ve bu şekilde incelemeler yaptığı kararları mevcuttur³¹⁰. Alman hukukunda, amaçsal sınırlandırma görüşü açıklanırken de Federal Mahkeme'nin bu görüşü yadsınmamış; bilakis mahkemenin, şekil ile ilgili kanun hükmünün uygulama alanının daraltılmasında §242 BGB hükmünden yola çıktığı ileri sürülmüştür³¹¹. Bu da esasen amaçsal sınırlandırma yöntemini kabul eden yazarların dahi, şekle aykırı sözleşmelerde gerçekleştirilen ifaları öncelikle *-somut olayda dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı ile-* inceledikten sonra, şekil hükümlerinin uygulama alanının sınırlandırılmasını kabul ettiklerini göstermektedir. Yani doğrudan şekil ile ilgili düzenlemeler yorumlanmamakta, kanundaki genel ilke çerçevesinde öncelikle bir değerlendirme yapıp, sonrasında hükmün yorumuna geçilmektedir. Bu da doğrudan hüküm içerisinde bir boşluk tespiti yapılmadığını, aksine mevcut düzenlemeler ile uyuşmazlıkların çözümünün mümkün olduğunu göstermektedir.

4.1.2.3. Amaçsal Sınırlandırma Görüşünün Sonuçları

Türk Borçlar Kanunu'ndaki şekil hükümlerinin uygulama alanı yorum yoluyla daraltılırken, hükmün çizdiği sınırların genişletilmemesi ve kanunun esas amacından uzaklaşmaması gereklidir. Zira amaçsal sınırlandırma yapılırken hükmün uygulama alanı daraltılarak, kanun koyucunun iradesi, hâkim tarafından yorum yoluyla ortadan kaldırılmış olacaktır³¹². Burada hükmün uygulama alanı daraltılırken kanunun kendi

³⁰⁹ Karl LARENZ, Methodenlehre, s.284; Karl LARENZ ve Claus-Wilhelm CANARIS, a.g.e., s.216; Karl LARENZ, Schuldrecht, s.150; Manfred WOLF ve Jörg NEUNER, a.g.e., s.521; Detlef LEENEN, **BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre**, 2. Baskı, De Gruyter Verlag, Berlin, 2015, s.200.

³¹⁰ NJW, 2017, 3772; NJW, 2016, 311; NJW, 2008, 365; NJW, 1983, 563; NJW, 1980, 451 (erişim adresi: www.beck-online.de, erişim tarihi: 12.10.2018)

³¹¹ Karl LARENZ, Methodenlehre, s.284 vd.; Karl LARENZ ve Claus-Wilhelm CANARIS, a.g.e., *Methodenlehre*, s.215.

³¹² Markus WÜRDINGER, **Das Ziel der Gesetzesauslegung – ein juristischer Klassiker und Kernstreit der Methodenlehre**, Juristische Schulung (JuS) 2016, 1, erişim adresi: beck-online.de, N.7.

iradesinin doğacağı kabul edilmektedir. Fakat kanun koyucunun esas iradesi tamamen görmezden gelinmekte, kanunun düzenleniş amaçları bir kenara bırakılmaktadır. Uyuşmazlığı çözmekle görevli hakimler, kanun koyucunun yerine geçmektedir. Hâkimin kanun koyucu yerine geçerek uyuşmazlığı çözmesi kanunda istisnai bir yöntem olarak düzenlenmiştir. Amaçsal sınırlandırma ile bu istisnai yönetime, yasama ile yargı arasındaki ayrımın belirli olay grupları açısından ortadan kaldırılması ile süreklilik kazandırılmaktadır. Bu durum hukuk güvenliği ilkesini tehlikeye atabilecektir³¹³. Zira kanun koyucu şekil ile ilgili şartları belirlerken bazı sözleşmelerin hukuki güvenceye alınması ve bu çerçevede belirli sınırlar içerisinde hareket edilmesini tercih etmiştir. Dolayısıyla burada amaçsal sınırlandırma yoluna gidilirken olaydaki adaletin sağlanması amacıyla; hukuk güvenliği, hukukun uygulanmasının öngörülebilirliği ve kanun koyucunun temel iradesi gibi unsurlar ikinci plana atılmaktadır³¹⁴.

Yukarıdaki eleştirilere karşılık olarak ise kanunda açık ifade olan hallerde dahi uygulamada planlanmamış boşluklar doğabileceği ileri sürülmektedir. Aslında kanunun iradesi dışına çıkılmadığı, bilakis kanun koyucunun iradesinin tespit edildiği savunulmaktadır³¹⁵. Fakat amaçsal sınırlandırma yönteminin uygulanmasını savunan görüş ile asıl amaçlanan şekle aykırı bir sözleşmenin taraflarca ya da bir tarafça ifa edilmesi halinde ortaya çıkabilecek sonuçları bir uyuşmazlık oluşturmaksızın çözmektir. Bu amaca karşılık bir uyuşmazlık oluşsa dahi, hakim olay üzerindeki incelemelerinin, şekil hükümleri üzerinden re'sen gerçekleştirilmesinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Temel bir yöntem oluşturularak, kanunda açıklanan esas irade tespit edilecek ve bu iradeye süreklilik kazandırılarak hukuk güvenliği sağlanacaktır³¹⁶. İsviçre Hukuku'nda da günümüzde şekle aykırı sözleşmelerin ifası halinde amaçsal sınırlandırma yolunu kullanarak sonuca varılmasının, daha uygun ve sürekli sonuçlar oluşturacağını

³¹³ Markus WÜRDINGER, a.g.e., N.8.

³¹⁴ Heinrich HONSELL, **Rechtsmißbrauch und teleologische Reduktion unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Rechts** ("Teleologische Reduktion"), FS Mayer-Maly, Viyana, 1996, s.14.

³¹⁵ Mesut Serdar ÇEKİN, a.g.e., s.647.

³¹⁶ Pakize Ezgi AKBULUT, a.g.e., s.92.

düşünen yazarlar mevcuttur³¹⁷. Buna karşılık konu Türk Borçlar Kanunu açısından incelendiğinde, şekil hükümlerinin ve şekle aykırılığın müeyyidesinin açık şekilde düzenlendiği görülecektir. Daha önce de incelendiği üzere, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun madde gerekçelerinde, şekli düzenleyen 12. maddeye ilişkin olarak, “*Aynı fıkranın son cümlesinde de (ikinci fıkra kastedilmekte), öngörülen şekle uyulmadan kurulan sözleşmelerin kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlı olduğu açıklanmıştır*”³¹⁸.” ifadesi kullanılmıştır. Ayrıca 6098 sayılı kanun ile ilgili TBMM adalet komisyonu raporlarında da şekle aykırılığın müeyyidelerinin hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde sınırlandırılacağı açık bir şekilde ifade edilmiştir³¹⁹. Ayrıca, Türk hukukundaki diğer düzenlemeler de dikkate alındığında, kanun koyucunun düzenlemenin amacına göre sınırlama yaptığı örnekler de bulunabilecektir. Örnek olarak, Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik³²⁰’in 6. maddesinde belirlenen şekil şartı dikkate alınabilecektir. İlgili düzenlemede ön ödemeli konut satışları yazılı şekil şartına bağlandıktan sonra, şekle aykırı olarak kurulan sözleşmelerde, bu şekle aykırılığa satıcının dayanamayacağı düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere kanun koyucu, genel bir düzenleme yapmak istemediği hallerde, özel olarak amaç tespiti yapmakta ve şekle aykırılığa kimin dayanabileceğini düzenlemektedir.

Kanun koyucunun iradesinin şekle aykırılık halinde kesin hükümsüzlük olduğu daha önce de açıklanmıştı³²¹. Dolayısıyla, şekle aykırı kurulan sözleşmeye dayanılarak ifade bulunulması halinde, şekle aykırılığı düzenleyen hükümlerin uygulanmayacağına kabul edilmesi, kanun hükümleri ile çelişen sonuçlar oluşturacaktır. Kanun maddelerinin yorumlanmasında bütün yorum metotları birlikte ve kanun hükmüne uygulanabilir olacak

³¹⁷ Heinrich HONSELL, Teleologische Reduktion, s.13.

³¹⁸ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499), erişim adresi: <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf> (erişim tarihi: 07.08.2018), s.29.

³¹⁹ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499), erişim adresi: <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf> (erişim tarihi: 07.08.2018), s.275.

³²⁰ Resmi Gazete, Tarih:27.11.2014, Sayı:29188.

³²¹ Bkz. Bölüm 2.3.5.2.

şekilde kullanılmalıdır³²². Amaçsal sınırlandırma yapılırken de diğer yorum yöntemleri dikkate alınmaksızın doğrudan hükmün amacı çerçevesinde hareket edilmemelidir³²³.

Dikkat edilmesi gereken bir diğer konu da amaçsal sınırlandırma görüşü açısından Alman hukuku ile Türk hukuku arasında kanuni düzenlemelerde farkların bulunmasıdır. Alman hukukunda BGB içerisinde *iyileştirme (Heilung)* olarak tanımlanan hukuki kurum, şekle aykırı kurulan bir sözleşmenin taraflarca ifa edilmesi ve uygulamada tapu sicili gibi aleni kayıtlarda da işlenmesi halinde artık sözleşmenin hukuken geçersizliğinden değil, geçerli hale gelmesinden bahsedileceğini kabul etmektedir³²⁴. Görüldüğü üzere Alman hukukunda şekle aykırı sözleşmelerin ifa ya da tarafların olumlu hareketleri ile düzeltilmesi yönelik bir hüküm halihazırda zaten mevcuttur. Fakat Türk ve İsviçre hukukunda bu durum benzer şekilde açıkça düzenlenmemiştir. Bu sebeple de Türk Borçlar Kanunu'nun düzenlemeleri bir bütün olarak incelendiğinde, BGB'den bu noktada ayrılmaktadır³²⁵.

Şekil hükümlerinin, amaçsal sınırlandırma ile uygulama alanının daraltılmasına muhtaç şekilde geniş olarak düzenlendiği kabul edilse bile, kanun maddeleri uygulamada zaten TMK m.2 çerçevesinde incelenmektedirler³²⁶. Bu da esasen hükmün doğrudan uygulanmadığını, genel ilkelere uygun olarak taleplere konu olmaları halinde sonuç doğuracaklarını göstermektedir. Hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olarak

³²² Karl LARENZ, Methodenlehre, s.165; Karl LARENZ ve Claus-Wilhelm CANARIS, a.g.e., s.152; Petra POHLMAN, Formbedürftigkeit und Heilung der Aufhebung eines Grundstückskaufvertrages, DNotZ 1993, 355, Kn.362, erişim adresi:beck-online.de (erişim tarihi: 04.09.2017)

³²³ Petra POHLMAN, a.g.m., Kn.363.

³²⁴ Otto PALANDT, Palandt Kommentar, s.502-503.

³²⁵ Ek olarak Avusturya hukukunda ise amaçsal sınırlandırmanın doğrudan kanun hükmünün geniş olarak düzenlendiği her yerde uygulanabileceği, aslında zaten amaçsal sınırlandırmanın temel kullanım alanının bu olduğu kabul edilmektedir. Fakat yine Avusturya hukukunda paralel olarak ifanın düzeltici etkisi ayrı bir hükümlerle düzenlenmiş, ifa yoluyla sadece şekle aykırılık dolayısıyla geçersiz sözleşmelerin değil, zamanaşımına uğramış taleplerin de artık geçerlilik kazanacağı kabul edilmiştir (Helmut KOZIOL, Rudolf WELSER ve Andreas KLETEČKA, **Grundriss des bürgerlichen Rechts**, Cilt:1, 14. Baskı, Manzsche Verlag, Viyana, 2014, s.35).

³²⁶ Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s.325.

ortaya çıkan taleplerin dinlenmesi, şekle aykırılık açısından da genel kural olarak mümkün değildir. Bu durumun daha iyi anlaşılabilmesi açısından da hakkın kötüye kullanılması yasağının incelenmesi gereklidir.

4.1.3. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı Görüşü

4.1.3.1.Genel Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı

Türk hukukunda hakkın kötüye kullanılması yasağı, dürüstlük kuralı ile birlikte, genel bir ilke olarak düzenlenmiştir³²⁷. Bu düzenleme şekli, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağını, doktrindeki tam ifadesi ile “*bir madalyonun iki yüzü*” haline getirmektedir³²⁸. Türk Medeni Kanunu’nun ikinci maddesinde düzenlenmiş olan dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, gerçekten de aynı ilkenin iki farklı görünüş biçimidir³²⁹. Bir yanda dürüstlük kuralı ile Türk Medeni Kanunu bir hukuki ilişkide tarafların nasıl hareket etmeleri gerektiğini düzenlerken, diğer yandan ikinci fıkrada belirlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı ile bir hakkın kullanımındaki genel sınırları çizmektedir³³⁰.

Dürüstlük kuralı, herkesin uyması gereken genel ve objektif davranış kurallarını benimserken³³¹ ölçüt olarak namuslu, dürüst ve makul bir insandan beklenecek davranışı kabul etmektedir³³². Böyle bir düzenleme getirilmesinin sebebi, bir üst norm belirleyerek

³²⁷ Nami BARLAS, **Alman Hukukunda Dürüstlük Kuralı**, Prof. Dr. Türkan Rado’ya Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1997/3, İstanbul, 1997, s.191

³²⁸ M. Kemal OĞUZMAN ve Nami BARLAS, a.g.e., s.288; Jale AKİPEK, Turgut AKINTÜRK ve Derya ATEŞ, Medeni Hukuk, s.186.

³²⁹ Fatma ALASLAN, **Medeni Hukuk’da Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 2, Ekim 2016, Sayfa: 413.

³³⁰ Şener AKYOL, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s.6; M. Kemal OĞUZMAN ve Nami BARLAS, a.g.e., s.287; Jale AKİPEK, Turgut AKINTÜRK ve Derya ATEŞ, Medeni Hukuk, s.188; Halil AKKANAT, **Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması**, Filiz Kitabevi, İstanbul, s.106.

³³¹ Mustafa DURAL ve Suat SARI, a.g.e., s.244.

³³² M. Kemal OĞUZMAN ve Nami BARLAS, a.g.e., s.288.

bütün işlemlerde buna uygun hareket edilmesinin sağlanması iken³³³, ayrıca kıta Avrupası hukuk sistemini benimseyen Türk hukukunda her ne kadar bütün ihtimaller kanunlarda düzenlenmeye çalışılsa da bunun teknik olarak mümkün olmadığı bilinmesi olabilecektir³³⁴. Dolayısıyla genel ilke niteliği taşıyan bir düzenleme tercih edilmiştir³³⁵. Bu sayede hukuk sisteminin gelişen toplum düzeninde ortaya çıkabilecek yeni ihtiyaçlara cevap verebilmesi, kanunda bir hususun düzenlenmemiş olması ya da hakkaniyeti tam anlamıyla sağlamaması ihtimallerinde, yeni hüküm düzenlenmesine ihtiyaç duyulmaksızın kanunun uygulanması sağlanacaktır³³⁶. Zaten dürüstlük kuralı ve aynı şekilde hakkın kötüye kullanılması yasağı sadece özel hukukta değil, sınırlı da olsa İdare Hukuku, Vergi Hukuku ve Anayasa Hukuku gibi kamu hukukuna dair alanlarda da kullanılmaktadır³³⁷. Bu açıdan dürüstlük kuralı bir özel hukuk ilkesi olarak değil, genel bir hukuk ilkesi olarak düzenlenmiştir³³⁸.

İsviçre Medeni Kanunu'nda, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı düzenleniş ve kaleme alınış şekli açısından Türk hukukundaki düzenleme ile benzerlik göstermektedir³³⁹. İsviçre Medeni Kanunu'nda da dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, kanunun 2. maddesinde iki parçalı olarak tek bir hüküm altında düzenlemiştir. Buna karşılık Alman Kanun Koyucusu §242 BGB'de "*Treu und Glauben*" hükmü altında genel olarak dürüstlük kuralını, §226 BGB "*Schikaneverbot*" hükmü ile de hakkın kötüye kullanılması yasağını düzenlemiştir³⁴⁰. Fakat §226 BGB hükmü aslında tam anlamıyla hakkın kötüye kullanılması yasağına dair bir düzenleme

³³³ Nami BARLAS, a.g.m., s.193.

³³⁴ Ahmet KILIÇOĞLU, **Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:38, Sayı:1, Ankara 1981, s.213

³³⁵ Şener AKYOL, a.g.e., s.6.

³³⁶ M. Kemal OĞUZMAN ve Nami BARLAS, a.g.e., s.289; Mustafa DURAL ve Suat SARI, a.g.e., s.256; Jale AKİPEK, Turgut AKINTÜRK ve Derya ATEŞ, Medeni Hukuk, s.171.

³³⁷ Dirk OLZEN ve Dirk LOOSCHELDERS, **Staudinger Kommentar, BGB**, de Gruyter Verlag, Berlin 2015, (erişim adresi:www.juris.de, erişim tarihi:03.08.2017), § 242, Kn.1141.

³³⁸ Dirk LOOSCHELDERS, **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 14. Baskı, Vahlen Verlag, Münih 2016, s.28; Şener AKYOL, a.g.e., s.5.

³³⁹ Nami BARLAS, a.g.m., s.191.

³⁴⁰ Şener AKYOL, a.g.e., s.4; Nami BARLAS, a.g.e., s.193-194.

değildir. Alman hukukundaki uygulamalarda, hakkın kötüye kullanılması yasağını teşkil eden durumlarda yine §242 BGB düzenlemesi esas alınmaktadır³⁴¹. Yani dürüstlük kuralı daha sıklıkla kullanılmaktadır³⁴².

4.1.3.2.Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı Oluşturan Olay Grupları

Hakkın kötüye kullanılması yasağı, genel bir ilke olarak düzenlenmiştir. Bu sebeple de uygulama şartları, olay grupları şeklinde incelenecektir. Fakat yine de olay grupları, hakkın kötüye kullanımına verilebilecek tipik örnekleri oluşturmaktadır. Her uyuşmazlıkta hâkim, özel olarak hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı bir durumun mevcudiyetini, bu olay gruplarından birine uygun olup olmadığına bağlı olmaksızın, re'sen tespit etmek durumundadır³⁴³.

4.1.3.2.1. Hakkın Kullanılmasında Meşru Bir Menfaat Bulunmaması

Hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin ilk incelenecek örnek, hakkın kullanılmasında meşru bir menfaat bulunmadığı hallerdir. Taraflardan birisi, hukuki bir hakkını herhangi bir meşru menfaati olmaksızın kullanıyorsa ve bu hakkını kullanması yüzünden bir başka kişinin hakkını ihlal ediyorsa, hakkın kötüye kullanılması yasağı söz konusudur³⁴⁴. Bunun en tipik örneği mülkiyet hakkının kötüye kullanılmasıdır. Bir kişi kendi mülkiyeti içerisinde bulunan bir arazide kendi işine aslında yaramayacak ama komşu arazilerin görüşünü ya da geçişini engelleyen bir duvar inşa ederse; bu duvar herhangi bir şekilde hak sahibine menfaat sağlamayacağından, hakkın kötüye kullanılması söz konusu olur³⁴⁵.

³⁴¹ Heinrich HONSELL, Teleologische Reduktion, s.1.

³⁴² Norbert HORN, **Ein Jahrhundert Bürgerliches Gesetzbuch**, NJW 2000, 40 (erişim adresi:www.beck-online.de, erişim tarihi:15.10.2018), Kn.44-45.

³⁴³ M. Kemal OĞUZMAN ve Nami BARLAS, a.g.e., s.284; Jale AKİPEK, Turgut AKINTÜRK ve Derya ATEŞ, Medeni Hukuk, s.173; **YİBGK**, 3.11.1980, E.1980/3, K.1980/2, erişim adresi:www.kazanci.com (erişim tarihi: 07.10.2017).

³⁴⁴ M. Kemal OĞUZMAN ve Nami BARLAS, a.g.e., s.275.

³⁴⁵ M. Kemal OĞUZMAN ve Nami BARLAS, a.g.e., s.276; Mustafa DURAL ve Suat SARI, a.g.e., s.257.

Bir başka örnek ise, maliki olduğu evde herhangi bir geçerli kira sözleşmesi olmaksızın kiracı bulunduran ev sahibi ile kiracı arasındaki durumdur. Geçersiz kira sözleşmesiyle mukim kiracıyı, sadece geçerli bir kira sözleşmesi kurmak amacı ve vaadiyle yerinden çıkartmak isteyen ve bu amaçla müdahalenin önlenmesi yoluna başvuran malikin bu hareketi hakkın kötüye kullanılmasına bir örnektir. Çünkü malik, hâlihazırda sözleşme düzenleyerek bu hakkını kullanabilecekken, başka bir hukuki kurum üzerinden hareket ederek bu hakkını kullanmakta gecikmiştir. Ayrıca malikin başka bir hukuki kurum kullanarak sözleşme yapmaktan kaçınmasında herhangi bir menfaati bulunmamaktadır³⁴⁶. Dolayısıyla da burada aslında ev sahibi bir hakkını değil, hukuki bir kurumu kötüye kullanmaktadır. Hukuki kurumların kötüye kullanılması da hakkın kötüye kullanılması yasağının bir görünüşünü oluşturmaktadır³⁴⁷.

Herhangi bir menfaat bulunmaksızın hakkın kötüye kullanımına bir başka örnek ise Yargıtay'ın bir kararına konu olmuştur³⁴⁸. Karara konu uyuşmazlıkta, bir arsaya paydaş olan maliklerden biri, arsa üzerindeki diğer payların satışında değerlerinin düşmesi ve o payları da alabilmesi amacıyla kendi payı üzerinde yüklü miktarda bir intifa hakkını bir tanıdığına tesis etmiştir. Herhangi bir hukuki menfaat olmamasına karşılık bu intifa hakkını kurarak arsanın genel değerinin düşmesini amaçlayan paydaş, bu yolla diğer payları düşük fiyatlarla satın almayı amaçlamaktadır. Burada her ne kadar muvazaa dolayısıyla ilgili intifa hakkının iptali talep edilmiş ise de, Yargıtay olayda intifa hakkı kuran tarafın bu intifa hakkını kurmada herhangi bir menfaati bulunmadığını ve bunun da bir hakkın kötüye kullanılması durumu oluşturduğunu belirterek ilgili intifa hakkının kaldırılmasına karar vermiştir.

Kısacası yukarıdaki örneklerde de görüleceği üzere bir hakkın ya da hukuki kurumun kullanılmasında şayet hak sahibinin herhangi bir menfaati bulunmamakta ise bu

³⁴⁶ Mustafa DURAL ve Suat SARI, a.g.e., s.258.

³⁴⁷ Necip KOÇAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s.507.

³⁴⁸ **Yargıtay 14. HD**, 6.7.2005, E.2005/5514, K.2005/6897, erişim adresi:www.kazanci.com (erişim tarihi: 07.10.2017).

hakkın kullanımı doğrudan hakkın kötüye kullanılmasının tipik bir örneğini oluşturmaktadır.

4.1.3.2.2. Hakkın Kullanılmasındaki Menfaat ile Başkasının Uğrayacağı Zarar Arasında Aşırı Orantısızlık Bulunması

Hakkın kötüye kullanılması hallerinden bir diğeri, kişinin hakkını kullanırken elde edeceği menfaat ile bu hakkını kullanırken bir başkasına vereceği zarar arasında açık bir şekilde orantısızlık bulunduğu hallerdir³⁴⁹. Bir kişi hakkını kullanırken özgür bir çerçevede hakkın ona vermiş olduğu yetkileri kullanabilir³⁵⁰. Fakat hakkın kullanımı, özellikle hukuki ilişkinin diğer tarafına ya da üçüncü bir kişiye zarar verecekse artık bir kötüye kullanım söz konusu olabilmektedir³⁵¹.

Yargıtay kararına konu olan bir uyuşmazlıkta kendi taşınmazının satışı için vekâlet veren mal sahibi, taşınmazın satışı ile ilgilenen kişiye güvenmiş ve bunun sonucunda da vekilin bulmuş olduğu alıcılara taşınmazının satışını onaylamıştır³⁵². Vekil bu satım sırasında gerek maliki yeteri kadar bilgilendirmeyerek, gerekse de satım ile ilgili ücretlerin ödenmesi konusunda alıcıların hileli hareket etmesine karşın satıcıyı ikna ederek vekâlet görevini kötüye kullanmıştır. Burada önemli olan ise, vekilin bu satış sırasında alıcı tarafın menfaatine hareket ederek satım bedellerini çok düşük göstermiş olması ve bu şekilde alıcıların doğacak yan giderlerden oluşacak kaybını asgari seviyeye indirmeye çalışmasıdır. Yargıtay 1. Hukuk Dairesi olayı incelerken fiyat farklarının, bir tarafın yüksek kâr elde etmesini sağladığını ve muvazaalı işlemler yoluyla hem kamunun hem de satıcının zarara uğratıldığını tespit etmiştir. Buradaki yüksek fiyat farklarının vekilin yetkisini kullanırken hareket ediş şekli sebebiyle ciddi bir orantısızlık oluşturduğunu, bunun da kötü niyetli hareket şeklinde değerlendirilmesi gerektiğini

³⁴⁹ Şener AKYOL, a.g.e., s.106.

³⁵⁰ Ahmet KILIÇOĞLU, a.g.m., s.213

³⁵¹ M. Kemal OĞUZMAN ve Nami BARLAS, a.g.e., s.275; Mustafa DURAL ve Suat SARI, a.g.e., s.258.

³⁵² **Yargıtay 1.HD**, 24.5.2005, E.2005/4876, K.2005/6406, erişim adresi:www.kazanci.com (erişim tarihi: 07.10.2017).

belirtmiştir. Fakat mahkemenin kötü niyet ile belirttiği kurum, aslında vekilin kendisine verilen temsil hakkını kötüye kullanmasından ibarettir.

Görüldüğü üzere bir kişi satım hakkını kullanırken de bedelleri düşük göstermek suretiyle kazanç elde edebilir, bu hakkını kullanırken de (bu kişi vekil dahi olsa) üçüncü kişileri yüksek zararlara uğratabilir. Yargıtay da somut olaydaki incelemesini hakkın kötüye kullanımı üzerinden gerçekleştirmiştir.

4.1.3.2.3. Çelişkili Davranışta Bulunulması

Kişilerden hukuki işlemlere başladıkları sırada; daha önceki bütün davranışlarına ya da söylemiş oldukları sözlere tamamen tutarlı şekilde hareket etmelerini beklemek, onlara ağır bir sorumluluk getireceği gibi, hareket serbestilerini de kısıtlayarak, kişilik hakkının sınırlanması gibi ağır sonuçlar doğurabilir³⁵³. Esas mesele, kişilerin tam anlamıyla önceki bütün davranışlarıyla tutarlı olarak hareket edip etmedikleri değildir. Bir hukuki ilişki çerçevesinde, başka bir kişi üzerinde korunmaya layık ve esaslı bir güven uyandırdıktan sonra bu güven ile çelişkiye düşecek, özellikle bu güveni boşa çıkartacak bir davranışta bulunmaktan kaçınma yükümlülüğü altına girilir³⁵⁴. Böyle bir davranıştan bahsedebilmemiz için; kusurun mevcudiyeti, karşı tarafta yaratılan güvenin korunmaya değer olması, etik olarak kabul edilemez bir çelişkinin bulunması, taraflar arasındaki menfaat dengesinin açıkça sarsılması ve güvenen kişinin iyiniyetli olması unsurlarının olayda bulunması gerekecektir³⁵⁵.

Çelişkili davranışı kısa bir örnekle açıklamak gerekirse bir kişi, bir başka kişiden elde edeceği bir alacağını talep etmediğini ve bunu dava ile de takip etmeyeceğini

³⁵³ Şener AKYOL, a.g.e., s.57.

³⁵⁴ M. Kemal OĞUZMAN ve Nami BARLAS, a.g.e., s.280; Mustafa DURAL ve Suat SARI, a.g.e., s.259.

³⁵⁵ Şener AKYOL, a.g.e., s.60; Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s.321.

belirttikten sonra herhangi bir hukuki işlem yapmayıp, aradan uzunca bir süre geçtikten sonra bu alacağını talep ederse, bu durum çelişkili davranışa bir örnek oluşturacaktır³⁵⁶.

Yargıtay bir kararında sözleşme ile belirlenen cezai şartın çelişkili davranış oluşturacak şekilde kullanılmasının hakkın kötüye kullanılması olduğuna hükmetmiştir³⁵⁷. Bu sebeple de cezai şarta dayanarak gerçekleştirilen talepleri reddetmiştir. Yine Yargıtay önüne gelen bir başka uyuşmazlıkta³⁵⁸ taraflardan biri bir taşınmazı devrederken bu taşınmazın tapu sicilindeki kaydına geri alım (*vefa*) hakkı şerh ettirmek istemiştir. Her ne kadar taraflar bu konuda anlaşmış olsalar ve anlaşma çerçevesinde bir taraf diğerine taşınmazı bu vefa hakkına güvenerek teslim etmiş olsa da geri alım hakkını kullanmak isteyen satıcı bu hakkı doğduğu sırada ilk alıcıya hakkı kullanmak üzere başvurmuştur. Fakat bunun sonucunda taşınmazı devralan kişi ilgili şerhin şekle aykırı olarak hazırlanan bir sözleşme ile hak olarak satıcıya tanındığını, bu sebeple de artık geri alım hakkını kullanamayacağını ileri sürmüştür. Yargıtay somut olayı incelemesinde tarafların şekle aykırı sözleşmelerle bağlı olmadıklarını kabul etmesine karşılık, bir taraf diğer tarafı yanıltıcı şekilde ve çelişkili hareketlerle bir sözleşmeyi şekle aykırı olarak imzalamaya itiyorsa bu durumda hakkın kötüye kullanılması yasağının oluşacağını tespit etmiştir. Bu tespitte bulunurken aynı zamanda hakkın kötüye kullanılması yasağının sadece çok sınırlı ve şekle aykırılığın doğrudan hakkın kötüye kullanımını oluşturacağı hallerde ileri sürülebileceğini de belirtmiştir. Çelişkili davranışta bulunma yasağı, şekle aykırı sözleşmelerin ifa sonucu geçerliymiş gibi kullanılabilmesinde Yargıtay'ın doğrudan kabul ettiği durumlardan birini oluşturmaktadır.

³⁵⁶ **YHGK**, 25.11.1980, E.1980/3905, K.1980/5629, erişim adresi:www.kazanci.com (erişim tarihi: 07.10.2017).

³⁵⁷ **YHGK**, 16.1.2013, E.2012/19-670, K.2013/171, erişim adresi:www.kazanci.com (erişim tarihi: 07.10.2017).

³⁵⁸ **Yargıtay 14.HD**, 22.11.2005, E.2005/9863, K.2005/10236, erişim adresi:www.kazanci.com (erişim tarihi: 07.10.2017).

Görüldüğü üzere bir hukuki ilişki çerçevesinde karşı tarafta güven oluşturan kişi, bu güvenle çelişen taleplerde bulunursa, ilgili talepler bir hakka dayansa dahi artık hakkın kötüye kullanılması durumunu oluşturacaktır.

4.1.3.3.Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Sonuçları

Bir hakkın kötüye kullanılması durumunda hakkı kötüye kullanan tarafın nasıl bir yaptırımla karşılaşacağı “*hakkın kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz*” ifadesi ile TMK m.2 f.2’de açıklanmıştır. Fakat bu genel prensibin uygulama şekli hakkında detaylı bir düzenleme yapılmamıştır.

Hakkın kötüye kullanılması halinde kanun metninden de açığa çıkabilecek ilk anlam, bu hakka dayanılarak ileri sürülen taleplerin ve savunmaların değerlendirilmeyeceğidir³⁵⁹. Bir görüşe göre herhangi bir hakkın kötüye kullanılması halinde bu durumun dikkate alınması ve hakkın kullanımının engellenmesi için bir başkasının zarara uğraması, ya da bir zarar doğmasının olasılık dahilinde olması şartı aranmalıdır³⁶⁰.

Bunun aksine olan görüş ise hakkın kötüye kullanılması kurumunun düzenlenme şekline ve uygulanış biçimine daha çok önem vermektedir. Bu görüşe göre, bir hakkı kötüye kullanan tarafın bu hakkı, herhangi bir zarar söz konusu olmasa dahi korunmamalıdır³⁶¹. Hakkın kötüye kullanılması kurumunun bir olayda mevcut olup olmadığının tespiti hâkimin re’sen gerçekleştirmesi gereken bir denetimdir. Taraflardan herhangi biri bunu ileri sürmese dahi bu denetim gerçekleştirilmeli, olayda hakkın kötüye kullanımının mevcut olduğunun tespiti halinde de buna göre talepler ve savunmalar

³⁵⁹ M. Kemal OĞUZMAN ve Nami BARLAS, a.g.e., s.285; Mustafa DURAL ve Suat SARI, a.g.e., s.261; Şener AKYOL, a.g.e., s.120.

³⁶⁰ Jale AKİPEK, Turgut AKINTÜRK ve Derya ATEŞ, Medeni Hukuk, s.189.

³⁶¹ M. Kemal OĞUZMAN ve Nami BARLAS, a.g.e., s.285.

dikkate alınmalıdır³⁶². Bu durum da dikkate alındığı zaman, hâkimin olayda esas inceleyeceği noktanın bir zararın doğup doğmayacağı değil; hukuk güvenliği ilkesi çerçevesinde haklarını kullanan tarafların bu haklarını kullanırken herhangi bir kötüye kullanımda bulunup bulunmadıklarıdır.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu da 1951 tarihli bir kararında bu olguyu kabul etmiştir³⁶³. İlgili karara göre hakkın kötüye kullanılması, dürüstlük kuralına aykırılık ve kötünîyet iddiaları mahkemenin her aşamasında ileri sürülebilecektir. Ayrıca bu olgular hâkim tarafından da re'sen mahkemenin her aşamasında göz önüne alınabilecek, bu olgu çerçevesinde olumlu ya da olumsuz karar alınabilecektir. Ayrıca bu durum kişiye dava açma hakkı elde etmesini de sağlayacak, bu sayede hakkın kötüye kullanılması yasağı sadece pasif değil, aktif olarak da korunacaktır.

Bununla bağlantılı olarak da hâkim önüne gelen olayda hakkın kötüye kullanılması olduğunu tespit edecek, şayet mevcutsa bu hak çerçevesinde ileri sürülen talepleri ve savunmaları dikkate almayacaktır³⁶⁴. Ayrıca, bir hakkın kötüye kullanılması sonucunda zarara uğrayan taraf, her zaman bu zararının tazmini talebinde bulunabilecektir³⁶⁵. Zarara uğradığını ileri süren taraf, bu zararının tespiti için menfî tespit davası açabileceği gibi zararının tazmini için maddi/manevi tazminat davaları açabilecek ve hatta hâkimin sözleşmeye müdahale etmesini dava ile talep edebilecektir³⁶⁶.

³⁶² Şener AKYOL, a.g.e., s.127; M. Kemal OĞUZMAN ve Nami BARLAS, a.g.e., s.286; Mustafa DURAL ve Suat SARI, a.g.e., s.262; Jale AKİPEK, Turgut AKINTÜRK ve Derya ATEŞ, Medeni Hukuk, s.192; **YİBGK**, 30.9.1980, E.1987/2, K.1988/2, erişim adresi:www.kazanci.com (erişim tarihi: 07.10.2017).

³⁶³ **YİBGK**, 14.2.1951, E.1949/17, K.1951/1, erişim adresi:www.kazanci.com (erişim tarihi: 07.10.2017).

³⁶⁴ Hakan PEKCANITEZ, Oğuz ATALAY, Muhammet ÖZEKES, **Medeni Usul Hukuku**, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s.196; Güray ERDÖNMEZ, **Pekcantez Usul Medeni Usul Hukuku**, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s.912; Süha TANRIVER, **Medeni Usul Hukuku**, Cilt 1, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s.423.

³⁶⁵ Mustafa DURAL ve Suat SARI, a.g.e., s.261.

³⁶⁶ Şener AKYOL, a.g.e., s.124 vd.

Hakkın kötüye kullanılması yasağının ne şekilde uygulanacağı, özellikle şekle aykırı olarak kurulan sözleşmelerden doğan talepler açısından önem arz etmektedir³⁶⁷. Zira, kural olarak, şekle aykırı bir sözleşmelerin kesin hükümsüzlük ile batıl olmasından ötürü³⁶⁸ her zaman ileri sürülebilecektir. Şekle aykırılığın tespit edilmesi halinde ise, geçersiz sözleşmeye dayanarak gerçekleştirilen ifalar, sebep unsurundan yoksun kalacaklardır³⁶⁹. Bu durumda da, gerçekleştirilen ifaların, taşınmaz satımını konu edinen sözleşmeler açısından sebepsiz zenginleşme çerçevesinde ele alınmasını gerekecektir³⁷⁰. Sebepsiz zenginleşme düzenlemeleri ile, edimlerin iade edilmesi ve taraf menfaatlerinin hukuka uygun olarak korunması amaçlanmaktadır³⁷¹. Fakat ifade bulunan taraf ya da taraflar büyük bir maddi yük altına girmiş olabilirler. Edimlerin iadesi ise tarafların altına girmiş oldukları sorumluluk sonrasında hakkaniyeti her zaman tam anlamıyla tesis edemeyebilir³⁷². Çünkü sebepsiz zenginleşme çerçevesinde gerçekleştirilen iade, tarafların geçersiz hukuki işlem dolayısıyla bazı fırsatlardan faydalanamamalarına ya da belli gelirlere mahrum kalmalarına sebep olabilir. Bu da hakkaniyetin tek başına sebepsiz zenginleşme hükümleri ile her zaman sağlanamayacağını göstermektedir³⁷³. Ayrıca ifa ile ulaşılan sonuçlar ortadan kaldırılacaktır. Zira, edimler iadesi edilmiş, ifanın yarattığı sonuçlar kaldırılmış olacaktır. Bu sebeplerle hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulamasının doğru şekilde tespiti ve gerektiğinde özellikle taşınmaz satım sözleşmelerini konu alan sözleşmelerden doğan taleplerde uygulanması, gerek ifanın etkilerinin korunması, gerekse de hakkaniyetin tesisi için gerekli olacaktır.

³⁶⁷ Ahmet KILIÇOĞLU, a.g.m., s.212; Demet ÇELİKTAŞ, a.g.e., s.601

³⁶⁸ Bkz. Bölüm 2.3.5.2.

³⁶⁹ Jale AKİPEK, Turgut AKINTÜRK ve Derya ATEŞ, **Eşya Hukuku**, s.463, 464.

³⁷⁰ Selahattin Sulhi TEKİNAY, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU ve Atilla ALTOP, a.g.e., S.737; Fikret EREN, Borçlar Genel, s.880.

³⁷¹ İhsan ULUSAN, **İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1984, s.137

³⁷² Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN, Abdülkadir ARPACI, a.g.e., §30, Kn.1; Hüseyin ALTAŞ, a.g.e., s.148.

³⁷³ Halil AKKANAT, **Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçları ve MK m.2 Hükümü**, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, Vedat Kitapçılık, Cilt II, İstanbul, 2007, s.1662

4.1.3.4.Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Uygulama Alanı

Uygulamada en çok ikileme düşülen nokta, TMK m.2 f.1’de belirlenen dürüstlük kuralı ilkesi ile TMK m.2 f.2’de belirlenen hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulama alanlarının birbirinden ayrılmasıdır³⁷⁴. Bu konuda ihtilafa sebebiyet veren husus, genel itibariyle hakkın kötüye kullanılması yasağının; ya kötüniyetli hareket ya da dürüstlük kuralına aykırı hareket edilmesi olarak adlandırılmasıdır. Fakat daha önce de açıklandığı üzere, dürüstlük kuralı bir hukuki ilişki içerisinde taraflardan beklenen genel davranış ilkelerini düzenlerken³⁷⁵, hakkın kötüye kullanılması yasağı genel itibariyle hukuk çerçevesinde bir kişinin ileri sürebileceği haklarının sınırlarını tesis etmektedir³⁷⁶. Uygulamada³⁷⁷ ve doktrinde³⁷⁸ genel itibariyle ikisi arasındaki ayrımın çok net bir şekilde yapılamayacağı, somut olayın gereksinimlerine göre hareket edilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bu sebeple de ayırım yapılmaya çalışılırken dikkat edilen noktalardan biri, kanunların yorumlanmasında ve boşlukların doldurulmasında hangisinin kullanılacağıdır³⁷⁹. Özellikle kanunların yorumlanması suretiyle oluşan boşlukların giderilmesinde dürüstlük kuralı uygulanmaktadır³⁸⁰.

Öte yandan sözleşmelerin yorumlanmasından ziyade sözleşmelerde uygulanacak kuralların tespiti, gerçekleştirilecek ifaların ne zaman ve ne şekilde sınırlanacağı

³⁷⁴ M. Kemal OĞUZMAN ve Nami BARLAS, a.g.e., s.291; Mustafa DURAL ve Suat SARI, a.g.e., s.261.

³⁷⁵ M. Kemal OĞUZMAN ve Nami BARLAS, a.g.e., s.262; Jale AKİPEK, Turgut AKINTÜRK ve Derya ATEŞ, Medeni Hukuk, s.187.

³⁷⁶ Şener AKYOL, a.g.e., s.50; M. Kemal OĞUZMAN ve Nami BARLAS, a.g.e., s.266.

³⁷⁷ **YHGK**, E.2017/2801, K.2018/86, T.24.01.2018; **YHGK**, E.2017/786, K.2017/1710, T.13.12.2017; **Yargıtay 14.HD**, E.2016/17664, K.2017/3572, T.02.05.2017; **Yargıtay 8.HD**, E.2012/5100, K.2013/352, T.17.01.2013; **Yargıtay 14.HD**, E.2015/18285, K.2017/3247, T.19.04.2017 (erişim adresi:www.lexpera.com.tr, erişim tarihi:21.04.2019)

³⁷⁸ M. Kemal OĞUZMAN ve Nami BARLAS, a.g.e., s.261; Rona SEROZAN, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm, Kişiler Hukuku (“Medeni Hukuk”)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s.157.

³⁷⁹ Fatma ALASLAN, a.g.m., s.419.

³⁸⁰ M. Kemal OĞUZMAN ve Nami BARLAS, a.g.e., s.289; M. Kemal OĞUZMAN, Özer SELİÇİ ve Saibe OKTAY-ÖZDEMİR, a.g.e., s.391; Selahattin Sulhi TEKİNAY, Selahattin Sulhi TEKİNAY, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU ve Atilla ALTOP, **Eşya Hukuku : Giriş - Zilyedlik - Tapu Sicili - Mülkiyet**, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 1989, s.787.

konusunda ise hakkın kötüye kullanılması yasağına başvurulacaktır³⁸¹. Bir başka deyişle, bir hakkın amacına uygun olarak kullanılıp kullanılmadığının tespitinde hakkın kötüye kullanılması yasağı ilkesine başvurulacaktır³⁸².

Hakkın kötüye kullanılması yasağı, birden fazla hakkın kullanılabilceği olaylarda; hakkı kullanacak kişinin, ilişkinin diğer tarafı açısından daha avantajlı olanı kullanması şeklinde de açığa çıkmaktadır³⁸³. Burada kastedilmek istenen kişinin kendisine eşit menfaat sağlayacak birden çok ihtimali olması halinde artık ilişkinin diğer tarafının menfaatini de düşünmesi gerekeceğidir. Zira hakkı kullanacak taraf açısından bir durum değişikliği oluşmayacaktır. Bu sebeple de ilişkinin diğer tarafının menfaatleri dikkate alınmalıdır. Aksine bir tercihte bulunması halinde hakkın kötüye kullanımı oluşacaktır³⁸⁴.

Görüldüğü üzere dürüstlük kuralı yorumlamada ve içeriğin belirlenmesinde kullanılırken hakkın kötüye kullanılması yasağı özellikle hakların sınırlandırılmasında ölçüt olarak kullanılmaktadır.

4.1.4. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının, Şekle Aykırı Sözleşmelere Konu İfalara Etkisi

4.1.4.1. Görüşün Teorik Temelleri

Türk hukukunda, kanunda belirlenen şekil şartlarına aykırı bir sözleşme kurulması halinde, bu sözleşmenin ifası talebi dikkate alınmamaktadır³⁸⁵. Geçersiz bir sözleşmeye konu edimin ifası halinde, kanundaki hükümsüzlük düzenlemesine karşılık³⁸⁶ ifanın etkisinin nasıl korunacağı hakkında ise farklı görüşler mevcuttur. Doktrindeki hakim

³⁸¹ M. Kemal OĞUZMAN ve Nami BARLAS, a.g.e., s.292; Jale AKİPEK, Turgut AKINTÜRK ve Derya ATEŞ, Medeni Hukuk, s.190.

³⁸² Şener AKYOL, a.g.e., s.103.

³⁸³ M. Kemal OĞUZMAN ve Nami BARLAS, a.g.e., s.275.

³⁸⁴ Şener AKYOL, a.g.e., s.104.

³⁸⁵ Bkz. Bölüm 2.3.3.

³⁸⁶ TBK m.12.

görüŖe³⁸⁷ ve Yargıtay uygulamasına³⁸⁸ göre, Ŗekle aykırı kurulan sözleşmeye konu edimlerin ifa edilmesi sonrasında Ŗekle aykırılığa dayanılması, hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde incelenmektedir. Bu sebeple de hâkim görüş, Ŗekle aykırılığa dayalı itirazların hakkın kötüye kullanılması yasağı ile sınırlanması gerektiğini savunmaktadır³⁸⁹. UyuŖmazlıklarda hakkın kötüye kullanılması yasağının hâkim tarafından her olayda re'sen dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir. Bu norm çerçevesinde hareket edilerek Ŗekle aykırı sözleşmeler dahi, hukuken geçerliymişçesine etki yaratabilmektedir³⁹⁰. Burada herhangi bir yorum yöntemi ya da kanun hükmü üzerinden değerlendirme yapılmaksızın kanundaki genel ilke ile kısıtlama gerçekleştirilmektedir³⁹¹.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin içtihatlarında, bu görüşe benzer bir uygulama görülmektedir³⁹². Ŗekle aykırılığa dayanılarak itirazda bulunulması, ifanın mevcut olduğu hallerde, hakkın kötüye kullanılması olarak deęerlendirilmektedir³⁹³. Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi çerçevesinde benzer hak kullanımlarının yasaklanması ve ilgili sınırlandırmanın hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde dikkate alınması

³⁸⁷ Selahattin Sulhi TEKİNAY, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU ve Atilla ALTOP, a.g.e., s.104; Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s. 30; Necla GİRİTLİOĞLU, a.g.e., s.106; M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ, a.g.e., s.122; Hüseyin ALTAŞ, a.g.e., s.164; Demet ÇELİKTAŞ, a.g.m., s.601; Halil AKKANAT, İyiniyetin Korunması, s.207; Arif Barış ÖZBİLEN, a.g.e., s.34.

³⁸⁸ YİBGK, E.1987/2, K.1987/2, T.30.09.1988; Yargıtay 14.HD, E.2005/5514, K.2005/6897, T.06.07.2005; Yargıtay 13.HD, E.1995/3568, K.1995/3733, T.13.04.1995; Yargıtay 1.HD, E.2005/4876, K.2005/6406, T.24.05.2005; YHGK, E.1980/3905, K.1980/5629, T.25.11.1980; YHGK, E.2012/19-670, K.2013/171, T.16.01.2013.; Yargıtay 14.HD, E.2005/9863, K.2005/10236, T. 22.11.2005, (erişim adresi:www.kazanci.com, erişim tarihi: 07.10.2017).

³⁸⁹ Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s.321.

³⁹⁰ M. Kemal OĞUZMAN ve Nami BARLAS, a.g.e., s.292; Mustafa DURAL ve Suat SARI, a.g.e., s.260; M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ, a.g.e., s.352.

³⁹¹ M. Kemal OĞUZMAN ve Nami BARLAS, a.g.e., s.294.

³⁹² **BGE 92 II 325; BGE 98 II 316; BGE 104 II 101; BGE 86 II 398**, erişim adresi:www.swisslex.ch (erişim tarihi:05.08.2017).; Andreas VON TUHR ve Hans PETER, a.g.e., N.238.

³⁹³ Frank FURRER, a.g.e., s.111.

gerektiği düzenlenmiştir. Bu da hâkimin her somut olayda, ayrıca hakkın kötüye kullanılması yasağını inceleyerek ifanın düzeltici etkisine mahal verilip verilmeyeceğini tespit etmesini gerektirmektedir³⁹⁴. Hakkın kötüye kullanılması yasağı, özellikle kanunun şekle aykırılığını konu alan düzenlemelerinin hakkaniyeti sağlamada yeterli olmadığı uyuşmazlıklarda, bu eksiği gidermekte; kanunun temel menfaat dengesini koruyarak hakkaniyete uygun sonuçlara ulaşmaktadır³⁹⁵.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin önüne gelen bir olayda, iki kişi evlerini takas etmek üzere bir sözleşme imzalamışlardır. Fakat bu sözleşmede belirlenen takas değerleri ile taraflar arasında gerçekleştirilen fiili ödeme değerleri birbirinden farklı tutulmuştur. Şekil şartlarının şekle tabi sözleşmelerin tamamını kapsaması gerektiği görüşünden hareketle bütün sözleşmenin şekle aykırı olduğu öncelikle Federal Mahkeme tarafından tespit edilmiştir. Fakat evlerden birinin kabul edilemeyecek halde olması üzerine sözleşmenin taraflarından biri şekil noksanlığına dayanarak kendi evini ve verdiği fark parasını geri almayı talep etmiştir. Bunun üzerine İsviçre Federal Mahkemesi sözleşmenin şekil şartlarına aykırılıktan dolayı kesin hükümsüz olduğunu, bu sebeple aslında talepte bulunan tarafın haklı olabileceğini tespit etmiştir. Zira Federal Mahkemenin görüşüne göre ifanın sözleşmeyi geçerli hale getirmesi mümkün değildir. Fakat Federal Mahkeme tarafların ifada bulunmuş olmalarına rağmen şekle aykırılığa dayanmaları halinde hakkın kötüye kullanımının olayda mevcut olabileceğini tespit etmiştir. Bunun şekil şartları ile benzer şekilde mahkemenin her aşamasında incelenmesi gerektiğini ileri sürmüş ve ilgili dava talebini de hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde değerlendirmiştir. Bunun bir sonucu olarak, her ne kadar sözleşme geçersiz olsa da taraflar sözleşmeden doğan borçlarını ifa ettikleri için artık bir şekle aykırılığın tartışma konusu olmadığını, buna rağmen şekle aykırılığa sığınılmasının ise hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde bir sonuç yaratacağını tespit etmiştir. Federal Mahkeme, şekil hükümlerine dayanmanın bu olay açısından hukuka aykırı bir sonuç vereceğine ve ilgili tarafın bu talebinin geçersiz olduğuna hükmetmiştir³⁹⁶.

³⁹⁴ M. Kemal OĞUZMAN, Şekil Noksanı Makalesi, s.258.

³⁹⁵ Mesut Serdar ÇEKİN, a.g.e., s.647.

³⁹⁶ **BGE** 86 II 398, erişim adresi:www.swisslex.ch (erişim tarihi:05.08.2017).

Yine İsviçre hukukunda ileri sürülen bir başka görüşe göre, sözleşmeden doğan yükümlülükler, sözleşme şekle aykırı olsa dahi, sözleşmeden bağımsız, hukuki korumadan yoksun, ifa edilmesi halinde ise geri talep edilemeyecek doğal bir borç kaynağı oluşturmaktadır³⁹⁷. Bu görüşün diğer görüşlerden ayrıldığı temel nokta, şekle aykırılığın bütün taraflarca ileri sürülmeye devam edilebilmesidir³⁹⁸. Ayrıca doğal borç olarak sözleşmedeki yükümlülüklerin ele alınması ile tarafların ifası aslında herhangi bir borcun ifası gibi sonuç doğuracaktır. İfada bulunan taraf, ifa ettiği edimi geri talep edemeyecektir. Sadece bu borcun doğumunu sağlayan bir hukuki ilişkiden ziyade doğal bir ilişki bulunacaktır. Burada ayrıca üçüncü kişilerin de şekle aykırı sözleşmelerden zarar görme ihtimalinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır³⁹⁹.

Alman hukuku incelendiğinde ise hakkın kötüye kullanılması yasağına gidilmeksizin ek bir çözüm daha mevcuttur. Taşınmaz mülkiyetinin devrini konu alan sözleşmelerde, sözleşmeye taraf olan herkesin borçlarını ifa ettiği durumda, şayet mülkiyet devri tapu siciline de işlenmiş ise⁴⁰⁰, artık sözleşmenin geçerli sayılması gerekecektir⁴⁰¹. Bu durum §311b BGB hükmü ile düzenlenmiştir. Doktrinde, bu hükme uygun olmayan, fakat taşınmaz mülkiyetinin kanunda şekil şartlarına aykırı olarak sözleşmeler ile devredildiği hâllerde, bu aykırılığa dayanan taleplerin kabul edilmemesi gerektiği savunulmaktadır⁴⁰². Alman mahkeme içtihatlarında ise birbirinden ayrı iki kararda, farklı yöntemlerle sonuca ulaşılmıştır.

³⁹⁷ Ingeborg SCHWENZER, **Basler Kommentar, ORI**, Art.12, Kn.23 (Bruno Schmidlin'in görüşüne atfen), erişim adresi:www.legalis.ch (erişim tarihi:16.07.2017)

³⁹⁸ Ingeborg SCHWENZER, **Basler Kommentar, ORI**, Art.12, Kn.24 erişim adresi:www.legalis.ch (erişim tarihi:16.07.2017)

³⁹⁹ Alfred KOLLER, OR, AT, s.104.

⁴⁰⁰ Burada özellikle Alman taşınmaz devir sistemi de yöntemin işleme açısından önemlidir. Zira Alman sisteminde taşınmaz satımını konu alan sözleşmelerin noterde kurulması gereklidir. Türk sisteminde ise bu sözleşmeler resmi şekil şartına tabi olarak doğrudan tapu siciline kurulmalıdır. Bu da Alman sisteminde bir sözleşmenin şekil şartlarının karşılanmasının daha kolay olduğunu ve bu sebeple de sicil değişikliklerinin daha kolay bir şekilde gerçekleştirilebileceğini göstermektedir. Zira taşınmaz satım sözleşmesine taraf olanların tapu sicil müdürlüklerine gitmek gibi bir gereksinimleri yoktur. Sözleşme sonrası ifaların gerçekleştirilmesi ile birlikte sicil değişikliği sadece bir usuli işlem olacaktır.

⁴⁰¹ Petra POHLMANN, Heilung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte, s.85.

⁴⁰² Karl LARENZ, Methodenlehre, N.432; Manfred WOLF ve Jörg NEUNER, a.g.e., N.458.

Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin 21 Mayıs 1927 tarihli "Edelmannswort" kararında⁴⁰³ mal satımına karşılık olarak taşınmaz devralmayı kabul eden bir tacir, malları tamamen teslim etmiş ve taşınmazı da fiilen devralmıştır. Bundan bir süre sonra taşınmazı devreden taraf, kendi ekonomik durumunun bozulması dolayısıyla, aralarındaki sözleşmenin taşınmaz devrini konu almasına rağmen, kanunen gerekli olan yazılı şekil şartını haiz olmadığını ve bu sebeple de hukuken geçerli bir sözleşme olmadığını belirtmiş ve taşınmazın kendisine iade edilmesini istemiştir. Taşınmazı devralan tacir ise öncelikle kendi ifa etmiş olduğu borcuna karşılık herhangi başka bir ücret olmadığını belirtmiştir. Ayrıca bu anlaşmayı yazılı bir sözleşme ile gerçekleştirmemesini, taşınmazı devreden tacirin, böyle bir sözleşme hazırlamalarına gerek olmadığını belirtmesi ve sözünün yeterli olduğunu ileri sürmesine güvenmesine bağlamıştır. Bu olayda Alman İmparatorluk Mahkemesi konuyu doğrudan §242 BGB üzerinden çözümlenmiştir. Kararda sözleşmenin, mal satım ve bunun karşılığında ücret ödenmesi kısmı açısından ayakta tutulmasının mümkün olduğuna hükmedilmiştir. Buna dayanarak taşınmazın devrinin hiç gerçekleşmediği, satılan malın ücretinin de taşınmazın devri yoluyla ödenmesinin mümkün olmadığı, başka bir yöntemle ödenmesi gerektiği kabul edilmiştir.

Buna karşılık Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin "Kaufmannshrenwort" kararına⁴⁰⁴ konu olayda, hizmet karşılığında taşınmaz devralmak isteyen bir kişi, taşınmazını satmakta olan başka bir kişi ile herhangi bir şekil şartına dikkat etmeksizin sözleşme kurmuştur. Kendi hizmet borcunu yerine getirdikten sonra taşınmazı fiilen devralmak istediğinde aralarında geçerli bir sözleşme olmadığı ileri sürülerek bu talebi reddedilmiştir. Bunun üzerine mahkemeye başvurması sonucunda ise Federal Mahkeme sözleşmeyi başka herhangi bir şekilde ayakta tutamamış ve §242 BGB çerçevesinde her ne kadar taşınmazın devri için geçerli bir sözleşme olmasa da artık taşınmazın geri talep edilmesinin de hakkın kötüye kullanılması olacağını ve bu sebeple mümkün olmadığını ileri sürmüştür.

⁴⁰³ **RGZ** 117, 121, erişim adresi: http://lorenz.userweb.mwn.de/urteile/rgz117_121.htm (erişim tarihi: 07.08.2018)

⁴⁰⁴ **BGH**, 27.10.1967, NJW 1968, 39, erişim adresi: beck-online.de (erişim tarihi:07.08.2018)

Görüldüğü üzere Alman ve Türk içtihadında hakkın kötüye kullanılması yasağı son çare olarak kullanılmaktadır⁴⁰⁵. Menfaat dengesinin başka bir yöntemle kurulmasının mümkün olmadığı hallerde taraflardan en azından biri tam ya da tama yakın ifa gerçekleştirmişse buna dayanarak sözleşme geçerli kılınmakta, ya da sözleşmenin geçersizliğine dayanılarak talepte bulunulması engellenmektedir. Alman doktrininde bu konu incelenirken özellikle kanun koyucunun iradesini doğrudan bir hüküm ile düzenlemediği belirtilmiştir⁴⁰⁶. Alman Medeni Kanunu'nun sözleşmenin şekli ile ilgili hükümleri incelendiğinde ise bu hükümlerin herhangi bir şekilde doğrudan hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde genişletilmesinin mümkün olmadığı açıktır⁴⁰⁷. Böyle bir esneklik sağlanması hâlinde, artık Alman kanun koyucunun kendi iradesi ile çelişkili bir sonuç oluşacaktır⁴⁰⁸.

Avusturya hukukunda ise geçersiz olan hukuki işlemlerin geçerli hâle gelmesi için kanunda bir düzenleme mevcuttur. §1432 ABGB hükmü zamanaşımına uğramış bir borcun ya da sadece şekil sebepleri dolayısıyla geçersiz hâle gelmiş bir borcun borçlusu tarafından ifa edilmiş olması hâlinde artık bu borcun geçerli hale geleceğini, buradaki ifanın geçersiz ilişkiyi geçerli hale getirecek etkiye sahip olduğunu düzenlemektedir⁴⁰⁹. Avusturya hukuku açısından hukuki işlemin geçerlilik kazanması için herhangi bir ek unsura gerek duyulmamakta, ifanın yarattığı etki doğrudan kanun hükmü ile koruma altına alınmaktadır. Sadece tam anlamıyla ifanın gerçekleştirilmesi, geçersiz ilişkiyi geçerli hale getirmektedir⁴¹⁰. Türk hukukunda ise, Avusturya hukukundan farklı olarak, prensip ifanın şeklen noksan sözleşmeyi geçerli hâle getirmemesidir⁴¹¹. Hakkın kötüye kullanılması yasağı ile şekle aykırılığın giderilmesi görüşü zaten Avusturya hukukundaki gibi bir hükmün mevcut olmaması halinde genel ilke ile aynı sonuca ulaşmayı amaçlamaktadır.

⁴⁰⁵ Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s.327.

⁴⁰⁶ Helmut HEISS, a.g.e., s.377.

⁴⁰⁷ Karl LARENZ, Schuldrecht, s.135.

⁴⁰⁸ Werner FLUME, a.g.e., s.271.

⁴⁰⁹ Helmut KOZIOL, Rudolf WELSER ve Andreas KLETEČKA, a.g.e., s.212.

⁴¹⁰ Helmut KOZIOL, Rudolf WELSER ve Andreas KLETEČKA, a.g.e., s.213.

⁴¹¹ Demet ÇELİKTAŞ, a.g.m., s.599.

Türk hukukunda ek olarak hakkın kötüye kullanılması halinin tespiti sonrasında, her ne kadar sözleşmeye geçerlilik kazandırılmasa da, hakkını kötüye kullanan tarafın ifaya zorlanabileceğini savunan bir görüş de mevcuttur⁴¹². Bu görüş, her ne kadar İsviçre Federal Mahkemesi'nin içtihatlarından⁴¹³ yola çıkan bir görüş olsa da, Federal Mahkemenin aksine, sözleşmeye geçerlilik kazandırılmamasına rağmen, hâkimin, hakkını kötüye kullanarak şekle aykırılığı ileri süren tarafı borcunu ifa etmeye zorlayabileceğini savunmaktadır. Bu da ifanın düzeltici etkisinin bu görüşteki yazarlar tarafından fiiliyatta kabul edildiğini göstermektedir⁴¹⁴.

Uygulamada şekle aykırı sözleşmeler ve bu sözleşmeler çerçevesinde gerçekleştirilen ifalar özellikle kat karşılığı inşaat sözleşmesi⁴¹⁵, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi⁴¹⁶ ve ömür boyu bakma yükümlülüğü sözleşmeleri çerçevesinde uyumsuzluklar ortaya çıkartmaktadır. Şekle aykırılığa rağmen ifade bulunulması hâlinde neler olacağı Yargıtay'ın bir kararında⁴¹⁷ klasik görüş çerçevesinde değerlendirilmiştir. Hatta Yargıtay klasik teorinin de ötesine geçerek, ifanın doğrudan düzeltici etki ortaya çıkartacağını, bunun için ise olayda hakkın kötüye kullanılması yasağının şartlarının oluşması gerektiğini kabul etmektedir.

⁴¹² Hüseyin ALTAŞ, a.g.e., s.177.

⁴¹³ BGE 116 II 700; BGE 112 II 107.

⁴¹⁴ M. Kemal OĞUZMAN ve Nami BARLAS, a.g.e., s.318; Selahattin Sulhi TEKİNAY, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU ve Atilla ALTOP, Borçlar Genel, s.105.

⁴¹⁵ Mustafa Duhan DEMİR, **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi**, Seçkin Kitabevi, İstanbul 2017, s.31.

⁴¹⁶ Hasan ERMAN, a.g.e., s.22; Zekeriya KURŞAT, a.g.e., s.21; Emrehan İNAL, **Sonuca Katılımlı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi**, 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s.222; M. Turgut ÖZ, **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s.17; Yusuf BÜYÜKAY, **Eser Sözleşmesi**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s.59; Yaşar Engin SELİMOĞLU, **İstisna (Eser) Sözleşmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.63; Ali AVCI, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmelerinde Bağımsız Bölüm Alan Üçüncü Kişilerin Hukuksal Durumları**, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2015, s.33.

⁴¹⁷ **Yargıtay 14. HD**, 6.7.2005, E.2005/5514, K.2005/6897, erişim adresi:www.kazanci.com (erişim tarihi: 07.10.2017).

Şekle aykırılıktan doğan taleplerin hakkın kötüye kullanılması yasağı ile sınırlandırıldığı bu görüş incelenirken, tarafların ne derece ifada bulunduğu da önem arz etmektedir. Örnek olay gruplarında taraflar borçlarının tamamını ifa etmiş olmalarına karşın, sözleşmenin geçersiz olduğunun ileri sürülmesi sebebiyle edimlerin iadesi ve sözleşme hiç var olmamış gibi sözleşme öncesi duruma dönülmesi talep edilmektedir⁴¹⁸. Artık hakkın kötüye kullanımı gerçekleşmiştir⁴¹⁹. Taşınmaz tellallığı sözleşmesi imzalamak üzere iki tarafın yazılı olarak anlaştığı bir olayda, taraflar sözleşmeyi imzalamış ve bu sözleşme çerçevesinde birbirlerine karşı borçlar üstlenmişlerdir. Taraflardan biri taşınmazın devri için danışmanlık hizmetini yerine getirecek, diğer taraf da ücret borcunu ödeyecektir. Fakat bedel ödeme borcu altına giren taraf borcunu ifadan kaçınmıştır. Kendisine karşı açılan icra takibine karşı ise almış olduğu tellallık hizmetini konu alan bir faturanın mevcut olmamasından ve aralarında bu yönde bir sözleşme kurulmamasından bahisle itirazda bulunmuştur. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi incelemesinde ise gerçekten tellallık sözleşmesinin bir taşınmazı konu alan danışmanlık hizmeti içermesi hâlinde yazılı olarak kurulması gerektiği tespit edilmiştir. Uyuşmazlıkta delil olarak sunulan sözleşmede herhangi bir imza bulunmaması dolayısıyla takibe itirazın yerinde olduğuna hükmedilmiştir. Fakat Hukuk Genel Kurulu incelemesinde olayın doğrudan hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde ele alınması gerektiğini, bunun hâlihazırda Yargıtay'ın yerleşik içtihadı olduğunu, 1988 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararına dayanarak savunmuştur⁴²⁰.

⁴¹⁸ Arif Barış ÖZBİLEN, a.g.e., s.215.

⁴¹⁹ Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s.315; M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ, a.g.e., s.157; Ahmet KILIÇOĞLU, a.g.e., s.225; Arif Barış ÖZBİLEN, a.g.e., s.254.

⁴²⁰ **YHGK**, 3.11.2010, E.2010/19-559, K.2010/546, erişim adresi:www.kazanci.com (erişim tarihi: 07.10.2017).

Klasik görüşü savunan yazarların, İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'nin⁴²¹ ve Yargıtay'ın⁴²² görüşüne göre şekle aykırı sözleşmelerin ifası sonrasında şekle aykırılığa dayanılması hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde sınırlandırılacaktır⁴²³. Fakat burada özen gösterilmesi gereken nokta, hakkın kötüye kullanılması yasağı uygulanmış olsa dahi sözleşmenin hukuki niteliğinde bir değişiklik olup olmayacağıdır.

Şekle aykırı sözleşmelerde taraflardan birinin borçlu olduğu edimi ifa etmesi ve diğer tarafın kendi borcunu ifadan kaçınması, hakkın kötüye kullanılması durumunun tespiti açısından şarttır. Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta, taraflar şeklen geçersiz bir satım sözleşmesi akdederek bir taşınmazın devri üzerinde anlaşmışlardır. Her ne kadar alıcı taraf borcunu oluşturan bedel ödemelerini gerçekleştirmiş olsa da taşınmazın maliki olan taraf bu taşınmazı teslimden kaçınmıştır. Taşınmazın devrinden kaçınırken de şekle aykırılığa sığınmıştır. Bedel ödemesini gerçekleştiren taraf ise ödediği bedelin kendisine iade edilmesi için alacak davası açmıştır. Taşınmazın tesliminden kaçınan davacı, daha önce şekle aykırılığa dayanmış olmasına rağmen Yargıtay önüne gelen uyuşmazlıkta sözleşmeyle bağlı olduklarını, bedeli geri ödemek istemediğini ve taşınmazın mülkiyetini devretmeye hazır olduğu savunmasını yapmıştır. Yargıtay şekle aykırılığa dayanmanın bir hak olduğunu belirttikten sonra borcun ifası sebebiyle sözleşmeyle bağlı kalınmasının zorunlu olmadığını tespit etmiştir. Bir kişinin ifa dolayısıyla şeklen noksan bir sözleşmeye dayanarak diğer tarafı da ifaya zorlayabilmesi için olayda hakkın kötüye kullanımını oluşturan, şekle aykırılığın öne sürüldüğü bir hareketin gerekli olduğuna

⁴²¹ **BGE**, 4A, 646/2018, T.17.04.2019; **BGE**, 4A, 25/2019, T.15.04.2019; **BGE** 140 III 99; **BGE** 129 III 493; **BGE** 104 II 99; **BGE** 92 II 323; **BGE** 90 II 21 erişim adresi:www.swisslex.ch (erişim tarihi:05.05.2019).

⁴²² **YİBGK**, E.1987/2, K.1988/2, T. 30.9.1988; **YHGK**, E.2017/5-2566, K.2018/85, T.24.01.2018; **YHGK**, E.2017/5-788, K.2017/1711, T.13.12.2017; **YHGK**, E.2006/6-352, K.2006/555, T.20.09.2006; **Yargıtay 15.HD**, E.2018/892, K.2018/2126, T.23.05.2018; erişim adresi:www.kazanci.com (erişim tarihi: 27.05.2019).

⁴²³ Alfred KOLLER, Der Grundstückskauf, Kn.204; Frank FURRER, a.g.e., s.65; **Hug**, *Ausgewählte Abhandlungen zum Arbeits- und Wirtschaftsrecht*, Band II – Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Stämpfli Verlag, Bern 1978, s.402; Necip KOCAYUSUPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s.325; Hüseyin ALTAŞ, a.g.e., s.157; Arif Barış ÖZBİLEN, a.g.e., s.228.

hükmetmiştir⁴²⁴. Görüldüğü üzere Yargıtay bir olayda şekle aykırı bir sözleşme bulunuyorsa sadece ifanın bu şekle aykırılığı düzeltici etki taşımayacağını, aynı zamanda şekle aykırılığa dayanmanın hakkın kötüye kullanımını oluşturması hâlinde ifanın düzeltici etkisi olacağına hükmetmiştir.

4.1.4.2. Görüşün Uygulanmasının Sonuçları

Şekle aykırı sözleşmelere konu edimlerin ifa edilmesi halinde, ifanın etkilerinin hakkın kötüye kullanılması yasağı ilkesi ile korunması önceki başlıkta da incelendiği üzere Türk hukukundaki genel uygulamayı teşkil etmektedir. Genel bir ilke olan hakkın kötüye kullanılması yasağının, hâkim tarafından her olayda mevcudiyetinin re'sen araştırılacak olması ve bu çerçevede tarafların taleplerinin kabul edilebilir olup olmadığının değerlendirilmesi, kanun hükümlerinin uygulanmasında genel sınırı teşkil eden bir norm durumundadır. Burada düşünülmesi gereken bir diğer husus, hakkın kötüye kullanılması yasağının şeklen kesin hükümsüz sözleşmeye tekrar geçerlilik kazandırması sorunsalıdır. Hakkın kötüye kullanılması yasağı pekâlâ tarafların talep imkânlarını dahi ortadan kaldırmak suretiyle sözleşmenin ayaktaymış gibi etki sağlamasına zemin hazırlamaktadır⁴²⁵. Fakat burada tıpkı ifanın etkisine rağmen kanun hükmü dolayısıyla sözleşmenin geçersiz olması gibi, sözleşme ayaktaymışçasına etki oluştursa da hukuken geçerlilik kazandığından söz edilemeyecektir⁴²⁶. Sözleşme geçersizliğini sürdürecektir, gerçekleştirilen ifalar korunmuş olacaktır. Zaten hakkın kötüye kullanılması ilkesinin burada uygulanmasının temel amacını da, gerçekleştirilen ifalar ile tarafların ulaşmaya çalıştığı amacın, sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde korunmasıdır. Fakat bu gerçekleştirilirken, kanunun emredici hükümlerine aykırı olarak sözleşmeye tekrar geçerlilik kazandırılmayacaktır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 12. maddesi çok açık bir şekilde kesin hükümsüzlüğü düzenlemektedir. Bu hükümsüzlük halinin doğal bir sonucu olarak da şekle aykırı

⁴²⁴ **Yargıtay 13. HD**, 13.4.1995, E.1995/3668, K.1995/3733, erişim adresi:www.kazanci.com (erişim tarihi: 07.10.2017).

⁴²⁵ Şener AKYOL, a.g.e., s.82; Arif Barış ÖZBİLEN, a.g.e., s.229.

⁴²⁶ YİBGK, E.1987/2, K.1988/2, T.30.09.1988, erişim adresi:www.kazanci.com (erişim tarihi:13.08.2018)

sözleşmeler herhangi bir yöntemle hüküm ifade eder hâle gelemeyeceklerdir. Burada kanun hükmü açık bir engel teşkil etmektedir. Hakkın kötüye kullanılması yasağı ise kesin hükümsüzlükle batıl sözleşme çerçevesinde taraflardan birinin taleplerini kısıtlamakta, bu yolla sözleşmeye geçerliymiş gibi hukuk dünyasında etki yaratma fırsatı sağlamaktadır⁴²⁷. Yani, burada aslında tarafların birinin ifası, beklendiği üzere sözleşmeyi geçerli hale getirmemekte, Alman hukukundakine benzer bir iyileştirme etkisi⁴²⁸ yaratmamaktadır. Daha önce de açıklandığı üzere, Alman hukukunda şekle aykırı kurulan sözleşme çerçevesinde gerçekleştirilen ifanın, tapu sicili gibi resmi kurumlarca da geçerli gibi dikkate alınması halinde, artık şekle aykırılığını ortadan kaldıran ve kelimenin doğrudan anlamıyla “iyileşeceği” yönünde bir düzenleme mevcuttur (BGB §311b). Türk hukuku ve İsviçre hukukunda ise kanun koyucunun iradesi, sadece şekil şartlarını koruyacak şekilde zuhur etmiştir. Bu sebeple ifa teknik hukuk anlamında sözleşmedeki geçersizliği doğrudan düzeltici etki yaratamayacaktır. Bunun bir diğer sebebi de farklı hukuk sistemlerinde, ifanın farklı teorik temeller üzerinde açıklanmasıdır⁴²⁹. Fakat her ne kadar Türk hukuku⁴³⁰ ve İsviçre hukukunda⁴³¹ teorik olarak sözleşmenin iyileşmesinin, tekrar geçerli hale gelmesinin mümkün olmadığı kabul edilse de Yargıtay konuda doğrudan etkiler yaratacak kararlar vermiş ve sözleşmelerin ifa edilmesi durumunda hakkın kötüye kullanılması yasağı tespit edilirse geçerli sayılması gerektiğine de hükmetmiştir⁴³².

⁴²⁷ M. Kemal OĞUZMAN ve Nami BARLAS, a.g.e., s.318; Arif Barış ÖZBİLEN, a.g.e., s.230; Demet ÇELİKTAŞ, a.g.m., s.582.

⁴²⁸ Otto PALANDT, Palandt Kommentar, s.502 vd.

⁴²⁹ Helmut KOHLER, **Einschränkungen der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften**, Juristische Schulung (JuS), , Cilt 8, Yıl: 50 (Ağustos 2010), s.667

⁴³⁰ Selahattin Sulhi TEKİNAY, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU ve Atilla ALTOP, Borçlar Genel, s.105.

⁴³¹ Alfred Koller, OR, AT, s.177.

⁴³² **YHGK**, E.2006/6-352, K.2006/555, T.20.09.2006, erişim adresi:www.kazanci.com (erişim tarihi:10.05.2018).

Bu yoruma karşılık, bir başka görüş hakkın kötüye kullanılması yasağının, tek başına herhangi bir etkiye sahip olmayacağını savunmaktadır⁴³³. Fakat hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde sınırlandırılacak bir sözleşmede uyumsuzluğu çözen hâkim, şekil normlarının koruma amacından yola çıkarak bir sınırlama getirecektir. Bu sayede kanunun diğer hükümleri de sınırlandırılmış olacaktır⁴³⁴. Bu görüş çerçevesinde kanun koyucunun iradesi, yorum kuralları çerçevesinde tümden gelim yöntemiyle değil; şekle aykırılığın giderilmesi amacıyla genel hükümden yola çıkılarak bütün hükümlerin kanunun amacı çerçevesinde sınırlandırılmasıyla sözleşmeye geçerlilik kazandırılması şeklindedir⁴³⁵. Yani bir tümevarım yöntemi ileri sürülmektedir. Bu noktada kanunun genel yorum ilkelerinden bağımsız bir sonuç elde edilmekte, bu da hukuk tekniği açısından tam doğru sonucun ortaya çıkmasını engellemektedir. Bu da aslında hakkın kötüye kullanılması yasağının, daha önce açıklanan amaçsal sınırlandırma görüşünün uygulanması için araç olarak kullanılacağını savunan görüşe⁴³⁶ benzer bir yorum getirmektedir. Amaçsal sınırlandırmanın bir aracı olarak hakkın kötüye kullanılmasını savunan bu görüş çerçevesinde, şekil ile ilgili hükümler TMK m.2 f.2 ve onunla ilgili etkenlerin ileri sürülmesi yoluyla sınırlandırılacaktır. Bu noktada dikkat edilmesi gereken, hakkın kötüye kullanılması yasağının bir yorum aracı olmamasıdır⁴³⁷. Hakkın kötüye kullanılması yasağı doktrinde dürüstlük kuralı ile birlikte bir madalyonun iki yüzü gibi görülmektedir. Bu çerçevede de dürüstlük kuralı bir hukuki ilişkinin nasıl olması gerektiğini belirten ve hukuk normlarının yorumu konusunda bazen spesifik olarak düzenlenen, bazense de doğrudan genel hüküm sayesinde uygulama alanı bulan bir yorum aracı iken; hakkın kötüye kullanılması yasağı, bütün hukuk normları açısından hukuken tanınan hakların hangi sınırlar içerisinde kullanılmasını gerektiğini belirten genel bir ilkedir⁴³⁸. Bu sebeple bir yorum normu olarak kullanılması, hakkın kötüye kullanılması yasağının özüne aykırı olacaktır.

⁴³³ Christian ARMBRUSTER, **Treuwidrigkeit der Berufung auf Formmängel**, NJW 2007, 3317, beck-online.de (erişim tarihi:04.09.2017), Kn.3316.

⁴³⁴ Christian ARMBRUSTER, a.g.m., Kn.3319; Arif Barış ÖZBİLEN, a.g.e., s.230.

⁴³⁵ Karl LARENZ, Methodenlehre, s.232.

⁴³⁶ Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s.324.

⁴³⁷ Şener AKYOL, a.g.e., s.32.

⁴³⁸ Bkz. Bölüm 4.1.3.1.

Öte yandan TMK m.1’de hâlihazırda kanun hükümlerinin nasıl yorumlanması gerektiğini belirten ve bu konuda düzenlemeler getiren hükümler bulunmakta iken TMK m.2 f.2’de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı ilkesinin hukuk normlarının yorumunda kullanılması doğru olmayacaktır. Metodolojik olarak kanunların yorumlanmasında özel hükümler yerine öncelikle genel ilke hükmünün kullanılması hatalı sonuçlar ortaya çıkartabilecektir.

Yukarıdaki sebeplerle hakkın kötüye kullanılması yasağının aslında şekle aykırı sözleşmelerin uygulanmasındaki sınırların belirlenmesinde temel norm niteliğinde kullanılması, halihazırdaki kanun hükümlerinin kullanılması yoluyla uygulamada kolaylık yaratacaktır. Zira kanun kendi içerisinde zaten daha önce de ele alındığı üzere, bütün uyuşmazlıklarda uyulması gereken genel kuralları ve sınırları belirlemiştir. Bu durumda her ne kadar Türk Borçlar Kanunu’nda şekil ile ilgili düzenlemenin Türk hukukunun genel irade serbestisi ve bu çerçevede sözleşme serbestisini geniş bir şekilde sınırladığı düşünülse de aslında genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme söz konusu değildir. Kanun koyucu bütün hukuk normlarının uygulanmasının sınırını çizmiştir ve bu her olayda re’sen uyuşmazlığı çözümlenecek hâkim tarafından dikkate alınmak zorundadır. Dolayısıyla da, hakkın kötüye kullanılması yasağı, şekle aykırı sözleşmelere konu edimlerin ifası halinde, ifaların oluşturacağı etkiyi mevcut hukuki düzenlemeler içerisinde en uygun şekilde koruyacak araç olacaktır. Zira, şekil hükümlerinin amacının taraflarca ya da mahkemece değerlendirilmesine gerek kalmaksızın, doğrudan her olayda yapılan hakkın kötüye kullanılması incelemesi gerçekleştirilecek, ileri sürülen talepler bir örnek oluşturuyorsa, bunlara izin verilmeyecektir. Sözleşme ise yine hukuki düzenlemelere uygun olarak geçersiz kalmaya devam edecek, sadece ifalara tanınan etki korunmuş olacaktır.

4.1.5. Yargıtay Uygulamasında Şekle Aykırı Sözleşmelere Konu İfaların Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı ile Korunması

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 1944 tarihli bir kararında⁴³⁹, arsasına karşılık olarak taşınmaz satın almak isteyen ve taşınmazını arsaya karşılık olarak satmayı kabul eden iki taraf bir araya gelmişlerdir. Fakat taraflar bu işlemi herhangi bir şekil şartına uymaksızın gerçekleştirmişlerdir. Bu sözleşme üzerine tarafların her ikisi de borçlarını yerine getirmiş; bir taraf arsasını teslim etmiş, diğer taraf da taşınmazı teslim almıştır. İşlemin tapuda tescilinin gerçekleştirilmesinden ise taşınmazı teslim alıp arsasını taşınmaza karşılık veren kişi kaçınmaktadır. Bununla ilgili uyuşmazlığın temyizinde Yargıtay'ın genel içtihadından farklı bir sonuç çıkması üzerine Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nca konu incelenmiştir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, kanunda şekil şartı aranan bir sözleşmenin, bu şarta uyulmaksızın kurulması halinde sözleşmeye dayanarak işlem yapılmasının mümkün olmadığına hükmetmiştir. Fakat her ne kadar hukuken sakat olsa da bu işlemi her iki tarafın da gerçekleştirmiş olmasından dolayı artık ifanın gerçekleştiğini, tarafların da dürüstlük kuralı çerçevesinde taşınmaz tescilini gerçekleştirmesi gerektiğini karara bağlamıştır. Aynı zamanda artık burada hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde tescilden kaçınılamayacağına, tescilin mahkeme kararı yoluyla kurulabileceğine hükmetmiştir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun konumuz açısından önemli olan 1988 tarihli bir kararında⁴⁴⁰ yine benzer bir olay ele alınmıştır. Bir taşınmaz inşaatının gerçekleştirilmesi ve inşaat sonrasında kat mülkiyetinin kurulmasına dair kurulan bir sözleşme, şekil şartı gözetilmeksizin kurulmuştur. Tarafların karşılıklı borçlarını ifa etmeleri sonrasında, mülkiyet devrinden malik kaçınmış, kaçınırken de aralarında geçerli bir sözleşme olmamasına sığınmıştır. Yargıtay İçtihatları Birleştirme Genel Kurulu ise

⁴³⁹ YİBGK (O zamanki adıyla "Temyiz Mahkemesi Tevhidi İçtihat Heyeti Umumiyesi"), E.12, K.26, T.05.07.1944, Resmi Gazete, Sayı:5909, T.19.01.1945, erişim adresi: <http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/5909.pdf> (erişim tarihi:05.04.2018).

⁴⁴⁰ YİBGK, 30.9.1988, E.1987/2, K.1988/2, erişim adresi:www.kazanci.com (erişim tarihi: 07.10.2017).

şekle aykırı olması sebebiyle bir sözleşme geçerli olmasa dahi, taraflar sözleşmeye konu bütün borçlarını yerine getirmişlerse, artık burada her iki tarafın da esas iradesi çerçevesinde hareket edilmesi gerekeceğini tespit etmiştir. Kişi, daha önce açıkça ortaya konan iradeleri ve bu iradeler çerçevesinde gerçekleştirilen ifaları etkisiz kılmak için şekil hükümlerine dayanıyorsa, artık “*şekil mecburiyeti koyan yasa hükmünden bu hususta korunmaya layık bir yararı olmaksızın yararlanmaya çalışma teşkil*⁴⁴¹” edecektir ve bu durumun “*hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralını duraksamaya yer vermeyecek şekilde ihlal ettiğini*⁴⁴²” tespit etmiştir. Bu karar, hakkın kötüye kullanılması yasağının, şekle aykırı sözleşmelerde ifa sonucu oluşan etkiyi şekil hükümlerine karşı korumada araç olarak kullanmaktadır.

Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde Yargıtay’ın yukarıda değinilen karar ile aynı yönde kararları mevcuttur. Yargıtay birçok kararda⁴⁴³ özellikle taraflardan birinin borcunu tam ya da tama yakın ifa etmiş olmasına karşın, diğer tarafın ifadan sözleşmenin şekle aykırı olması sebebiyle kaçındığı hallerde bunun hakkın kötüye kullanımı olduğunu tespit etmiştir. Nitekim bu tespit de ötesine geçilmiş, hakkın kötüye kullanılması olarak şekle aykırılığın ileri sürülmesi halinde artık şekil hükümlerinin bir dayanak noktası oluşturmayacağına hükmedilmiştir. Bundan yola çıkan yüksek mahkeme uygulamada bir aşama daha ileri giderek şekle aykırı sözleşmelerin ifası sonucunda diğer tarafın ifadan kaçındığı ölçüde ifaya zorlanabileceğini, tapuda tescil için mahkemece karar alınabileceğini de belirtmiştir. Görüldüğü üzere Yargıtay özellikle şekle aykırı sözleşmelerde ifanın doğrudan düzeltici etkisi olduğunu kabul etmekte, bunun yasal dayanağını da hakkın kötüye kullanılması yasağından almaktadır.

⁴⁴¹ **YİBGK**, 30.9.1988, E.1987/2, K.1988/2, erişim adresi:www.kazanci.com (erişim tarihi: 07.10.2017).

⁴⁴² **YİBGK**, 30.9.1988, E.1987/2, K.1988/2, erişim adresi:www.kazanci.com (erişim tarihi: 07.10.2017).

⁴⁴³ **Yargıtay 13.HD**, 24.1.1992, E.1991/8698, K.1992/486; **Yargıtay 15.HD**, 15.5.2002, E.2002/96, K.2002/2543; **Yargıtay 15.HD**, 20.6.2013, E.2013/1437, K.2013/4005, erişim adresi:www.kazanci.com (erişim tarihi: 07.10.2017).

Ölene kadar bakma sözleşmeleri ile ilgili olarak da Yargıtay'ın, şekle aykırılığın ifa yoluyla düzeleceğini kabul ettiği kararları mevcuttur⁴⁴⁴. Bu içtihat çerçevesinde şekil şartına tabi olarak kurulması gereken ölene kadar bir kişiye bakma yükümlülüğünün bir tarafça üstlenildiği sözleşmelerde, şayet bu şekle aykırılık, bakımı gerçekleştirilen kişinin vefat etmesinden sonra söz verilen vaatlerin yerine getirilmemesi amacıyla ilgili kişinin mirasçıları tarafından ileri sürülüyorsa, bu durumda yine hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde şekle aykırılığa dayanılamayacağına hükmedilmiştir. Yargıtay bu tip durumlarda da sözleşmenin artık bir tarafın ifası dolayısıyla belirli bir aşamaya geldiğini, bu aşamadan sonra tarafın zararının tazmini yerine sözleşmenin geçerli hale gelmesinin daha hakkaniyete uygun bir çözüm yaratacağı görüşündedir. Bu sebeple de Yargıtay ölene kadar bakma yükümlülüğü içeren sözleşmelerin aslında bir tarafın gereği gibi ifada bulunması halinde şekle aykırı olarak kurulsa dahi artık ifa dolayısıyla geçerlilik kazanacağı görüşündedir.

Çalışmanın konusu birçok defa Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun gündemine gelmiştir. Fakat her ne kadar geçmişte konu hakkında farklı yönde kararlar söz konusu olsa da güncel kararlarda da bu görüşün uygulandığını örnekler mevcuttur⁴⁴⁵. 2014 tarihli bir olayda kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesi imzalayan taraflardan inşaat yapma borcu altına giren kişi inşaatını gerçekleştirmiş, bu inşaatı yapması için de malik arsayı inşaat yapma borcunu üstlenen tarafa teslim etmiştir. Fakat inşaat tamamlandıktan sonra tescilden kaçınan arsa sahibinin tescili gerçekleştirmesi amacıyla sözleşme üzerinden dava yoluyla talepte bulunan müteahhidin talebi, ilgili sözleşmenin şekle aykırı olması dolayısıyla ilk derece mahkemesince reddedilmiştir. Bunun üzerine temyiz edilen kararda Yargıtay 23. Hukuk Dairesi artık tarafların bütün borçlarını yerine getirdiklerinden bahisle burada sözleşmenin geçersizliğine dayanılamayacağını, bu sebeple de sözleşmenin geçerli kabul edilerek tescile mahkeme kararı yoluyla karar verilmesi gerektiğini karara bağlamıştır.

⁴⁴⁴ **Yargıtay 8.HD**, 22.3.2004, E.2004/1530, K.2004/2063; **Yargıtay 16.HD**, 31.3.1997, E.1997/1707, K.1997/1583, erişim adresi:www.kazanci.com (erişim tarihi: 07.10.2017).

⁴⁴⁵ **Yargıtay 23.HD**, 30.1.2014, E.2013/5641, K.2014/557, erişim adresi:www.kazanci.com (erişim tarihi: 07.10.2017).

Yargıtay'ın hükümsüz sözleşmelerin ifa yoluyla dikkate alınabildiğine dair görüşü sadece şekle aykırı sözleşmeler açısından uygulanmamaktadır. Uygulamada sözleşmelerdeki bazı noksanlıkların, taraflar açısından sonradan borçların ifasından kaçınmak için taleplere konu olması halinde, Yargıtay bu noksanlık sebebiyle geçersiz olacak sözleşmenin ifa yoluyla geçerli hale geldiğine hükmedebilmektedir⁴⁴⁶. Yargıtay önüne gelen bir olayda, iki taraf ticari bir malın alım-satımı için bir protokol imzalamışlardır. Bu protokolü imzalayan taraf şirket yetkilisinin aslında imza yetkilisi olmadığı sonradan tespit edilmiştir. Bunu tespit eden sözleşmenin diğer tarafı ise ödemeyi almış olmasına ve bu ödeme çerçevesinde fatura düzenlemesine rağmen ilgili sözleşmeyi imzalayan kişinin imza yetkilisi olmaması dolayısıyla sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmüş ve elindeki malı teslim etmekten kaçınmıştır. Yargıtay bu olayla ilgili incelemesinde ilk derece mahkemesinin sözleşmenin geçersizliğine ve bu sebeple de ifadan kaçınılmasının hukuken doğru olmasına yönelik verdiği kararı, hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde değerlendirmiştir. Ayrıca taraflardan birinin diğer tarafın ifasını kabul ederek artık ilgili sözleşmeyi tanıdığını ve bu sebeple sözleşmenin hukuka uygun imzayı taşımamasına rağmen geçerli olduğuna hükmetmiştir. Görüleceği üzere Yargıtay ifa ile sadece hakkaniyetin korunmasını değil, aynı zamanda sözleşmenin geçerli bir imza olmamasına rağmen geçerlilik kazanmasını sağlamıştır.

Gerek mahkeme içtihatları yoluyla, gerekse de doktrindeki görüşlerle uyumlu olarak açıklanmaya çalışıldığı üzere, aslında hakkın kötüye kullanılması yasağı ile birlikte ifanın pratikte sözleşme içeriğini hukuka uygun hâle getirecek bir etkisi vardır⁴⁴⁷. Fakat tasarruf yetkisi gerektiren, kanuni şekil şartları gibi açık düzenlemelerde belirli şartlara tabi sözleşmelerden doğan borçların ifasında, bu ifanın da sözleşme ile benzer şartlara tabi olduğu görüşü Türk hukukunda kabul edilmektedir⁴⁴⁸. Bu sebeple hakkın kötüye kullanılması yasağı oluşturan durumlar, sözleşmeye doğrudan geçerlilik kazandırmamaktadır. Bu durumun mahkeme yoluyla tespit edilmesi ve bu şekilde uygulanabilir hale gelmesi gerekmektedir. Bu da Türk hukukunda gerek ifanın kabul

⁴⁴⁶ **Yargıtay 19.HD**, 16.2.2017, E.2016/1728, K.2017/1120, erişim adresi: www.kazanci.com (erişim tarihi: 07.10.2017).

⁴⁴⁷ Hüseyin ALTAŞ, a.g.e., s.178.

⁴⁴⁸ Bkz. Bölüm 3.1.2.3.

edilen sınırlı sözleşme görüşü ile açıklanmasının, gerekse de hakkın kötüye kullanılmasının genel ilke olarak olayda mevcudiyetinin mahkeme yoluyla tespit edilmesi gereğinin kolektif bir sonucudur. Lakin ifanın maddi fiil olarak kabul edilmesi, gerek bu sonuca ulaşılması açısından daha iyi bir uygulama olması açısından, gerekse de Türk Borçlar Kanunu'nun yapısı açısından daha isabetli olacaktır.

Dolayısıyla hakkın kötüye kullanılması yasağının şekle aykırı sözleşmelerin ifası sonucunda bu ifanın nasıl bir etkiye sahip olacağına belirlenmesinde temel norm olarak kullanılması, öncelikle hukuk içerisinde tutarlı bir sonuç ortaya koyacaktır. Bunun sebebi her olayda TMK m.2 f.2'ye aykırı bir durumun mevcudiyetinin ayrıca incelenmesi⁴⁴⁹ ve bu yolla uyuşmazlıklarda taraflar için hakkaniyete daha uygun sonuçlar elde edilmesidir⁴⁵⁰. Ayrıca her olay açısından sınırlandırmanın ölçütünün birbirinden farklı olması, kanun hükümlerini etkisiz bırakacak sonuçlar elde edilmesini önleyecektir. Bu sebeple her ne kadar uyuşmazlık çözüm süreçleri açısından mahkemelere yük getirecek bir uygulama ortaya çıksa da hukuk güvenliği ilkesi ve hakkaniyetin tam anlamıyla korunması açısından daha sağlıklı sonuçlar elde edilecektir.

4.2. Şekil Noksanlığının Giderilmesinin Bir Sonucu Olarak Zarara Uğrayan Tarafın Tazminat Talebi

Bir sözleşmenin şeklen sakat olması ihtimalinin yanında, ilgili sözleşmeden doğan borçların ifa edilebilir olması da önem arz etmektedir. Zira bir sözleşmenin geçersizken, hakkın kötüye kullanılması ya da başka bir sebeple geçerliymiş gibi etki doğurmasına hukuk düzeni izin verse bile bu süreç içerisinde karşı taraf borcunu ifa edemez duruma gelebilecektir. Taraflardan birisi borcunu yerine getiremeyecek duruma gelmişse, bu aşamada sözleşmenin etkilerinin korunması pratik olarak bir sonuç oluşturmaz⁴⁵¹. Bu gibi durumlarda sözleşmenin geçerliymiş gibi etki doğurmasını sağlayan imkânın, aynı

⁴⁴⁹ Güray ERDÖNMEZ, **Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku**, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s.912.

⁴⁵⁰ M. Kemal OĞUZMAN ve Nami BARLAS, a.g.e., s.293; Mustafa DURAL ve Suat SARI, a.g.e., s.262.

⁴⁵¹ Hüseyin ALTAŞ, a.g.e., s.181; Ahmet KILIÇOĞLU, a.g.e., s.226.

zamanda sözleşme gereçliymişçesine, gerçekleştirilmeyen ifalar açısından tazminat sorumluluğu getirmesi de hakkaniyet gereği olacaktır⁴⁵².

Buradaki zararın nasıl bir zarar olduğunun ve kapsamının nasıl belirleneceği konusunda ise Yargıtay bir kararda⁴⁵³ olumlu zararı tercih etmiştir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlıkta taraflardan birinin borcunu ifa etmiş olmasına karşılık diğer taraf, üzerine düşen bağımsız bölümleri satarak ifayı imkânsız hale getirmiştir. Bu sebeple de ifada bulunamayacağını ileri sürmüştür. Bu iddiasına dayanak olarak ise aralarındaki sözleşmenin şeklen geçersiz olduğunu, bu sebeple de herhangi bir borcunun zaten doğmadığını ileri sürmüştür. Yargıtay bu olayın incelemesi sırasında taraflardan birinin sözleşmenin geçersizliğine bir hakkını kötüye kullanmak suretiyle dayandığını tespit etmiştir. Bu sebeple de tarafın kusurunun da tespit edilerek sözleşmenin geçerli sayılması gerektiğine hükmetmiştir. Uyuşmazlıkta geçerli kılınan sözleşme ile zarar gören tarafın, olumlu (*müspet*) zararının kusuruyla imkânsız hale getiren taraftan tahsil edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

İsviçre Hukukunda bu durum sözleşme öncesi koruma yükümlülükleri üzerinden de açıklanmaktadır. *Culpa in contrahendo* sorumluluğu çerçevesinde bir sözleşme şeklen batıl olsa dahi bu sözleşmenin geçerli kılınması sonrasında artık ifa imkânsızlığı varsa buradaki tazminatın kaynağını *culpa in contrahendo* sorumluluğunun oluşturacağı görüşü hâkimdir⁴⁵⁴. Alman hukukunda da yine İsviçre hukuku ile paralel olarak bu tazminat talebi *culpa in contrahendo* sorumluluğu çerçevesinde, doğrudan §280, §241 BGB hükümleri ile birlikte değerlendirilmektedir⁴⁵⁵. §241 BGB hükmü sözleşmeler çerçevesinde tarafların yükümlülüklerini düzenlerken §280 BGB hükmü de bu

⁴⁵² Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, a.g.e., s.325.

⁴⁵³ **Yargıtay 13.HD**, 24.1.1992, E.1991/8698, K.1992/486, erişim adresi:www.kazanci.com (erişim tarihi: 07.10.2017) (aynı yönde:Yargıtay 13.HD, E.1991/7217, K.1991/10901, T.02.12.1991, erişim adresi:www.kazanci.com (erişim tarihi:10.10.2018))

⁴⁵⁴ Peter GAUCH, Walter R. SCHLUEP, Jörg SCHMID ve Susan EMMENEGGER, a.g.e., Kn..557,583; Andreas VON TUHR ve Hans PETER, a.g.e., §30, N.238; Alfred KOLLER, Der Grundstückskauf, Kn.107; Ingeborg SCHWENZER, OR, AT, Kn.31.42.

⁴⁵⁵ Detlef LEENEN, a.g.e., §9, N. 161.

yükümlülükler aykırı hareket edildiğinde neler olacağını düzenlemiştir. Bu sebeple Alman hukuku, İsviçre hukuku ile benzer şekilde, sözleşmeye hazırlık aşamasındaki özen sorumluluklarından hareket etmektedir.

Görüldüğü üzere, sözleşme her ne kadar geçerlilik kazanmasa da, ifanın etkileri korunduğu gibi, gerçekleştirilmeyen ifalar açısından da doğabilecek sorumluluklar, tıpkı sözleşme geçerliymişçesine korunacaktır.



Bölüm Son: Sonuç

İfa, gerek Türk hukuku, gerekse karşılaştırmalı hukukta tek başına bir fiilin ötesine taşınmıştır. Kendisinden beklenen sonuçları doğurması için borca konu edimin yerine getirilmesi kâfi olmakla birlikte, bazı özel durumlarda ifanın sonuçlarını doğurması kanuni engellere takılmaktadır. Özellikle şekil şartı gibi, eksikliğinin kesin hükümsüzlük oluşturduğu hallerde, ifanın etkileri kanun hükümleri dolayısıyla geri alınma tehlikesi altında olacaktır. Bu tehlike, ifanın esas sonucu olarak hukuki ilişkiyi sonlandırmasına engel teşkil edecektir. Çalışma kapsamında, ifanın özellikle şekle aykırı sözleşmeler üzerindeki etkisine yönelik elde edilen başlıca sonuçlar şunlardır;

- I. Doktrinde farklı görüşler bulunmakla birlikte, genel kabul şekle aykırılığın müeyyidesinin sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü olduğu yönündedir.
- II. Bir hukuki işlemin kesin hükümsüz olması, ilgili işlemin kurulduğu andan itibaren geçersiz olacağı ve taraflar açısından hüküm doğurmayacağı anlamına gelmektedir. Bu durumda, kesin hükümsüz işleme dayanılarak herhangi bir talepte bulunulamayacaktır.
- III. Kesin hükümsüz olan şekle aykırı sözleşmeler çerçevesinde gerçekleştirilen ifalar açısından ise ifanın hukuki niteliği önemlidir. İfa, TBK'da yedek hukuk kuralları ile düzenlenmiş, özellikle 112. madde ile de bağımsız bir niteliği haiz olmuştur. Bu durumda ifanın bir sözleşme gibi geçerlilik şartlarına bağlanması, gerek kendisinden beklenen sonuçları oluşturmasını engelleyecek, gerekse de niteliğine aykırı sonuçlar ortaya çıkmasına sebebiyet verecektir. Hal böyle iken, ifanın hukuki niteliğinin bir maddi fiil gibi kabul edilmesi gereklidir.
- IV. İfanın hukuki niteliğinin maddi fiil olarak kabul edilmesi halinde, şekle aykırı sözleşmelere konu edimlerin ifasının korunması gerekecektir. Zira kesin hükümsüzlük halinde ifa da geçersiz olacaktır. Fakat ifanın niteliği bu sonuca

uygun değildir. Dolayısıyla da şekle aykırılıktaki kesin hükümsüzlüğün etkileri ile ifanın etkileri arasında bir tercih yapılması gerekir. Bu tercih yapılırken de hukuki gerekçenin doğru bir şekilde kurulması, hukuk güvenliği açısından önem taşımaktadır.

V. İfanın etkilerinin, kesin hükümsüzlüğün etkilerini bertaraf etmesini sağlayan ilk görüş amaçsal sınırlandırma yöntemi ile şekle aykırılık hükümlerinin incelenmesini öneren görüştür. Bu görüş çerçevesinde öncelikle şekle aykırılığın müeyyidesi olan kesin hükümsüzlüğün, bilinen mutlak kesin hükümsüzlük gibi her işlem açısından doğrudan ele alınmaması ya da kesin hükümsüzlüğü düzenleyen kanun hükmünün amacının incelenmesi yoluyla her olayda uygulanıp uygulanmayacağına karar verilmesi gerekecektir. Burada kesin hükümsüzlüğün niteliği değiştirilmekte, esnek hükümsüzlük teorisine yaklaşılmaktadır. Ayrıca, şekle aykırılığın her olay açısından ayrıca incelenmesine gerek olmadığı, bunun taraflarca sınımlanabilecek bir hukuki koruma oluşturduğu, fakat tarafların bu hukuki korumadan faydalanmakta özgür oldukları kabul edilmektedir. Görüldüğü üzere amaçsal sınırlandırma görüşü ile birlikte, şekil düzenlemelerinin etkisi, düzenlemenin amacı çerçevesinde değerlendirilmekte, taraf iradelerinin üstün olduğu durumlarda, kamu düzeninin gereksinimleri ikinci plana itilmektedir. Bu durumda uygulamada şekle tabi tutulan sözleşmelerin hangilerinin gerçekten kanuni şekil şartına tabi olduğu, hangilerinin ise taraf iradelerine daha çok önem verdiğine yönelik ayırım ortadan kalkacaktır. Bu da gerek genel düzenleme yolunu tercih eden koyucunun iradesinin yok sayılması, gerekse de iradi şeklin ayrıca düzenlendiği bir sistemde kanuni şekil şartlarının gereksiniminin sorgulanmasına yol açacaktır. Ayrıca kanunda açıkça hükümsüz olarak düzenlenen şekle aykırı sözleşmeler, kanun hükmüne aykırı olarak geçerli hale gelebilecektir.

VI. İfanın etkilerinin, kesin hükümsüzlüğe karşı üstün tutulduğu diğer bir görüş ise hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde şekle aykırı sözleşmelerde gerçekleştirilen ifaların incelenmesi görüşüdür. Bu görüş, şekle aykırılık dolayısıyla kesin hükümsüz olan bir sözleşmede, taraflardan birinin ifada bulunmasına karşılık, diğer tarafın karşı edimleri ifa borcundan kaçınmasını hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde incelemektedir. Şekle aykırılığın ileri

sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması oluşturması halinde, bu hususa dayanılarak sözleşmenin geçersiz olduğunun ileri sürülebilmesi mümkün olmayacaktır. Bu durumda, taraflar arasındaki sözleşme geçerlilik kazanmamakta, fakat bir tarafın gerçekleştirmiş olduğu ifa geçerliymiş gibi korunmaktadır. Görüldüğü üzere hem şekle aykırılığın müeyyidesi, hem de ifanın oluşturduğu sonuç kanundaki düzenlemelere uygun bir şekilde korunmaktadır. Zaten incelenmesi gereken de esasen tarafların iradesinin arka plana atılmasının ya da birbirlerine karşı duydukları güvenin suiistimal edilmesinin engellenmesidir. Bu sebeple de hakkın kötüye kullanılması yasağı gerek her olayda re'sen incelenecek olması, gerekse de bir hakkın kullanılmasının gelen sınırlarını belirlemesi açısından şekle aykırı sözleşmelerde ifanın genel etkisini daha geçerli bir hukuki gerekçe ile koruyacaktır. Ayrıca uygulamada da istikrarlı şekilde, şekle aykırı sözleşmelere konu edimlerin ifa edildiği hallerde, hakkın kötüye kullanılması üzerinden değerlendirme yapılmaktadır.

- VII. Her ne kadar her iki görüş de aynı sonuca ulaşmakta iseler de amaçsal sınırlandırma görüşünün tercih edilmesi gerek hukuk güvenliğini zedelemesi, gerekse de mevcut kanun hükümlerine aykırı olarak geçersiz sözleşmeyi geçerli hale getirmesi açısından hukuk düzeni içerisinde dengesiz sonuçlar oluşturabilecektir. Hakkın kötüye kullanılması yasağı ile ifanın etkilerinin korunmasını savunan görüş ise gerek hukuk sistemimize zaten hâkim olan bir ilke üzerinden hareket edilmesi, gerekse de hukuki düzenlemelere aykırı sonuçlar oluşturmaması açısından uygulanması daha isabetli bir görüştür.

Kaynaklar

- [1] ACEMOĞLU Kevork, **“Aliud” ve Federal Mahkemenin “Aliud” Konusundaki Tutumu Üzerine**, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:6, Sayı:9, İstanbul, 1972.
- [2] AKINTÜRK Turgut ve ATEŞ Derya, **Türk Medeni Hukuku: Aile Hukuku**, 20. Baskı, Beta Yayınevi, Ankara, 2017.
- [3] AKİPEK Jale, AKINTÜRK Turgut ve ATEŞ Derya, **Türk Medeni Hukuku: Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku**, Birinci Cilt, 14. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018.
- [4] AKİPEK Jale, AKINTÜRK Turgut ve ATEŞ Derya, **Eşya Hukuku**, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018.
- [5] AKBULUT Pakize Ezgi, **Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- [6] AKKANAT Halil, **Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010.
- [7] AKKANAT Halil, **Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçları ve MK m.2 Hükümü**, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, Vedat Kitapçılık, Cilt II, İstanbul, 2007, s.1655-1668.
- [8] AKMAN Sermet, BURCUOĞLU Haluk ve ALTOP Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, 7. Baskı, İstanbul, 1993.
- [9] AKYOL Şener, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.
- [10] ALASLAN Fatma, **Medeni Hukuk’da Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 2, Ekim 2016, Sayfa: 413-434.
- [11] ALTAŞ Hüseyin, **Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998.
- [12] ANTALYA Gökhan ve GÜNAY Cevdet İlhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt:1, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- [13] ARMBRUSTER Christian, **Treuwidrigkeit der Berufung auf Formmängel**, NJW 2007, 3317, Kn.3319, beck-online.de (erişim tarihi:04.09.2017).
- [14] AVCI Ali, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmelerinde Bağımsız Bölüm Alan Üçüncü Kişilerin Hukuksal Durumları**, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2015.
- [15] AYDOĞDU Murat, **Tüketici Hukuku Dersleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- [16] AYRANCI Hasan, **Sözleşme Kurma Zorunluluğu**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 3, Cilt 52, 2005, s.229-252.
- [17] BARLAS Nami, **Alman Hukukunda Dürüstlük Kuralı**, Prof. Dr. Türkan Rado’ya Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1997/3, İstanbul, 1997.

- [18] BECKHAUS Gesa Kim, **Die Rechtsnatur der Erfüllung**, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2013.
- [19] BROX Hans ve WALKER Wolf-Dietrich, **Allgemeines Schuldrecht**, 40. Baskı, C.H. Beck Verlag, Münih, 2016.
- [20] BÜYÜKAY Yusuf, **Eser Sözleşmesi**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- [21] CEYLAN Ebru, **6502 sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Getirdiği Düzenlemeler**, Leges Yayınları, İstanbul, 2015.
- [22] ÇEKİN Mesut Serdar, **Uluslararası Normların Özel Hukuka ve Hukuk Metodolojisine Etkisi**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2016/2, İstanbul, 2016.
- [23] ÇELİKTAŞ Demet, **Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırılığı İleri Sürmenin Sınırı Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı:1-4, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1987.
- [24] DAVER Hilal, **Borcun İfasında Borçlunun Rolü**, Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi, 2013.
- [25] DEMİR Mustafa Duhan, **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi**, Seçkin Kitabevi, İstanbul 2017.
- [26] DURAL Mustafa ve SARI Suat, **Türk Özel Hukuku Cilt I: Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, 13. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018.
- [27] DURAL Mustafa, ÖĞÜZ Tufan ve GÜMÜŞ Alper, **Türk Özel Hukuku Cilt III: Aile Hukuku**, 13. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018.
- [28] EINSELE Dorothee, **Münchener Kommentar zum BGB**, C.H.Beck Verlag, 7. Baskı, Münih, 2015.
- [29] ENGEL Pierre, **Traité des Obligations en Droit Suisse**, 2. Baskı, Stämpfli Verlag, Bern 1997.
- [30] ERÇOŞKUN ŞENOL Kübra, **Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m.27**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2016/2, İstanbul, 2016, s.709-737.
- [31] ERDÖNMEZ Güray, **Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku**, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- [32] EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Baskı, Yetkin Kitabevi, Ankara, 2018.
- [33] EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 6. Baskı, Yetkin Kitabevi, Ankara, 2018.
- [34] ERGÜNE Mehmet Serkan ve KURŞUN Ali Suphi, **İstanbul Şerhi – Türk Borçlar Kanunu**, Cilt:1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.
- [35] ERMAN Hasan, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, 3. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2010.
- [36] ESENER Turhan ve GÜNDOĞDU Fatih, **Borçlar Hukuku I, Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerliliği**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- [37] FELIX Dasser, **OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, Orell Füssli Kommentar**, 3. Baskı., Zürih 2016, erişim adresi:www.swisslex.ch (erişim tarihi:12.10.2018).
- [38] FLUME Werner, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, Springer Verlag, Berlin, 1983.

- [39] FURRER Frank, **Heilung des Formmangels im Vertrag**, Schulthess Verlag, Zürich, 1992.
- [40] GAUCH Peter, SCHLUEP Walter R., SCHMID Jörg ve EMMENEGGER Susan, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, Cilt I, 9. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2008.
- [41] GİRİTLİOĞLU Necla, **Dürüstlük Kurallar, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Özellikle Şekil Eksikliğinden Dolayı Geçersizliğin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı ile Sınırlandırılması**, (yayınlanmamış profesörlük takdim tezi) İstanbul, 1989.
- [42] GUHL Theo, KOLLER Alfred ve KUMMER Max, **Das schweizerische Obligationenrecht**, 7. Auflage, Zürich, 1980.
- [43] GÜMÜŞ Mustafa Alper, **6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Cilt 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- [44] HAGEN Horst, **Die Form als “Schwester der Freiheit”**, DNotZ 2010, 644, beck-online.de (erişim tarihi: 04.09.2017).
- [45] HEISS Helmut, **Formmängel und Ihre Sanktionen**, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 1999.
- [46] HONSELL Heinrich, **Rechtsmißbrauch und teleologische Reduktion unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Rechts**, FS Mayer-Maly, Viyana, 1996.
- [47] HONSELL Heinrich, **Kritische Bemerkungen zum OR 2020**, SJZ 109/2013
- [48] HORN Norbert, **Ein Jahrhundert Bürgerliches Gesetzbuch**, NJW 2000, 40 (erişim adresi:www.beck-online.de, erişim tarihi:15.10.2018).
- [49] HUG Walther, **Ausgewählte Abhandlungen zum Arbeits- und Wirtschaftsrecht**, 2. Cilt- Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Stämpfli Verlag, Bern, 1978.
- [50] HUGUENIN Claire, MEISE Barbara ve SCHWENZER Ingeborg, **Basler Kommentar ORI**, legalis.ch (erişim tarihi 16.10.2017).
- [51] İNAL Emrehan, **Sonuca Katımlı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi**, 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2011.
- [52] İNCEOĞLU Murat, **İfanın Hukuki Niteliği ve Borçlunun Edime Uygun Eyleminin İfa Teşkil Edip Etmeyeceği Sorunu**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 4, Cilt 54, 2005, s.149-182.
- [53] İNCEOĞLU Murat, **Sözleşme Yapma Zorunluluğu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5. Maddesinin Bu Açıdan Değerlendirilmesi**, M. Kemal Oğuzman Anısına Armağan, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000, s.391-429.
- [54] İPEK Eyüp, **Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlaline Bağlı Hukuki Sonuçlar**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.
- [55] KANETİ Selim, **Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili)**, İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972.
- [56] KAVAK Yalçın, **Borçlar Hukukunda Yazılı Şekil**, İstanbul, 2015.
- [57] KILIÇOĞLU Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 22. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.
- [58] KILIÇOĞLU Ahmet, **Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:38, Sayı:1, Ankara 1981, s.213.

- [59] KIRCA Çiğdem, **Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:1, Cilt:50, Ankara, 2005.
- [60] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, HATEMİ Hüseyin, SEROZAN Rona ve ARPACI Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, 4. Baskıdan 5. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010.
- [61] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, **Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1959.
- [62] KOLLER Alfred, **Der Grundstückskauf**, 1. Baskı, Stämpfli Verlag, St. Gallen, 1989.
- [63] KOLLER Alfred, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 4. Baskı, Stämpfli Verlag, Bern, 2017.
- [64] KOZIOL Helmut, WELSER Rudolf ve KLETEČKA Andreas, **Grundriss des bürgerlichen Rechts**, Cilt:1, 14. Baskı, Manzsche Verlag, Viyana, 2014.
- [65] KOHLER Helmut, **Einschränkungen der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften**, Juristische Schulung (JuS), , Cilt 8, Yıl: 50 (Ağustos 2010), s.667.
- [66] KURŞAT Zekeriya, **İnşaat Sözleşmesi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- [67] LARENZ Karl, **Lehrbuch des Schuldrechts**, 1. Cilt, 13. Baskı, C.H. Beck Verlag, Münih, 1994.
- [68] LARENZ Karl, **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, 2. Baskı, Springer Verlag, Berlin, 1991.
- [69] LARENZ Karl ve CANARIS Claus-Wilhelm **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, 3. Baskı, Springer Verlag, Berlin, 1995.
- [70] LEENEN Detlef, **BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre**, 2. Baskı, De Gruyter Verlag, Berlin, 2015.
- [71] LOOSCHELDERS Dirk, **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 14. Baskı, Vahlen Verlag, Münih 2016.
- [72] MERZ Hans, **Vertrag und Vertragsschluss**, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, Freiburg 1988.
- [73] NOMER Haluk Nami, **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, 16. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018.
- [74] OLZEN Dirk ve LOOSCHELDERS Dirk, **Staudinger Kommentar, BGB**, de Gruyter Verlag, Berlin 2015, (erişim adresi:www.juris.de, erişim tarihi:03.08.2017).
- [75] OĞUZMAN M. Kemal, **Şekil Noksanı Sebebiyle Butlan Dermeyanı Hakkının Suistimali**, İstanbul Barosu Dergisi, C.XXIX, Haziran 1955, s.253-266.
- [76] OĞUZMAN M. Kemal ve BARLAS Nami, **Medeni Hukuk**, 24. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.
- [77] OĞUZMAN M. Kemal ve ÖZ M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt-1, 16. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.
- [78] OĞUZMAN M. Kemal, SELİÇİ Özer ve OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, **Eşya Hukuku**, 21. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018.
- [79] OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, **İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1995-1996/1-2, İstanbul, 2016, s.263-296.
- [80] ÖZ M. Turgut, **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.

- [81] ÖZBİLEN Arif, **Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- [82] PALANDT Otto (Hrsg.), **Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar**, 76. Auflage, C.H. Beck Verlag, Münih, 2017.
- [83] PEKCANITEZ Hakan, ATALAY Oğuz, ÖZEKES Muhammet, **Medeni Usul Hukuku**, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.
- [84] POHLMANN Petra, **Die Heilung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte durch Erfüllung**, Duncker&Humblot Verlag, Berlin, 1992.
- [85] POHLMANN Petra, **Formbedürftigkeit und Heilung der Aufhebung eines Grundstückskaufvertrages**, DNotZ 1993, 355, erişim adresi:beck-online.de (erişim tarihi: 04.09.2017).
- [86] REINHART Gert, **Das Verhältnis von Formnichtigkeit und Heilung des Formmangels im bürgerlichen Recht**, Sause KG, Heidelberg, 1969.
- [87] SCHWENZER Ingeborg, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Stämpfli Verlag, 7. Baskı, Bern, 2016.
- [88] SELİMOĞLU Yaşar Engin, **İstisna (Eser) Sözleşmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- [89] SEROZAN Rona, **Die Überwindung der Rechtsfolgen im Rechtsgeschäft nach deutschem, schweizerischem und türkischem Recht**, Mohr-Siebeck Verlag, Tübingen, 1968.
- [90] SEROZAN Rona, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- [91] SEROZAN Rona, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm, Kişiler Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.
- [92] SEROZAN Rona, Öz Turgut, ACAR Faruk, GÖKYAYLA Emre ve DEVELİOĞLU H. Murat, **İstanbul Şerhi – Türk Borçlar Kanunu, Genel Hükümler**, Cilt 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.
- [93] SİRMEN Lale, **Eşya Hukuku**, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.
- [94] TANRIVER Süha, **Medeni Usul Hukuku**, Cilt 1, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- [95] TEKİNAY Selahattin Sulhi, AKMAN Sermet, BURCUOĞLU Haluk ve ALTOP Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 1993.
- [96] TEKİNAY Selahattin Sulhi, AKMAN Sermet, BURCUOĞLU Haluk ve ALTOP Atilla, **Eşya Hukuku : Giriş - Zilyedlik - Tapu Sicili - Mülkiyet**, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 1989.
- [97] TUĞ Adnan, **Türk Özel Hukukunda Şekil**, Mimoza Yayınları, Konya, 1994.
- [98] ULUSAN İhsan, **İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1984.
- [99] UMUR Ziya, **Roma Hukuku Lugatı**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983.
- [100] VON TUHR Andreas ve PETER Hans, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Cilt I/1, 3. Baskı, Schulthess Verlag, Zürih, 1984.
- [101] WOLF Manfred ve NEUNER Jörg, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, 11. Baskı, C.H. Beck Verlag, Münih, 2016.
- [102] WÜRDINGER Markus, **Das Ziel der Gesetzesauslegung – ein juristischer Klassiker und Kernstreit der Methodenlehre**, Juristische Schulung (JuS) 2016, 1, beck-online.de.

[103] ZEYTİN Zafer ve ERGÜN Ömer, **Türk Medeni Hukuku**, 4. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2018.

